

José Eduardo Gnecco Correa

Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, 1985

Nació el 1° de abril de 1923 en la ciudad de Santa Marta. Doctor en Derecho de la Universidad Nacional en 1946, con la tesis denominada "El Contrato Individual del Trabajo".

Fue catedrático de la Universidad del Rosario, Externado de Colombia, Gran Colombia, Universidad Nacional de Colombia y profesor invitado de la Universidad Santo Tomás.

Desde 1945 empezó su carrera en el campo del derecho Laboral cuando fue nombrado Inspector Auxiliar de la Sección del Trabajo de Cundinamarca, posteriormente en Plato (Magdalena) y en Santa Marta. Se desempeñó como Juez Civil del Circuito de Santa Marta, Magistrado del Tribunal Superior de Santa Marta, Abogado de la Industria Licorera del Magdalena.

En 1962 fue nombrado por el Presidente Alberto Lleras Camargo, Secretario General del Ministerio de Trabajo, siendo Ministro del ramo el doctor Juan Benavides Patrón.

En 1963 ocupa el cargo de Secretario. Abogado de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones (Caprecom). En 1965 lo encargaron de la gerencia general de dicha institución.

Fue Magistrado Auxiliar de la Sala de Casación Laboral y Abogado asistente en 1970-1972. Magistrado de la Corte Suprema de Justicia a partir de 1972 hasta noviembre de 1985, cuando muere en el holocausto del Palacio. Había sido también presidente de la Sala de Casación Laboral y de la Corte Suprema de Justicia de 1982 a 1984.



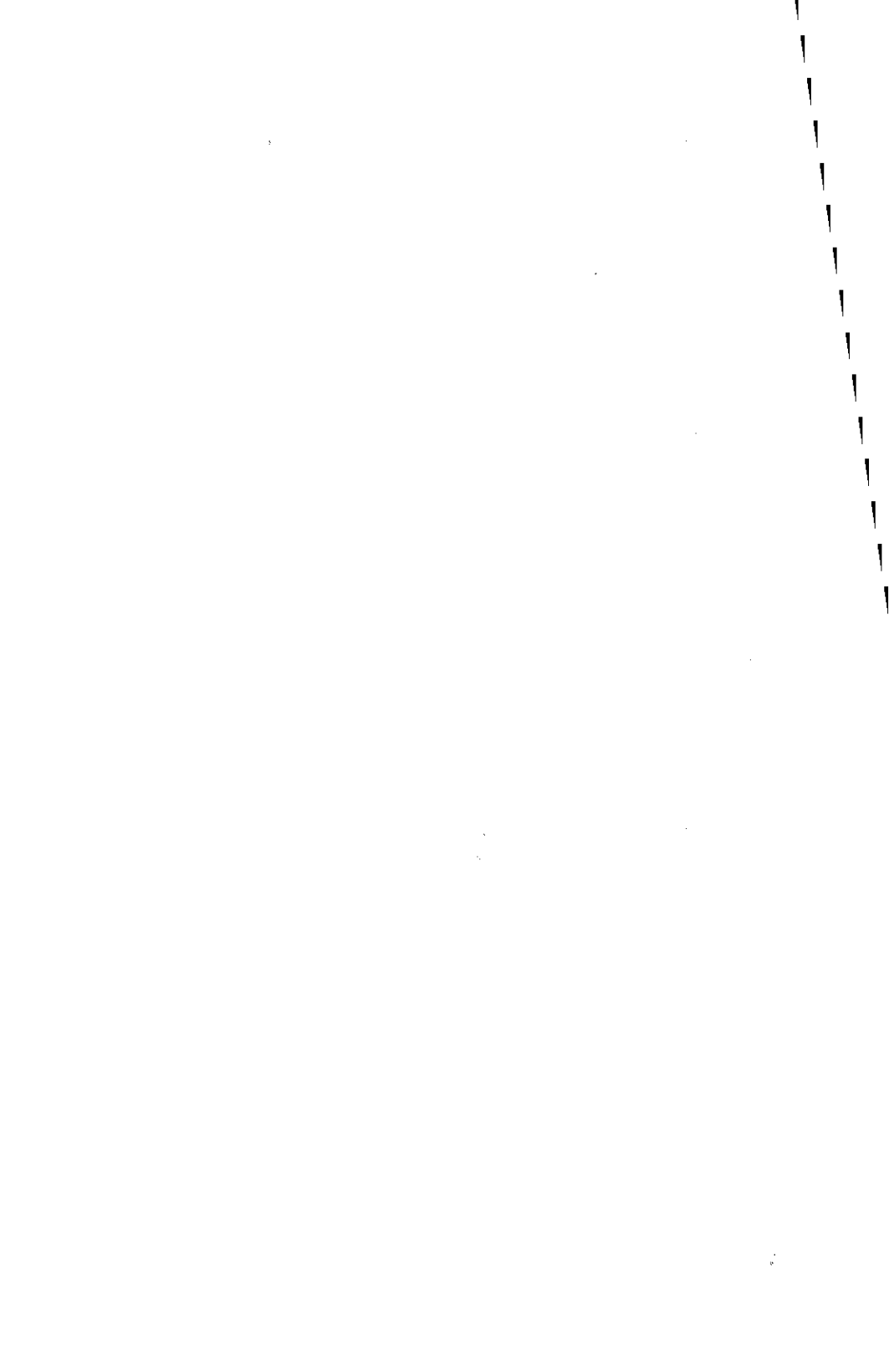
LA PRUEBA TESTIMONIAL Y TÉCNICA

Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"

LA PRUEBA TESTIMONIAL Y TÉCNICA



LA PRUEBA TESTIMONIAL Y TÉCNICA



PLAN NACIONAL DE FORMACIÓN
Y CAPACITACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA ADMINISTRATIVA

JESAEL ANTONIO GIRALDO CASTAÑO
Presidente

JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES
Vicepresidente

JOSÉ ALFREDO ESCOBAR ARAÚJO
FRANCISCO ESCOBAR HENRÍQUEZ
HERNANDO TORRES CORREDOR
RICARDO MONROY CHURCH
Magistrados

ESCUELA JUDICIAL
"RODRIGO LARA BONILLA"

GLADYS VIRGINIA GUEVARA PUENTES
Directora

JORGE ARENAS SALAZAR
CARLOS EDUARDO VALDÉS MORENO

LA PRUEBA TESTIMONIAL Y TÉCNICA

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA ADMINISTRATIVA
ESCUELA JUDICIAL "RODRIGO LARA BONILLA"

ISBN 958-701-651-3

- © JORGE ARENAS SALAZAR, 2006
CARLOS EDUARDO VALDÉS MORENO, 2006
- © CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, 2008
Derechos exclusivos de publicación y distribución de la obra
Calle 85 No.11-96 pisos 6 y 7.
www.ramajudicial.gov.co

Primera edición: marzo de 2006, con un tiraje de 3.000 ejemplares.
Segunda edición: septiembre de 2008, con un tiraje de 2.500 ejemplares.
Diseño de Carátula: Stephan Acuña Aguirre
Correctora de estilo: Dra. Gladys Jaimes de Casadiego
Diagramación electrónica: Imprenta Nacional de Colombia

Impresión: Imprenta Nacional de Colombia
Carrera 66 No. 24-09. Tel. 457 8000.
www.imprenta.gov.co

Impreso en Colombia
Printed in Colombia

PRESENTACIÓN DEL PLAN INTEGRAL DE FORMACIÓN ESPECIALIZADA PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS MÓDULOS DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO EN EL PROGRAMA DE FORMACIÓN JUDICIAL ESPECIALIZADA SOBRE EL SISTEMA ACUSATORIO PENAL

El Plan Integral de Formación Especializada para la Implementación de los Módulos de Aprendizaje Autodirigido en el Programa de Formación Judicial Especializada sobre Sistema Acusatorio Penal, construido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, de conformidad con su modelo educativo y su enfoque curricular integrado e integrador de casos reales de la práctica judicial, constituye el resultado del esfuerzo articulado entre magistradas, magistrados, jueces, juezas, empleadas y empleados incorporados al Sistema Acusatorio Penal, la Red de Formadores y Formadoras Judiciales, el Comité Nacional Coordinador, los Grupos Seccionales de Apoyo y sus autores los doctores Jorge Arenas Salazar y Carlos Eduardo Valdés Moreno, quienes con su gran compromiso y voluntad, se propusieron responder a las necesidades de formación planteadas para el Programa de Formación Judicial Especializada sobre Sistema Acusatorio Penal.

El módulo La Prueba Testimonial y Técnica que se presenta a continuación, responde a la modalidad de aprendizaje autodirigido orientado a la aplicación en la práctica judicial, con absoluto respeto por la independencia del juez o jueza, en cuyo contenido el lector encontrará las siguientes unidades: i) Prueba Testimonial; y, ii) La Prueba Técnica.

La construcción del módulo responde a las distintas evaluaciones que se hicieron con magistrados, magistradas, jueces, juezas, empleados y empleadas, con la finalidad de detectar las principales áreas problemáticas de la implementación del programa, alrededor de las cuales se integraron los objetivos, temas y subtemas de los distintos microcurrículos como apoyo a los funcionarios, funcionarias, empleadas y empleados de la rama judicial. Los conversatorios organizados por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura sirvieron para determinar los problemas jurídicos más delicados y ahondar en su tratamiento en los módulos. Posteriormente, el texto entregado por el autor fue enviado para su revisión por los magistrados, magistradas, juezas y jueces que participaron en el proceso, que leyeron los textos e

hicieron observaciones para su mejoramiento. Una vez escuchadas dichas reflexiones los doctores Jorge Arenas Salazar y Carlos Eduardo Valdés Moreno complementaron su trabajo para presentar un texto que respondiera a las necesidades de formación jurídica especializada para los jueces y juezas colombianos.

Se mantiene la concepción de la Escuela Judicial en el sentido de que todos los módulos, como expresión de la construcción colectiva, democrática y solidaria de conocimiento en la Rama Judicial, están sujetos a un permanente proceso de retroalimentación y actualización, especialmente ante el control que la Corte Suprema de Justicia ejerce.

ENFOQUE PEDAGÓGICO DE LA ESCUELA JUDICIAL

La Escuela Judicial como Centro de Formación Judicial Inicial y Continuada de la Rama Judicial presenta un modelo pedagógico que se caracteriza por ser participativo, integral, sistémico y constructivista; se fundamenta en el respeto a la dignidad del ser humano, a la independencia del juez y la jueza, el pluralismo y la multiculturalidad, y se orienta hacia el mejoramiento del servicio.

Es *participativo*: más de mil jueces, juezas, empleadas y empleados judiciales participan como formadores y formadoras, generando una amplia dinámica de reflexión sobre la calidad y pertinencia de los planes educativos, módulos de aprendizaje autodirigido y los materiales utilizados en los procesos de formación que se promueven. Igualmente, se manifiesta en los procesos de evaluación y seguimiento de las actividades de formación que se adelantan, tanto en los procesos de ingreso como de cualificación de las servidoras y los servidores públicos.

Es *integral*, en la medida en que los temas que se tratan en los módulos resultan recíprocamente articulados y dotados de potencialidad sinérgica y promueven las complementariedades y los refuerzos de todos los participantes y las participantes.

Es *sistémico* porque invita a comprender cualquier proceso desde una visión integradora y holista, que reconoce el ejercicio judicial como un agregado de procesos, que actúa de manera interdependiente y que, a su vez, resulta afectado por el entorno en que tienen lugar las actuaciones judiciales.

El modelo *se basa en el respeto a la dignidad humana*. El sistema de justicia representa uno de los pilares del sistema social de cualquier comunidad, representa la capacidad que la sociedad tiene para dirimir los conflictos que surgen entre sus

integrantes y entre algunos de sus miembros y la sociedad en general. De ahí que el modelo educativo fundamenta sus estrategias en el principio del respeto a la dignidad humana y a los derechos individuales y colectivos de las personas.

El modelo *se orienta al mejoramiento del servicio*, pues las acciones que se adelantan para el progreso de las condiciones de trabajo y bienestar de las personas que hacen parte de la Rama Judicial se hacen teniendo en la mira un progreso sostenido del servicio que se le presta a la comunidad.

Lo anterior en el marco de las políticas de calidad y eficiencia establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura en el Plan Sectorial de Desarrollo, con la convicción de que todo proceso de modernización judicial, ya sea originado en la implantación de nuevos esquemas jurídicos, de gestión o de ambos, implique una transformación cultural y el fortalecimiento de los fundamentos conceptuales, las habilidades y las competencias de las y los administradores de justicia, fiscales y los procuradores y procuradoras, que requieren ser apoyados a través de los procesos de formación.

En este sentido, se desarrollan procesos formativos sistemáticos y de largo aliento orientados a la cualificación de los servidores y servidoras del sector, dentro de criterios de profesionalismo y formación integral, que redundan, en últimas, en un mejoramiento de la atención de los ciudadanos y ciudadanas, cuando se ven precisados a acudir a las instancias judiciales para ejercer o demandar sus derechos o para dirimir conflictos de carácter individual o colectivo.

APRENDIZAJE ACTIVO

Este modelo educativo implica un *aprendizaje activo*, diseñado y aplicado desde la práctica judicial para mejorar la organización, es decir, a partir de la observación directa del problema, de la propia realidad, de los hechos que impiden el avance de la organización y la distancia de su misión y de sus usuarios y usuarias; que invita a compartir y generalizar las experiencias y aprendizajes obtenidos, sin excepción, por todas las y los administradores de justicia a partir de una dinámica de reflexión, investigación, evaluación, propuesta de acciones de cambio y ejecución oportuna, e integración de sus conocimientos y experiencia para organizar equipos de estudio, compartir con sus colegas, debatir constructivamente los hallazgos y aplicar lo aprendido dentro de su propio contexto.

Crea escenarios propicios para la multiplicación de las dinámicas formativas, para responder a los retos del Estado y en particular de la Rama Judicial, para focalizar

los esfuerzos en su actividad central; desarrollar y mantener un ambiente de trabajo dinámico y favorable para la actuación de todos los servidores y servidoras; aprovechar y desarrollar en forma efectiva sus cualidades y capacidades; lograr estándares de rendimiento que permiten calificar la prestación pronta y oportuna del servicio en ámbitos locales e internacionales complejos y cambiantes; crear relaciones estratégicas comprometidas con los “usuarios” clave del servicio público; usar efectivamente la tecnología; desarrollar buenas comunicaciones y aprender e interiorizar conceptos organizativos para promover el cambio. Así, los jueces, juezas y demás servidores y servidoras no son simples animadores del aprendizaje, sino gestores y gestoras de una realidad que les es propia, y en la cual construyen complejas interacciones con los usuarios y usuarias de esas unidades organizacionales.

APRENDIZAJE SOCIAL

En el contexto andragógico de esta formación, se dota de significado el mismo decurso del aprendizaje centrándose en procesos de *aprendizaje social* como eje de una estrategia orientada hacia la construcción de condiciones que permitan la transformación de las organizaciones. Es este proceso el que lleva al desarrollo de lo que en la reciente literatura sobre el conocimiento y desarrollo se denomina como la promoción de *sociedades del aprendizaje* (“*learning societies*”), *organizaciones que aprenden* (“*learning organizations*”), y *redes de aprendizaje* (“*learning networks*”)¹. Esto conduce a una concepción dinámica de la relación entre lo que se quiere conocer, el sujeto que conoce y el entorno en el cual actúa. Es así que el conocimiento hace posible que los miembros de una sociedad construyan su futuro, y por lo tanto incidan en su devenir histórico, independientemente del sector en que se ubiquen.

Los procesos de aprendizaje evolucionan hacia los cuatro niveles definidos en el esquema mencionado: a) nivel individual; b) nivel organizacional; c) nivel sectorial o nivel de las instituciones sociales, y d) nivel de la sociedad. Los procesos de apropiación de conocimientos y saberes son de complejidad creciente al pasar del uno al otro.

En síntesis, se trata de una formación que a partir del desarrollo de la creatividad y el espíritu innovador de cada uno de los y las participantes busca convertir esa información y conocimiento personal en *conocimiento corporativo* útil que incrementa

¹ *Teaching and Learning: Towards the Learning Society*. Bruselas, Comisión Europea, 1997.

la efectividad y la capacidad de desarrollo y cambio de la organizacional en la Rama Judicial, trasciende al nivel sectorial y de las instituciones sociales y contribuyen al proceso de creación de *lo público* a través de su apropiación social, para, finalmente, en un cuarto nivel, propiciar procesos de aprendizaje social que pueden involucrar cambios en los valores y las actitudes que caracterizan la sociedad, o conllevar acciones orientadas a desarrollar una capacidad para controlar conflictos y para lograr mayores niveles de convivencia.

CURRÍCULO INTEGRADO-INTEGRADOR

En la búsqueda de nuevas alternativas para el diseño de los currículos se requiere partir de la construcción de *núcleos temáticos y problemáticos*, producto de la investigación y evaluación permanentes. Estos núcleos temáticos y problemáticos no son la unión de asignaturas, sino el resultado de la integración de diferentes disciplinas académicas y no académicas (cotidianidad, escenarios de socialización, hogar) que, alrededor de problemas detectados, garantizan y aportan a su solución. Antes que contenidos, la estrategia de integración curricular exige una mirada crítica de la realidad.

La implementación de un currículo integrado-integrador implica que la “enseñanza dialogante” se base en la convicción de que el discurso del formador o formadora será formativo solamente en el caso de que el o la participante, a medida que reciba los mensajes magistrales, los reconstruya y los integre, a través de una actividad, en sus propias estructuras y necesidades mentales. Es un diálogo profundo que comporta participación e interacción. En este punto, con dos centros de iniciativas donde cada uno (formador, formadora y participante) es el interlocutor del otro, la síntesis pedagógica no puede realizarse más que en la interacción de sus actividades orientadas hacia una meta común: la adquisición, producción o renovación de conocimientos.

PLANES DE ESTUDIO

Los planes de estudio se diseñaron de manera coherente con el modelo educativo presentado y en esta labor participó el grupo de personas pedagogas vinculadas al proyecto, expertos y expertas en procesos formativos para adultos con conocimientos especializados y experiencia. Asimismo, participó la Red de Formadores y Formadoras Judiciales constituida para este programa por aproximadamente 150 magistrados, magistradas, juezas, jueces, empleados y empleadas, quienes con profundo compromiso y motivación exclusiva por su vocación de servicio se prepararon

a lo largo de varios meses en la Escuela Judicial tanto en la metodología como en los contenidos del programa con el propósito de acompañar y facilitar el proceso de aprendizaje que ahora se invita a desarrollar a través de las siguientes etapas:

Etapla I. *Reunión inicial*. Presentación de los objetivos y estructura del programa; afianzamiento de las metodologías del aprendizaje autodirigido; conformación de los subgrupos de estudio con sus coordinadores y coordinadoras, y distribución de los temas que profundizará cada subgrupo.

Etapla II. *Estudio y análisis individual*. Interiorización por cada participante de los contenidos del programa mediante el análisis, desarrollo de casos y ejercicios propuestos en el módulo, consulta de jurisprudencia y doctrina adicional a la incluida en los materiales educativos. Asimismo, elaboración y envío de un informe individual con el fin de establecer los intereses de los y las participantes para garantizar que las actividades presenciales respondan a estos.

Etapla III. *Investigación en subgrupo*. Profundización colectiva del conocimiento sobre los temas y subtemas acordados en la reunión inicial y preparación de una presentación breve y concisa (10 minutos) para la mesa de estudios o conversatorio, junto con un resumen ejecutivo y la selección de casos reales para enriquecer las discusiones en el programa.

Etapla IV. *Mesa de estudios o conversatorio*. Construcción de conocimiento a través del intercambio de experiencias y saberes y el desarrollo o fortalecimiento de competencias en argumentación, interpretación, decisión, dirección, etc., alrededor de las presentaciones de los subgrupos, el estudio de nuevos casos de la práctica judicial previamente seleccionados y estructurados por los formadores con el apoyo de los expertos y expertas, así como la simulación de audiencias. Identificación de los momentos e instrumentos de aplicación a la práctica judicial y, a partir de estos, generación de compromisos concretos de mejoramiento de la función judicial y de estrategias de seguimiento, monitoreo y apoyo en este proceso.

Etapla V. *Pasantías*. Son experiencias concretas de aprendizaje, dirigidas a confrontar los conocimientos adquiridos, con la realidad que se presenta en los despachos y actuaciones judiciales (sean escritas u orales), mediante el contacto directo de los discentes y las discentes (pasantes), con las situaciones vividas en la práctica judicial en las diferentes áreas (civil, penal, laboral, administrativo, etc.), bajo la orientación y evaluación de los magistrados y magistradas, jueces y juezas, titulares de los respectivos cargos.

Etapla VI. *Aplicación a la práctica judicial*. Incorporación de los elementos del programa académico como herramienta o instrumento de apoyo en el desempeño laboral mediante la utilización del conocimiento construido en la gestión judicial.

Elaboración y envío del informe individual sobre esta experiencia y reporte de los resultados del seguimiento de esta etapa en los subgrupos.

Etapa VII. *Experiencias compartidas*. Socialización de las experiencias reales de los y las discentes en el ejercicio de la labor judicial, con miras a confirmar el avance en los conocimientos y habilidades apropiados en el estudio del módulo. Preparación de un resumen ejecutivo con el propósito de contribuir al mejoramiento del curso y selección de casos reales para enriquecer el banco de casos de la Escuela Judicial.

Etapa VIII. *Actividades de monitoreo y de refuerzo o complementación*. De acuerdo con el resultado de la fase anterior se programan actividades complementarias de refuerzo o extensión del programa según las necesidades de los grupos en particular.

Etapa IX. *Seguimiento y evaluación*. Determinación de la consecución de los objetivos del programa por los y las participantes y el grupo mediante el análisis individual y el intercambio de experiencias en subgrupo.

LOS MÓDULOS

Los módulos son la columna vertebral en este proceso en la medida que presentan de manera profunda y concisa los resultados de la investigación académica realizada durante aproximadamente un año, con la participación de magistrados y magistradas de las Altas Cortes y de los tribunales, de los jueces y juezas de la República y expertos y expertas juristas que ofrecieron lo mejor de sus conocimientos y experiencia judicial, en un ejercicio pluralista de construcción de conocimiento.

Se trata, entonces, de valiosos textos de autoestudio divididos secuencialmente en unidades que desarrollan la temática de determinada temática, de dispositivos didácticos flexibles que permiten abordar los cursos a partir de una estructura que responde a necesidades de aprendizaje previamente identificadas. Pero más allá está el propósito final: servir de instrumento para fortalecer la práctica judicial.

CÓMO ABORDARLOS

Al iniciar la lectura de cada módulo el o la participante debe tener en cuenta que se trata de un programa integral y un sistema modular coherente, por lo que para optimizar los resultados del proceso de formación autodirigida tendrá en cuenta que se encuentra inmerso en el Programa de Formación Judicial Especializada sobre Sistema Acusatorio Penal. A través de cada contenido, los y las discentes encontrarán referentes o remisiones a los demás módulos del Plan, que se articulan mediante diversos ejes transversales tales como Derechos Humanos, Constitución Política

de 1991, Bloque de Constitucionalidad, la ley específica, al igual que la integración de los casos problemáticos comunes que se analizan, desde diferentes perspectivas, posibilitan el enriquecimiento de los escenarios argumentativos y fortalecen la independencia judicial.

Por lo anterior, se recomienda tener en cuenta las siguientes sugerencias al abordar el estudio de cada uno de los módulos del plan especializado:

1. Consulte los temas de los otros módulos que le permitan realizar un diálogo de manera sistémica y articulada sobre los contenidos que se presentan.
2. Tenga en cuenta las guías del discente y las guías de estudio individual y de subgrupo para desarrollar cada lectura. Recuerde apoyarse en los talleres para elaborar mapas conceptuales, esquemas de valoración de argumentaciones y el taller individual de lectura del plan educativo.
3. Cada módulo presenta actividades pedagógicas y de autoevaluación que permiten al y la discente reflexionar sobre su cotidianeidad profesional, la comprensión de los temas y su aplicación a la práctica. Es importante que en el proceso de lectura aborde y desarrolle con rigor dichas actividades para que críticamente establezca la claridad con la que percibió los temas y su respectiva aplicación a su tarea judicial. Cada módulo se complementa con una bibliografía básica seleccionada, para quienes quieran profundizar en el tema o acceder a diversas perspectivas.

El Plan Integral de Formación Especializada para la Implementación de los módulos de aprendizaje autodirigido en el Programa de Formación Judicial Especializada sobre Sistema Acusatorio Penal, que la Escuela Judicial entrega a la judicatura colombiana, acorde con su modelo educativo, es una oportunidad para que la institucionalidad colombiana, con efectiva protección de los derechos fundamentales y garantías judiciales, cierre el camino de la impunidad para el logro de una sociedad más justa.

Finalmente, agradecemos el envío de todos sus aportes y sugerencias a la sede de la Escuela Judicial en la Calle 85 No. 11-96, pisos 6 y 7, de Bogotá, o al correo electrónico escujud@cendoj.ramajudicial.gov.co, que contribuirán a la construcción colectiva del saber judicial alrededor del Programa de Formación Judicial Especializada sobre Sistema Acusatorio Penal.

CONTENIDO

PRESENTACIÓN DEL PLAN INTEGRAL DE FORMACIÓN ESPECIALIZADA PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS MÓDULOS DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO EN EL PROGRAMA DE FORMACIÓN JUDICIAL ESPECIALIZADA SOBRE EL SISTEMA ACUSATORIO PENAL	9
PRESENTACIÓN	21
UNIDAD 1	
PRUEBA TESTIMONIAL	25
Estructura	26
Recomendaciones	27
I. MARCO CONSTITUCIONAL DE LAS PRUEBAS PENALES	27
Introducción	27
Objetivos	28
A. Marco constitucional de la prueba penal	28
B. Marco constitucional de la prueba testimonial	32
Actividad pedagógica	33
Síntesis	33
Autoevaluación	34
C. REGLAS GENERALES PARA LA PRUEBA TESTIMONIAL	34
Introducción	34
Objetivos	34
Actividad pedagógica	40
II. NOTIFICACIÓN AL TESTIGO	41
Actividad pedagógica	42
Actividad pedagógica	47
Actividad pedagógica	51
Actividad pedagógica	54
III. LA SANA CRÍTICA COMO DESARROLLO DEL ESTUDIO DE LOS ARTÍCULOS 403 Y 404 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL	90
Introducción	90
Objetivos	90
Autoevaluación	94
IV. TÉCNICAS DEL MANEJO DEL TESTIMONIO EN AUDIENCIA	99

Introducción	99
Objetivo	99
Actividad pedagógica	101
Síntesis	107
V. ANEXO PRUEBA TESTIMONIAL	107
VI. BIBLIOGRAFÍA PRIMERA PARTE	109
UNIDAD 2	
LA PRUEBA TÉCNICA	111
I. CADENA DE CUSTODIA Y MANEJO DE ELEMENTOS MATERIALES	
PROBATORIOS	111
A. Cadena de custodia	111
Introducción	111
Consideraciones generales	112
Autoevaluación	123
BIBLIOGRAFÍA	124
B. Manejo de elementos materiales de prueba	125
Introducción	125
Autoevaluación	125
BIBLIOGRAFÍA	165
NOTAS DE ACTUALIZACIÓN DEL MÓDULO POR PARTE DEL COMITÉ	
ACADÉMICO DE LOS PROGRAMAS DE FORMACIÓN JUDICIAL	
ESPECIALIZADA DEL ÁREA PENAL DE LA ESCUELA JUDICIAL	
“RODRIGO LARA BONILLA”	169
PRUEBA TÉCNICA Y TESTIMONIAL	170
1. Prueba de referencia – testimonial y técnica	172
2. El juramento	190
3. Entrevistas	194
4. Interrogatorio	195
5. Contrainterrogatorio	206
6. Interrogatorio y contrainterrogatorio. Exclusión de la víctima (artículos 391 y 395 de la ley 906/04)	208
7. Testigo común y testigo único: desistimiento, renuencia	212
8. Protección de testigos	214
2. Prueba pericial – requisitos para su valoración	230

LA PRUEBA TESTIMONIAL Y TÉCNICA

PRESENTACIÓN

La implementación del nuevo Sistema Penal en Colombia ha demandado, y continuará haciéndolo, de un ingente esfuerzo de formación y capacitación por parte de quienes tienen la responsabilidad de construir una nueva práctica judicial en el país. La Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, consciente de la enorme responsabilidad que le cabe en este propósito, viene impulsando un dinámico proceso de formación, en el cual se han involucrado importantes juristas y expertos en los diversos campos del ámbito penal. Este esfuerzo se ha basado en el sólido desarrollo de un modelo pedagógico que tiene como norte la promoción de procesos de autoformación y autodesarrollo, respaldado por un conjunto de módulos que abordan con profundidad y amplitud los más diversos aspectos del sistema acusatorio que se está implantando en el país.

Para la puesta en funcionamiento del nuevo Sistema Penal uno de los ejes temáticos más importantes es el del manejo de la prueba, tanto desde una perspectiva jurídica, como técnica. En correspondencia con esta trascendencia, la Escuela Judicial pone a consideración de los jueces y demás personal vinculado al ámbito de la justicia penal el presente Módulo, con la esperanza de que, con su ayuda, se logre una sólida apropiación de los conceptos y prácticas que demandan el nuevo sistema.

Los temas que trata este Módulo, a saber: la prueba testimonial y la prueba técnica, como ya se anotó, forman parte de la espina dorsal del método de investigación y juzgamiento creado con la Ley 906 de 2004. El sistema desarrollado en el nuevo Código de Procedimiento Penal en materia de pruebas no se mantiene cerrado sobre sí mismo, limitándose a un manejo puramente jurídico, sino que interactúa de manera dinámica con elementos de carácter técnico y científico, como se refleja en las exigencias para valorar la prueba pericial, que se surte a través de la declaración del perito. Además, la forma como se incorpora la prueba al proceso es muy distinta a la que se venía haciendo bajo la Ley 600 de 2000 y los sistemas procesales anteriores; en tal sentido, el Módulo cumple la función de intermediación entre los saberes y las prácticas judiciales. En consecuencia, se organiza en dos partes claramente diferenciables. La primera de ellas, consagrada a la prueba testimonial, se desarrolla desde una perspectiva esencialmente constitucional; la segunda, la prueba técnica, se asume desde un enfoque más operativo y práctico, a través del cual se

busca tender puentes que vinculen todo el manejo de las pruebas, en procura de lograr una conducción integral de las mismas.

Desde el punto de vista metodológico, y dada la especificidad de los temas, cada uno de ellos fue abordado por un experto. En el caso de la prueba testimonial, la elaboración del texto correspondió al doctor Jorge Arenas Salazar, reconocido jurista y profesor universitario. La prueba técnica estuvo a cargo del doctor Carlos Eduardo Valdés Moreno, médico, con una amplia y profunda experiencia en el manejo técnico de las pruebas propias de los procesos judiciales.

Dadas las características del modelo pedagógico de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, cada uno de los autores tuvo autonomía para la preparación de su texto, en el marco de un conjunto de recomendaciones metodológicas que buscan centrar la atención de los autores en el papel didáctico que deben jugar los módulos. En este sentido, cada uno de los autores manejó la presentación de su tema de manera independiente, con un estilo propio, que se refleja en aplicación de la metodología propuesta por la Escuela. De esta forma, el presente Módulo debe ser asumido como la conjunción de dos trabajos de la más alta calidad, aunque cada uno asumido de manera independiente, pero claramente complementaria.

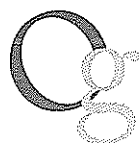
La sección que se ocupa de la prueba testimonial es un trabajo pensado desde la perspectiva constitucional y trata los aspectos más usuales de la práctica judicial en esta materia. Para lograrlo, el autor explora los derechos, obligaciones y permisiones de los sujetos procesales y del Juez. Otra parte del Módulo se dedica al estudio de los tipos de testigos y al proceso psíquico que se da en ellos y que va desde la percepción de los hechos, hasta el momento en que da su versión en el estrado. No se deja de lado el estudio normativo para que el lector clarifique y gane en profundidad en el manejo de la regulación sobre el testimonio, con lo cual se espera repercutir en una mejor práctica judicial. Los ejercicios y temas de discusión son actividades dirigidas a la interiorización de los conceptos y al enriquecimiento de la experiencia práctica del discente a partir de las reflexiones presentadas y promovidas por el autor.

En la sección dedicada a la prueba técnica se manejan dos temas en profundidad: la cadena de custodia y el manejo de los elementos materiales probatorios. De manera sistemática se exponen los conceptos y prácticas relacionados con el aseguramiento de los elementos materiales probatorios. En desarrollo de este propósito, se describe detalladamente el tema de la cadena de custodia: la responsabilidad sobre

ella, la cadena como proceso, la documentación que la respalda, su verificación y control. En relación con el manejo de elementos materiales se hace un análisis de la actuación en la escena, la investigación de la misma, el transporte de elementos materiales probatorios y su estudio desde una perspectiva material teniendo en cuenta documentos, cintas magnetofónicas, armas de fuego, cartuchos, proyectiles, vainillas y demás elementos probatorios. La presentación de los conceptos y ejercicios que acompañan el Módulo, al igual que las reflexiones que propone el autor, son un mecanismo pedagógico para introducir al Juez en el conocimiento y manejo técnico de la evidencia.

Son los lectores discentes los llamados a juzgar si el Módulo logra cumplir con su propósito pedagógico, al compartir con ellos de manera agregada dos aspectos esenciales del manejo de la prueba: lo testimonial y su manejo técnico.

CONVENCIONES



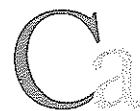
Objetivo General



Objetivos Específicos



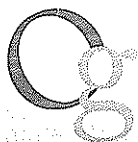
Actividades de Taller



Cuestionarios de Autoevaluación

UNIDAD 1

PRUEBA TESTIMONIAL



- El proceso penal puede comprenderse como un instrumento para determinar si una persona debe o no sufrir una pena, dependiendo de si se le encuentra responsable o no de un delito. Luego, puede advertirse que el proceso penal es fundamentalmente el espacio para realizar una acción averiguatoria, cognoscitiva y verificativa orientada al establecimiento de la verdad respecto de la imputación que se hace a una persona como supuesto autor de un delito y sus circunstancias. Sin embargo, la búsqueda de la verdad no es un objetivo a toda costa o a cualquier precio en los procesos penales.
- Por lo anterior, el presente Módulo busca ofrecer las herramientas que el participante requiere para identificar los límites de la actividad probatoria que deviene en el núcleo penal esencial de todo proceso; límites que surgen de los Derechos Fundamentales de las personas, tomando con especial énfasis todo aquello que compete al tratamiento de la prueba testimonial. Esta actividad debe someterse a unos requisitos impuestos por la dignidad del ser humano.
- Por ser el testimonio uno de los medios de prueba más frecuentes dentro de la práctica investigativa penal, proponemos a través del desarrollo de este Módulo que el discente lo conozca, comprenda, interprete y domine, juiciosa y críticamente en todos sus aspectos principales, acudiendo a una dinámica pedagógica de autoformación especialmente dirigida a los funcionarios judiciales.
- Otro de los fundamentales objetivos de este Módulo es ofrecer al discente, como aplicador de justicia, las herramientas para tomar conciencia, reflexionar y autoevaluarse respecto de los contenidos que se enuncian a continuación. El ser humano es el origen, la causa, la razón de ser de todos los valores. Nada es valioso si no es valioso para el ser humano. El Estado, el Derecho, las organizaciones sociales son significativas si contribuyen a la realización de la persona humana. El Derecho Penal es un instrumento extremadamente agresivo que el Estado, lamentablemente, todavía está en necesidad de utilizar para

garantizar una convivencia entre los integrantes de la sociedad. Cuando se impone una pena de las que contempla el Código Penal, muchos Derechos Fundamentales son suprimidos o limitados tanto para el directamente afectado como para su núcleo familiar.



- Proporcionar al discente la información que concretamente requiere para el manejo óptimo de esta prueba, con el fin de que se apropie de las herramientas necesarias para practicar su recaudo, incorporación y valoración.
- Se buscará que el participante conozca, profundice y maneje, dos aspectos sustanciales: en primer lugar, los parámetros impuestos por la dignidad humana, por el bloque de constitucionalidad, por la Constitución y por las leyes en el manejo del testimonio; en segundo lugar, todo lo relacionado con los aspectos cognoscitivos, afectivos, morales y éticos involucrados en este medio de prueba. Además, con el dominio de estos aspectos, el funcionario judicial podrá identificar con plena seguridad las implicaciones y límites que se erigen alrededor del testimonio.

ESTRUCTURA

Los objetivos antes enunciados se desarrollan en cinco unidades. En la primera unidad se expone el marco constitucional de las pruebas penales, refiriéndose luego a aquel marco aplicable concretamente a la prueba testimonial, en el cual el discente encontrará, entre otros, los elementos necesarios para comprender el contenido constitucional implícito en el testimonio. Aquí puede repararse la vital importancia de la observancia de los postulados de nuestro mandato superior con relación a este particular medio de prueba, recordando que es la Constitución Política de Colombia la máxima expresión del poder constituyente que busca, entre otras cosas, salvaguardar los fundamentales derechos de los asociados, irradiando todas las áreas del Derecho, con especial énfasis en el Derecho Penal. La segunda unidad, examina la normatividad vigente en torno a la prueba testimonial, para ofrecer un panorama claro de la regulación, los elementos y conceptos comprometidos, y los alcances del testimonio, en compañía de los comentarios pertinentes, con el fin de proporcionarle al participante las herramientas que le permitan apropiarse de los

preceptos jurídicos que rigen el testimonio. La tercera unidad presenta la sana crítica, como desarrollo de los artículos 403 y 404 del Código de Procedimiento Penal, en donde se indican los elementos y las condiciones que deben advertirse durante la valoración del testimonio, teniendo en cuenta los criterios para su interpretación. La cuarta unidad ofrece los medios necesarios para que el discente comprenda con habilidad, las técnicas del manejo de la prueba testimonial y el contenido e importancia de la planeación del interrogatorio. Por último, se incluye un documento anexo con actividades pedagógicas para ser desarrolladas grupal o individualmente, con el fin de guiar al discente en la aplicación y ejercitación de los contenidos de este Módulo.

RECOMENDACIONES

La exposición que sigue, exige de usted, como participante, realizar actividades complementarias de interacción con otros discentes. Comente sus observaciones e inquietudes en grupo y realice ejercicios prácticos, llevando a cabo o proponiendo:

- El estudio de casos reales o hipótesis que haya creado y que considere pertinentes en relación con el tema.
- La discusión sobre un aspecto específico.
- La reflexión sobre interrogantes o problemas.
- El estudio y análisis de textos jurídicos como jurisprudencias o doctrina
- La reflexión individual o colectiva sobre la práctica judicial
- La consulta bibliográfica básica o complementaria para los participantes interesados en profundizar en el tema.
- La revisión constante del anexo, conforme vaya desarrollando el módulo, para ejercitar las actividades pertinentes.

Algunas de estas actividades pedagógicas están sugeridas en el desarrollo o al final del Módulo; otras, deben ser inducidas y ejercitadas por usted mismo y los demás participantes.

I. MARCO CONSTITUCIONAL DE LAS PRUEBAS PENALES

INTRODUCCIÓN

Hoy por hoy, la Constitución Política se ha erigido como el marco fundamental que bosqueja los contenidos y alcances de la normatividad colombiana en todas

las áreas de regulación posibles. Su contenido e interpretación, a cargo de la Corte Constitucional, se han consolidado como vitales herramientas de control para el legislador, los jueces y los demás operadores jurídicos.

Sin duda alguna, el Derecho Penal es el área del Derecho en cuyo seno se ven implicadas afectaciones importantes a los Derechos Fundamentales consagrados en la Carta Política, razón por la cual se hace necesario un profundo conocimiento de la regulación, los controles y las garantías, los derechos y los deberes de los sujetos partícipes del proceso penal, en todas sus etapas, advirtiéndose en todo momento, la primacía de los contenidos constitucionales y el deber que todos tenemos de procurar su salvaguarda y respeto.

OBJETIVOS

Con esta unidad se busca que el discente amplíe su comprensión de la teoría de la prueba y, en particular del testimonio, incorporando la perspectiva constitucional indispensable en un Estado Social de Derecho como el nuestro, en donde la prevalencia y respeto de los principios constitucionales y los Derechos Fundamentales son el cimiento ineludible hacia la realización efectiva de los postulados constitucionales que buscan proteger al ser humano, al individuo, al ciudadano, quien le otorga el verdadero sentido a la existencia del Estado.

Usted encontrará una breve enunciación de los contenidos constitucionales que guardan directa relación con la teoría de la prueba en materia penal, a partir de lo cual se pretende advertir la fundamental importancia de reconocer y valorar la Carta Política de Colombia, sus alcances e instrumentos de protección, garantía y salvaguarda de sus contenidos, con el fin de respetar y lograr el respeto de los derechos de los actores en las actuaciones del proceso penal en las que se estén manejando elementos de prueba. Especialmente en relación con el testimonio, podrá hacer una reflexión similar.

A. MARCO CONSTITUCIONAL DE LA PRUEBA PENAL

◦ La Teoría de la Prueba en el Estado Social de Derecho

Como todos los ámbitos de regulación, la Teoría de la Prueba en materia penal debe estructurarse de cara a la noción de Estado Social de Derecho y de los cometidos que esta concepción política introduce al proceso penal como escenario

en el cual ha de realizarse la justicia. La construcción de un orden justo (art. 2° de la Carta Política) pasa forzosamente por la materialización de esa pretensión de justicia en cada proceso penal, la cual se encuentra a su vez irremediabilmente ligada a una concepción y práctica probatorias receptivas a los principios y valores constitucionales aplicables al proceso penal, tales como la dignidad, la libertad, la igualdad, la proporcionalidad y la razonabilidad, entre otros.

El modelo político impone así mismo al aplicador del Derecho, el imperativo de trascender el estrecho marco que en ocasiones le señala la norma legal, para derivar de la preceptiva constitucional aquellos contenidos y herramientas que le permitan implementar el régimen probatorio de la manera más eficiente, en términos de la garantía de los Derechos Fundamentales de quienes intervienen en el proceso penal, y de la materialización de la justicia como valor.

◦ El principio de dignidad humana y la prevalencia de los Derechos Fundamentales¹.

El participante, además, debe prestar particular y especial atención al principio de la dignidad humana, estrechamente ligado a la vocación democrática del Estado, que demanda proteger al ser humano, con el fin de que, bajo ninguna circunstancia pueda ser instrumentalizado en función del sistema, de estructuras o de valores que le sean ajenos. Tal imperativo adquiere particular relevancia en la concepción y aplicación del régimen probatorio, en la medida que la obtención de la verdad, como presupuesto para la aplicación de la justicia, debe preservar, en toda circunstancia, la valía intrínseca de la persona y su consideración como fin a cuya protección se orienta toda la construcción política y jurídica.

La dignidad y la vigencia de los Derechos Fundamentales son de tal relevancia en el proceso del Estado Constitucional de Derecho, que se erigen en factores de legitimación de la prueba penal y del sistema mismo de justicia, al punto que la cláusula de exclusión de la prueba ilícita está fundada en la violación de garantías fundamentales y del debido proceso en la producción de la prueba.

A

- Comente y analice con los demás participantes un (1) caso que haya conocido y en el que so pretexto de hallar 'la verdad' se hayan visto afectados los Derechos Fundamentales en el curso del proceso, tales como: el derecho a la intimidad, a la presunción de inocencia, el derecho a la defensa, a la igualdad,

1 Preámbulo y arts. 1° y 5° de la Carta.

a la no autoincriminación, al debido proceso o al libre desarrollo de la personalidad.

- Discuta sobre un aspecto específico que violente flagrantemente los principios constitucionales o los Derechos Fundamentales de los implicados en dicho proceso y las posibles razones que expondría el agresor de los mismos para justificar tal violación.
- Evalúe a la luz del Derecho Constitucional si la justificación planteada tendría cabida y sustento en alguno de los postulados constitucionales.

Usted habrá observado o podrá observar cómo los Derechos Constitucionales a la intimidad e inviolabilidad de domicilio (arts. 15 y 28 de la Carta Política) se encuentran especialmente expuestos en los procesos de recolección de medios de prueba, particularmente a través de los allanamientos, los registros, las incautaciones y la interceptación de comunicaciones. Los controles que se ejerzan para la salvaguarda de estos derechos en las señaladas actuaciones, deben trascender el aspecto formal y orientarse de manera amplia e integral a la verificación del impacto jurídico que la medida produce en los Derechos Fundamentales del concernido².

Este límite infranqueable que la dignidad y los Derechos Fundamentales representan para el ejercicio de la acción estatal, adquiere una mayor relevancia en un sistema penal que se autodefine como de ilimitada extensión de los medios de prueba, o de libre configuración de la instrucción.

• La presunción de inocencia y la ubicación de la carga de la prueba³.

El principio de presunción de inocencia ratifica el imperativo de que sea el órgano de persecución penal el encargado de probar, más allá de toda duda, la responsabilidad penal del acusado, y la rotunda prohibición de invertir la carga probatoria. La duda, en consecuencia, deberá ser siempre resuelta a favor del procesado.

Este planteamiento lleva implícito el principio de necesidad de la prueba, de exigencia de corroboración en las fases de verificación y refutación. En consecuencia,

2 La Corte Constitucional en sentencia C-1092 de 2003 declaró la inexecutable parcial del num. 2º del artículo 250 de la Carta, que introducía la exigencia de un control formal posterior, para afirmar –en cambio– la naturaleza material del mismo. Sin embargo, no consideró que los controles posteriores en materia de Derechos Fundamentales siempre resultan siendo formales y que desvirtúan su finalidad eminentemente preventiva.

3 Art. 29 de la Carta, art. 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

siempre será demandable constitucionalmente y paralelamente como una obligación del funcionario judicial, la evaluación, análisis y corroboración permanente de la necesidad de la prueba.

El derecho de defensa⁴.

La expresión más relevante del derecho de defensa y de la paridad de poderes entre las partes en el proceso, es la garantía de un contradictorio rodeado de los atributos de la publicidad, la oralidad y la inmediación.

Usted como funcionario judicial, debe observar que el derecho fundamental a defenderse de modo técnico, oportuno y adecuado, comporta la potestad de solicitar y presentar las pruebas orientadas a ratificar el estado de presunta inocencia que acompaña al procesado, y de refutación del material probatorio adverso. El Estado debe garantizar al procesado el derecho al tiempo adecuado para la preparación de su defensa y el acceso a todos los medios necesarios para el mismo objetivo. Cualquier obstrucción al ejercicio de esta prerrogativa universal engendra su violación.

El principio de igualdad⁵.

Este principio es otro de los axiomas constitucionales de enorme y vital importancia desde su perspectiva material, en cuanto que su efectividad no solamente excluye los tratos discriminatorios negativos, sino que también legitima los poderes de intervención por parte del Juez, a fin de subsanar los posibles desequilibrios que se puedan presentar entre contendores procesales naturalmente desiguales en virtud de su condición económica, física o mental que los coloca en circunstancia de debilidad manifiesta (Art. 13 de la Carta).

Recuerde que el principio de igualdad, desde el punto de vista de las herramientas de interpretación, también hace valiosos aportes a la actividad probatoria, en cuanto es la matriz constitucional de los principios de proporcionalidad y de razonabilidad.

4 Art. 29 de la Carta, art. 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

5 Art. 13 de la Carta, art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8.2 de la Convención Americana de Derechos humanos.

B. MARCO CONSTITUCIONAL DE LA PRUEBA TESTIMONIAL

Como ya se ha insinuado en las páginas anteriores, usted debe practicar la prueba testimonial, atendiendo esenciales y fundamentales requerimientos de índole constitucional, entre los que se destaca el *trato digno* y respetuoso de la condición humana que debe rodear la comparecencia e interrogatorio del testigo.

El deber testifical tiene arraigo en el imperativo constitucional que señala como deberes de la persona y el ciudadano “*colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia*” (art. 95.7).

El principio de *libertad* (art. 28 de la Constitución Política) adquiere también enorme relevancia frente a las facultades coercitivas que se atribuyen al Juez para asegurar la comparecencia del testigo renuente (art. 384 C. P. P.). Bajo la consideración de que todo el sistema penal se asienta sobre el principio de libertad, que su restricción es excepcional y reglada, las cautelas que se imponen al administrador de justicia en relación con la privación de la libertad del procesado, son exigibles también en materia de restricción de la libertad del testigo renuente.

En muchas ocasiones, podemos encontrarnos frente al deber genérico de protección de la *vida*, incorporado en el artículo 11 de la Constitución Política de 1991, patente en relación con los testigos que se puedan encontrar en riesgo como consecuencia del cumplimiento de su deber testifical.

En conexión con la inviolabilidad de los principios contenidos en la Carta Política: de dignidad (art. 1°), de libertad (art. 28), de autonomía individual (art. 16) y del secreto profesional (art. 74), se encuentran las excepciones constitucionales al deber de declarar.

Así, es en el artículo 33⁶ de la misma Constitución Política de Colombia donde usted puede encontrar el precepto que busca proteger el derecho de toda persona (no solo del imputado, sino de cualquiera llamada a declarar) a guardar silencio frente a las autoridades judiciales con el propósito de no autoincriminarse o de abstenerse de incriminar a todos aquellos con quienes conserva vínculos próximos de parentesco y, por ende, de afectividad.

Es preciso que el participante comprenda que esta tutela excluye el constreñimiento al procesado para que acepte hechos que lo incriminen penalmente, o al testigo para que deponga en contra de sus parientes cercanos.

6 Este amparo se contempla en el Derecho Internacional, particularmente en el art. 14.3.g) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8.2.g) de la Convención Americana de Derechos Humanos, limitado al derecho a la no autoincriminación del inculcado.



- Investigue, clarifique y determine los alcances del derecho a la no autoincriminación, su justificación jurídica y sus límites. Teniendo la delimitación clara del derecho, ¿considera usted que es una barrera en la búsqueda de la verdad? ¿Considera usted que impide la realización de la justicia? ¿Es contradictorio con otros postulados constitucionales, como la realización de la justicia? Justifique sus consideraciones en no más de una página.
- Comparta su ejercicio con los demás participantes.
- Participe en el debate en grupo.
- Acuda a la sentencia C-782 de 2005. Decante la línea argumentativa e incorpórela a su ejercicio.

No hay duda alguna sobre las estrechas relaciones existentes entre el derecho a la inviolabilidad del secreto profesional y los derechos fundamentales a la intimidad, al libre desarrollo de la personalidad, a la honra y el buen nombre. El funcionario judicial debe velar, con especial atención, por la preservación y respeto de este derecho en la admisión y práctica de la prueba testimonial, tomando en cuenta los derechos fundamentales que se verían afectados con su violación.

En virtud de este derecho, ninguna persona puede ser compelida a revelar, de cualquier modo, la información que ha llegado a su conocimiento por razón de su actividad profesional. Así se protege el sigilo del abogado con su cliente; del médico con su paciente; del siquiatra, psicólogo o terapeuta con su paciente; del trabajador social con el entrevistado; del clérigo con el feligrés; del contador público con el cliente; del periodista con su fuente; del investigador con el informante (art. 385 del C. de P.P.). Esta relación no puede considerarse exhaustiva en la medida en que el artículo 74 de la Carta no admite exclusiones. Esta advertencia exige del funcionario judicial acercarse profunda y constantemente al conocimiento del proceso, de los partícipes del mismo y de las implicaciones de todas sus actuaciones.

SÍNTESIS

Para quienes participan en el proceso penal, desde cualquier perspectiva, se hace imperioso conocer los contenidos de los derechos constitucionales expuestos en esta primera unidad, en aras de evitar su violación y procurar su salvaguarda y respeto de sus mandamientos en todas las actuaciones.

Aun, bajo el argumento de la búsqueda de la verdad, el proceso penal tiene unos límites y su regulación ofrece múltiples posibilidades de control para evitar que los mandatos constitucionales, relacionados con los derechos de los actores en el

proceso penal, se vean vulnerados. Como bien habrá podido observar, es indudable el impacto jurídico que tienen las medidas y actuaciones dentro del proceso penal en los derechos fundamentales. De allí, la importancia de la reglamentación, los controles y la vigilancia en la observancia del respeto al mandato constitucional.

La prueba testimonial, como uno de los ingredientes fundamentales en esa búsqueda, también tiene un marco constitucional en procura de la correcta administración de justicia, el respeto del derecho a la libertad y el trato digno del testigo, como partícipe del proceso y como ser humano.



- A través de un breve ensayo, exponga la relación entre la Constitución Política de Colombia y el Derecho Penal, poniendo especial énfasis en los derechos fundamentales e indicando las principales actuaciones y medidas encaminadas a la garantía, respeto y salvaguarda de estos derechos que existen dentro del proceso penal.

C. REGLAS GENERALES PARA LA PRUEBA TESTIMONIAL

INTRODUCCIÓN

Esta unidad ofrece los contenidos necesarios para comprender las reglas generales que orientan la prueba testimonial, de acuerdo con el Código de Procedimiento Penal y otras normas relacionadas con cada uno de los temas. Se exponen situaciones, observaciones, comentarios y sugerencias que invitan a la reflexión, en aras de que usted relacione los conceptos con los ejemplos y las situaciones de análisis. Es de esencial importancia que administre estos conceptos con las habilidades que optimizará a través del desarrollo de las actividades pedagógicas. Recuerde que las reglas de la prueba testimonial solo adquieren vida con la intervención, por parte de quienes participan en el proceso, en el manejo de las situaciones que se les presenten.

OBJETIVOS

En esta unidad, usted podrá precisar, a través de la exposición de treinta y dos (32) puntos, la normatividad que regula la prueba testimonial, comprendiendo sus contenidos de modo que cuente con los elementos necesarios para evaluar la actividad probatoria del testimonio con mayor claridad, precisión y seguridad.

Se quiere brindar los instrumentos necesarios para que usted pueda aplicar el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, la Constitución Política de Colombia y la normatividad complementaria relacionada con la prueba testimonial en todo lo pertinente, con amplios elementos de análisis y reflexión, teniendo en cuenta los aspectos implícitos en los textos normativos, las exigencias que devienen de la práctica y las situaciones que requieren de un estudio con mayor detenimiento. Usted fortalecerá sus habilidades para analizar y solucionar estas eventualidades.

Igualmente, verá fortalecida su capacidad de relacionar la teoría de la prueba y la de la prueba testimonial con la práctica, a través de la exposición de los contenidos, comentarios, interrogantes y ejercicios que se desprenden de cada uno de los numerales, relacionados con: el testigo, el contenido y alcance del testimonio, sus obligaciones y derechos; las características del testimonio del menor de 12 años, las medidas para asegurar la comparecencia de testigos y en qué casos se puede predicar la renuencia. Teniendo en cuenta la unidad precedente, podrá retomar en la próxima sección la relación del Derecho Penal con la Constitución Política de Colombia y, en esa medida, encontrará las consecuencias de la violación a sus postulados tales como la exclusión de la prueba ilícita y el respeto del secreto profesional.

Uno de los momentos de la audiencia, en donde usted podrá evaluar en general sus conocimientos, habilidades y manejo de la prueba y, en particular, la prueba testimonial, es aquel en el cual se llevan a cabo el interrogatorio y el contra-interrogatorio. En estos escenarios usted debe seguir precisas indicaciones. Es por lo anterior, que encontrará en este Módulo, algunas reglas y comentarios relativos a la exposición de los contenidos normativos que rigen estas actuaciones y exigen de todos los actores del proceso penal gran concentración en la búsqueda de la verdad a través del testimonio y, a la vez, un constante control sobre el respeto de las reglas que lo dirigen.

Usted está invitado a seguir este Módulo con la rigurosidad de su juicio, para que interroge y cuestione sobre todo lo que considere pertinente, ejercite sus habilidades, fortalezca su criterio y destreza en el manejo de la prueba testimonial, como operador jurídico, funcionario de la Rama Judicial y como persona.

• *Obligación de rendir testimonio* (Art. 383 del C. P. P.)

Se consagra la obligación de toda persona, bajo juramento, sin ningún tipo de distinción, de rendir el testimonio que se le haya solicitado en el juicio oral y público, o también como prueba anticipada, salvo las excepciones constitucionales y legales. Sin embargo, la norma estipula que en los casos en que un menor de doce

(12) años sea testigo, no se le debe recibir juramento y en la diligencia debe estar asistido por su representante legal o un pariente mayor de edad.

Aun así, se señala que el Juez podrá practicar el testimonio del menor fuera de la sala de audiencia, atendiendo las previsiones del numeral 5° del artículo 146 del C. P. P., bajo la obligación de argumentar, en todo caso, motivos razonables. Es requisito indispensable la presencia de las partes en todas las oportunidades en las que se presente esta especial eventualidad en la que el menor rinda testimonio bajo tales condiciones. No olvide que aquí las partes están facultadas para hacer el interrogatorio como si fuera en juicio público.

a. EL TESTIGO. Una de las inquietudes que usted podría hacerse, luego de la lectura de los párrafos precedentes, puede versar sobre la condición de testigo. **¿Quién es un testigo?** Sobre este punto reflexionaremos a continuación.

En sentido lato, el testigo es una persona que ha conocido un hecho que otras personas conocen o pretenden conocer por su intermedio; es una persona que ha conocido hechos que interesan a otras personas, naturales o jurídicas, las cuales tienen interés en tomar su conocimiento para adquirir un saber propio sobre esos hechos.

En un sentido más restringido, el testigo es la persona que ha conocido hechos que son objeto de prueba en procesos averiguatorios de orden legislativo, administrativo o judicial.

En sentido estricto, se considera testigo a la persona que ha conocido hechos que son objeto de prueba en procesos judiciales y que ha sido referenciada en el proceso como poseedora de un saber que le posibilita a la justicia construir un conocimiento propio sobre el asunto; se le ha reconocido esa condición en la actuación judicial y se ha ordenado su comparecencia a declarar.

Si se mira *ex post*, el testigo es una persona que tiene un saber respecto de un hecho, a quien se le ha impuesto formalmente el deber de comunicar ese conocimiento en un acto procesal formal bajo juramento ante autoridad, en este caso, ante un Juez.

b. EL TESTIGO ATÍPICO. También es preciso dejar muy claramente establecido que usted puede estar ante una persona que no haya tenido conocimiento del hecho que se busca esclarecer en un proceso judicial. No obstante, aun siendo de manera atípica, como se ha dicho, puede adquirir el estatus de testigo si alguna parte procesal lo mencionó como tal y en esa condición fue citado a declarar.

En estas condiciones, usted debe tener en cuenta que, a pesar de que esa persona no conoció el hecho, de todas maneras está en la obligación de cumplir con todos los deberes de los testigos, así sea para manifestar que no conoció el hecho que se suponía —erróneamente— que había conocido. De todas maneras, está en la obligación y en la necesidad de explicar de manera sumaria que quien consideró que él tenía un saber sobre el asunto, estaba equivocado. Es así como también desvirtúa que su alegado desconocimiento sea una forma de renuencia a declarar. Es bueno que el discente advierta que muchos testigos renuentes, por una parte, para eludir su obligación de declarar y, por otra, para evitar las consecuencias que se derivan de esa actitud, acuden al recurso de negar que tengan un conocimiento. Las razones mencionadas nos permiten fundamentar el criterio expuesto.

Para los efectos penales en el juicio donde debe comparecer, y en los penales que se pueden derivar del incumplimiento del testigo, es irrelevante que no conociera el hecho por el cual es llamado a declarar.

c. OTROS TESTIGOS (Clasificación). Existen muchas clasificaciones de los testigos que resultan de poca utilidad en este Módulo, por lo cual solo haremos referencia a las caracterizaciones con efectos prácticos más importantes y de mayor frecuencia en la práctica judicial. Encontramos, entonces:

(i) Testigo único y testigos plurales. Esta diferencia es importante, ante todo, por un lastre histórico, ya que durante muchos siglos se hizo famoso que el testigo único era un testigo nulo. Hoy, cuando el criterio valorativo de la prueba es la sana crítica, está plenamente claro que el valor de la prueba testimonial no depende de la cantidad sino de las virtudes intrínsecas de cada versión y de su ensamble con las demás pruebas obrantes en el proceso.

Esta negativa a otorgarle valor a la prueba testimonial única estaba también muy ligada a la época en que la prueba se estimaba en su valor de acuerdo con unas reglas fijas, conocidas más comúnmente como tarifa legal. En esa época los testimonios se contaban y, de acuerdo con la cantidad, se daba por probado un hecho; y si el testimonio era solitario se le negaba el valor probatorio.

(ii) Testigo directo y testigo de oídas. Es testigo directo aquel que en forma personal y directa ha tenido conocimiento de unos hechos, como aquel que observa quién le ha disparado letalmente a alguien. El testigo de oídas o “de referencia” es aquel que no ha conocido los hechos de manera personal ni directa y cuyo conocimiento se limita a lo que oyó o escuchó de parte de otra persona que sí conoció personalmente el hecho. Los testigos de oídas pueden serlo en muchos grados. Usted puede

encontrar que un testigo de oídas dé cuenta de lo que oyó decir a otro, que a su vez oyó de quien sí tuvo conocimiento personal y directo, así sucesivamente.

Es importante que usted tenga en cuenta que cuando una persona conoce un hecho, confluyen en ese conocimiento unos factores externos como las sensaciones y las percepciones y unos factores subjetivos a partir de los cuales se forma una idea de esos hechos (llamada por los psicólogos, generalmente, como representación). En otras palabras: en todo saber existen inevitablemente componentes o ingredientes subjetivos. Evaluar tales aspectos hace que usted examine con mayor profundidad la aproximación del testimonio a la posible realidad que se pretende encontrar.

A su vez, en los procesos comunicativos y en el caso que nos merece particular atención, entre el testigo y el Juez, pueden producirse distorsiones originadas tanto en las expresiones lingüísticas usadas por el emisor-testigo como en el modo de entenderlas el receptor-Juez.

En esta situación, los márgenes de riesgo que se generan en los procedimientos de averiguación de la verdad sobre unos hechos por medio de testigos, se asumen como tolerables y, ante todo, como inevitables. Sin embargo, también usted podría afirmar ante esto que si al Juez no le llega la versión de quien directamente conoció el hecho sino de otro que oyó de quien sí conoció el hecho, los márgenes de subjetividad se elevan a niveles inaceptables, razón por la cual en ordenamientos no penales se aceptan los testimonios de oídas aun con muchas precauciones, reservas, condiciones y limitaciones.

En el campo penal, dada la trascendencia y gravedad de las consecuencias que de ordinario se derivan de estos procesos de constatación o información, la tendencia general es a excluirlos como factor probatorio.

En el caso colombiano, en el nuevo Código de Procedimiento Penal que se comenta, este tipo de testimonio quedó excluido. La razón esencial es que un testimonio de oídas carece de ciencia en relación con los hechos que se investigan por la sencilla razón de no haberlos conocido.

Dicho de otra manera: un testigo, por definición, es una persona que conoció unos hechos que son materia de esclarecimiento en el proceso penal y, dado que los conoció, tiene un saber sobre los mismos: lo que se pretende es que ese testigo entregue a la justicia dicho saber. Nada de esto se puede predicar frente al testigo de oídas si por definición no conoció el hecho que se investiga. Por eso, se ha sostenido, con mucha razón, que en materia penal el testigo de oídas para lo único que eventualmente puede servir es para informar sobre quien conoció del hecho para poder acudir a él.

Otro inconveniente muy serio que presenta el testigo de oídas y que consideramos es una razón más para que el legislador lo hubiera excluido, es que hace imposible la constatación referida al conocimiento de los hechos. Si un testigo dice que vio unos hechos y comparece a la audiencia de juicio oral es posible que se constate que ese testigo por ser invidente o por tener una miopía o cualquiera otra limitación del órgano de la vista muy severa, no pudo ver. Nada de esto se puede hacer cuando el testigo original no comparece a los estrados judiciales a declarar personalmente.

Así las cosas, como usted ha podido comprender, el testigo de oídas excluye cualquier examen respecto de las posibilidades de conocer, de recordar y de declarar del testigo de quien se afirma que conoció el hecho. Tampoco es posible verificar su sinceridad o veracidad.

(iii) *Testigo común y testigo técnico*: No obstante que las nuevas normas comentadas en materia probatoria testimonial pretenden usar la expresión testigo tanto para aquel que conoce un hecho y declara sobre él y como para el que estudia algo y rinde un concepto, es muy importante dejar bien delimitado que la prueba pericial es un medio de prueba autónomo, con características muy específicas, sometido a unas ritualidades también propias y, ante todo, esencialmente diferente a la prueba testimonial.

Esta diferencia entre testimonio y peritaje pareciera desvanecerse en algunas legislaciones en las cuales expresamente se contempla la figura del testigo técnico. ¿Quién es el testigo técnico? Esta especie de testigo ofrece valiosas herramientas en la apreciación de la prueba. Se entiende por testigo técnico una persona que presencia unos hechos y además debido a su habilitación, entrenamientos, capacidades, adiestramientos, formación profesional o por su oficio, tiene una posibilidad de conocer mejor el hecho, la cosa o el fenómeno de que se trata. Esta capacidad especial le da ventajas especiales tanto para conocer como para recordar y para declarar.

En estos casos, es muy frecuente que esas legislaciones permitan que ese testigo técnico, por sus circunstancias especiales, pueda ser requerido para que, además de narrar los hechos que sensorialmente le constan, emita opiniones sobre esos mismos hechos. Es decir, que también emita conceptos, en aras de integrar su percepción especializada sobre los hechos involucrando así sus conocimientos técnicos.

En Colombia este asunto se ha tratado por la doctrina y la jurisprudencia pero en la normatividad que se estudia no está contemplada esta categoría de testigos.

El artículo 392 del Código de Procedimiento Penal, que se examinará más adelante, deja perentoriamente establecido que al testigo sólo se le preguntará por

hechos. Es decir, en ningún momento se le pueden pedir opiniones o conceptos sobre el objeto del testimonio. Lo contrario, sería materia de objeción a la pregunta, y esta objeción debe ser aceptada por el Juez que presida la audiencia.

Pero lo antes dicho no se opone a que el testigo, al momento de declarar y de narrar lo que conoció, pueda expresarlo en términos técnicos; tampoco se opone a que, como razón de su dicho o de su conocimiento, exponga las razones por la cuales conoce de manera más precisa y puntual un hecho.

Así, por ejemplo, un médico que presencié la llegada de un paciente a un centro hospitalario puede declarar que observó que el paciente llegó febril y subictérico, si ello le consta. Aun así, se le puede exigir que explique estas expresiones en términos comunes y deberá hacerlo. Pero esa no es una opinión, como tampoco es un concepto. Sigue siendo una descripción técnica. En otras circunstancias, si fuera un testigo común quien quisiera referirse a la misma descripción, diría que el paciente llegó “con fiebre” y “muy pálido” o “amarillo” o “como si tuviera ictericia”.

Ahora bien, en relación con la obligación de testimoniar, usted como participante, podrá aclarar con las siguientes exposiciones quiénes están obligados a rendir testimonio según la normatividad colombiana:

1. La obligación de rendir testimonio se extiende a todas las personas residentes en Colombia. Es decir, no existe excepción de ninguna naturaleza frente a esta obligación, diferente de las constitucionales y legales que se examinarán más adelante para que usted pueda precisar los eventos en los que no se obliga a testimoniar.

2. En sentido estricto, es necesario que ese testimonio sea solicitado por las partes legitimadas para hacerlo; que el Juzgado ordene la prueba, disponga su evacuación y fije la fecha y hora para hacerlo.

3. Es preciso que ese testimonio se le solicite al testigo, lo cual se hace mediante notificación en las formas que se verán más adelante.



- Proponga, para analizar en grupo, un caso en el que sean llamados a declarar diferentes tipos de testigos, según lo ilustrado anteriormente. Extienda la exposición de sus características de acuerdo con el caso propuesto.
- Discuta sobre los alcances y límites del sigilo profesional. Precise para quiénes se protegen el secreto profesional y sus implicaciones frente a la obligación a rendir testimonio.

II. NOTIFICACIÓN AL TESTIGO

De acuerdo con el artículo 171 del Código de Procedimiento Penal, relativo a las citaciones, “[c]uando se convoque a la celebración de una audiencia o deba adelantarse un trámite especial, deberá citarse oportunamente a las partes, testigos, peritos y demás personas que deban intervenir en la actuación. (...)”. Se exige además, que recaiga en cabeza del Juez de Control de Garantías, la obligación de ordenar la citación para que los intervinientes comparezcan a la audiencia preliminar.

Las citaciones deben, por mandato expreso del artículo 172, hacerse por orden del Juez en la providencia que así lo disponga y se tramitan por Secretaría, para lo cual pueden emplearse medios técnicos o tecnológicos expeditos, guardándose, en todo caso, especial cuidado para que los intervinientes sean informados de la existencia de la citación, en forma oportuna y veraz. Para realizar este propósito, el Juez puede acudir a los servidores de la administración de justicia y, en los eventos en que resulte necesario, a miembros de la fuerza pública o de la policía judicial.

En cuanto al contenido de la citación, deben indicarse los siguientes aspectos, de acuerdo con el artículo 173 del C. P. P.:

La clase de diligencia para la cual se le requiere y si debe asistir acompañado de abogado.

La clase de delito y de ser factible su determinación.

La fecha de la comisión del punible.

El nombre de la víctima del mismo.

El número de radicación de la actuación a la cual corresponde.

Para todos los efectos procesales a que haya lugar dentro del mismo trámite, o penales en otros procesos que pudieran originarse por la renuencia del testigo, el secretario deberá llevar un registro de las citaciones de la misma manera que se prevé para las notificaciones en el artículo 170, así:

Artículo 170. Registro de la notificación. El secretario deberá llevar un registro de las notificaciones realizadas tanto en audiencia como fuera de ella, para lo cual podrá utilizar los medios técnicos idóneos.

Por otro lado, teniendo en cuenta que la obligación de comparecer es para rendir testimonio: a. En el juicio oral, o b. Como prueba anticipada, veremos a continuación cómo se efectúa la solicitud de práctica anticipada de la prueba testimonial.

Solicitud de prueba anticipada.

En armonía con el artículo 274 del C. P. P., en todo proceso el imputado o su defensor se encuentran legalmente facultados para solicitar al Juez de Control de Garantías, la práctica anticipada de cualquier medio de prueba, en aquellos eventos en los que se puede perder o alterar el medio probatorio o su contenido, por lo que se hace extremadamente necesario, imprescindible y urgente tomar las medidas tendientes a evitar tales eventualidades, que perjudicarían la búsqueda de la verdad a través de dichos medios.

Frente a lo anterior, se exige llevar a cabo una audiencia, previa citación al Fiscal correspondiente, para garantizar el derecho al contradictorio. Igualmente, “se aplicarán las mismas reglas previstas para la práctica de la prueba anticipada y cadena de custodia”.



- Consulte con sus compañeros la normatividad que rige la práctica de la prueba anticipada y la cadena de custodia. Discuta las inquietudes que tengan al respecto.

Aun cuando esta norma no lo menciona, es claro que su obligación también incluye la de comparecer a las diligencias legalmente previstas, entre ellas las siguientes, que se enuncian solo a modo de ejemplo:

Respaldo probatorio para los motivos fundados (art. 221 del C. P. P.). Los motivos fundados de que trata el artículo anterior deberán ser respaldados, al menos, en informe de Policía Judicial, declaración jurada de testigo o informante, o en elementos materiales probatorios y evidencia física que establezcan con verosimilitud la vinculación del bien por registrar con el delito investigado.

Cuando se trate de declaración jurada de testigo, el Fiscal deberá estar presente con miras a un eventual interrogatorio que le permita apreciar mejor su credibilidad. Si se trata de un informante, la Policía Judicial deberá precisar al Fiscal su identificación y explicar por qué razón le resulta confiable. De todas maneras, los datos del informante serán reservados, incluso para los efectos de la audiencia ante el Juez de Control de Garantías.

Cuando los motivos fundados surjan de la presencia de elementos materiales probatorios, tales como evidencia física, videos o fotografías fruto de seguimientos pasivos, el Fiscal, además de verificar la cadena de custodia, deberá exigir el diligenciamiento de un oficio proforma en donde, bajo juramento, el funcionario de la

Policía Judicial certifique que ha corroborado la corrección de los procedimientos de recolección, embalaje y conservación de dichos elementos.

Audiencia de control de legalidad posterior (Art. 237 del C. P. P.). Dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes al diligenciamiento de las órdenes de registro y allanamiento, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones o recuperación de información dejada al navegar por Internet u otros medios similares, el Fiscal comparecerá ante el Juez de Control de Garantías, para que realice la audiencia de revisión de legalidad sobre lo actuado.

Durante el trámite de la audiencia solo podrán asistir, además del Fiscal, los funcionarios de la Policía Judicial y los testigos o peritos que prestaron declaraciones juradas con el fin de obtener la orden respectiva, o que intervinieron en la diligencia.

El Juez podrá, si lo estima conveniente, interrogar directamente a los comparecientes y, después de escuchar los argumentos del Fiscal, decidirá de plano sobre la validez del procedimiento.

Parágrafo. Si el cumplimiento de la orden ocurrió luego de formulada la imputación, se deberá citar a la audiencia de control de legalidad al imputado y a su defensor para que, si lo desean, puedan realizar el contradictorio. En este último evento, se aplicarán analógicamente, de acuerdo con la naturaleza del acto, las reglas previstas para la audiencia preliminar.

Reconocimiento por medio de fotografías o videos (Artículo 252 del C. P. P.). Cuando no exista un indiciado relacionado con el delito, o existiéndolo no estuviere disponible para la realización de reconocimiento en fila de personas, o se negare a participar en él, la Policía Judicial, para proceder a la respectiva identificación, podrá utilizar cualquier medio técnico disponible que permita mostrar imágenes reales, en fotografías, imágenes digitales o videos. Para realizar esta actuación se requiere la autorización previa del Fiscal que dirige la investigación.

Este procedimiento se realizará exhibiendo al testigo un número no inferior a siete (7) imágenes de diferentes personas, incluida la del indiciado, si la hubiere. En este último evento, las imágenes deberán corresponder a personas que posean rasgos similares a los del indiciado.

En ningún momento podrá sugerirse o señalarse la imagen que deba ser seleccionada por el testigo, ni estar presente simultáneamente varios testigos durante el procedimiento de identificación.

Cuando se pretenda precisar la percepción del reconocedor con respecto a los rasgos físicos de un eventual indiciado, se le exhibirá el banco de imágenes, fotografías o videos de que disponga la Policía Judicial, para que realice la identificación respectiva.

Cualquiera que fuere el resultado del reconocimiento, se dejará constancia resumida en acta a la que se anexarán las imágenes utilizadas, lo cual quedará sometido a cadena de custodia.

Este tipo de reconocimiento no exonera al reconocedor de la obligación de identificar en fila de personas, en caso de aprehensión o presentación voluntaria del imputado. En este evento se requerirá la presencia del defensor del imputado.

Reconocimiento en fila de personas (art. 253 del C. P. P.). En los casos en que se impute la comisión de un delito a una persona cuyo nombre se ignore, fuere común a varias o resulte necesaria la verificación de su identidad, la Policía Judicial, previa autorización del Fiscal que dirija la investigación, efectuará el reconocimiento en fila de personas, de conformidad con las siguientes reglas:

1. El reconocimiento se efectuará mediante la conformación de una fila de personas, en número no inferior a siete (7), incluido el imputado, al que se le advertirá el derecho que tiene de escoger el lugar dentro de la fila.
2. No podrá estar presente en una fila de personas más que un indiciado.
3. Las personas que formen parte de la fila deberán tener características morfológicas similares; estar vestidas de manera semejante y ofrecer modalidades análogas, cuando sea el caso por las circunstancias en que lo percibió quien hace el reconocimiento.
4. La Policía Judicial o cualquier otro interviniente, durante el reconocimiento, no podrá hacer señales o formular sugerencias para la identificación.
5. Tampoco podrá el testigo observar al indiciado, ni a los demás integrantes de la fila de personas, antes de que se inicie el procedimiento.
6. En caso de ser positiva la identificación, deberá expresarse, por parte del testigo, el número o posición de la persona que aparece en la fila y, además, manifestará si lo ha visto con anterioridad o con posterioridad a los hechos que se investigan, indicando en qué circunstancias.
7. De todo lo actuado se dejará registro mediante el empleo del medio técnico idóneo y se elaborará un acta que lo resuma, cualquiera que fuere su resultado.

Lo previsto en este artículo tendrá aplicación, en lo que corresponda, a los reconocimientos que tengan lugar después de formulada la imputación. En este evento se requerirá la presencia del defensor del imputado. De lo actuado se dejará constancia.

Requisitos generales (Artículo 297 del C. P. P.). Para la captura se requerirá orden escrita proferida por un Juez de Control de Garantías con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la Ley.

El Fiscal que dirija la investigación solicitará la orden al Juez correspondiente, acompañado de la Policía Judicial que presentará los elementos materiales probatorios, evidencia física o la información pertinente, en la cual se fundamentará la medida. El Juez de Control de Garantías podrá interrogar directamente a los testigos, peritos y funcionarios de la Policía Judicial y, luego de escuchar los argumentos del Fiscal, decidirá de plano.

Capturada la persona será puesta a disposición de un Juez de Control de Garantías en el plazo máximo de treinta y seis (36) horas para que efectúe la audiencia de control de legalidad, ordene la cancelación de la orden de captura y disponga lo pertinente con relación al aprehendido.

Parágrafo. Salvo los casos de captura en flagrancia, o de la captura excepcional dispuesta por la Fiscalía General de la Nación, con arreglo a lo establecido en este código, el indiciado, imputado o acusado no podrá ser privado de su libertad ni restringido en ella, sin previa orden emanada del Juez de Control de Garantías.

Contenido de la obligación a testimoniar

A continuación usted podrá apreciar los elementos necesarios para determinar los alcances y las implicaciones de la obligación que adquiere un testigo, la cual comprende:

- a) La de comparecer el día y la hora fijados por el juzgado o por la autoridad competente.
- b) La de identificarse.
- c) La de prestar juramento.
- d) La de contestar de conformidad con su leal saber y entender.
- e) La de contestar de manera inteligible, concreta, clara y precisa.
- f) La de permanecer a disposición del juzgado, o de la autoridad correspondiente, hasta cuando sea informado que ha terminado su diligencia.

Si se trata de audiencia de juicio oral su deber está descrito en el inciso final del artículo 393 del C. P. P., que preceptúa las reglas sobre el contrainterrogatorio. En este se deben observar las siguientes instrucciones:

- a) Se debe buscar la refutación, en todo o en parte, de lo que el testigo ha contestado;

b) Para contrainterrogar se puede utilizar cualquier declaración que hubiese hecho el testigo sobre los hechos en entrevista, en declaración jurada durante la investigación o en la propia audiencia del juicio oral.

En su inciso final, como antes indicamos, se señala que **“el testigo deberá permanecer a disposición del juez durante el término que este determine, el cual no podrá exceder la duración de la práctica de las pruebas, quien podrá ser requerido por las partes para una aclaración o adición de su testimonio, de acuerdo con las reglas anteriores”** (negritas fuera de texto).

Excepciones legales y constitucionales a la obligación de declarar

Abordaremos el estudio y análisis de estas excepciones, más adelante, cuando examinemos el artículo 385 del C. P. P., en el punto 11 de esta unidad.

Excepción del deber de tomar juramento y de la obligación de prestarlo, respecto del menor de 12 años.

Como ya hemos indicado, respecto del menor de doce (12) años, existen especiales consideraciones que usted podrá apreciar a continuación.

Conforme se explica en el estudio del artículo 389 del C. P. P., usted habrá observado que el juramento tiene como finalidad vincular al testigo a un compromiso moral y ético, dada la importancia y la trascendencia de los actos que realiza la administración de justicia en procesos encaminados a establecer la verdad de unos hechos que tienen consecuencias muy graves para los implicados como acusados, como víctimas, como perjudicados con el delito o como terceros civilmente responsables. Sobre esta trascendencia se le advierte al testigo.

De otra parte, como usted también comprenderá, toda la sociedad sufre consecuencias muy serias respecto a la calidad de la administración de justicia que esté en condiciones de implementar. Y esto depende en gran medida de quienes contribuyen con sus aportes al esclarecimiento de la verdad de los hechos que importan en un proceso, como ocurre con el testigo.

Por todo lo anterior, al testigo se le conmina a decir toda la verdad que conoce y se le advierte de las consecuencias de faltar a su compromiso juramentado. Pero cuando se trata de una persona menor de 12 años de edad se está frente a unas especiales circunstancias demostradas por las ciencias, las técnicas, la experiencia de la vida y las experiencias judiciales que obligan a los legisladores a dar a esta situación un manejo decididamente diferenciado y excepcional.

El menor de doce años, por regla general, es una persona que no está en condiciones de examinar lo que es la administración de justicia, su importancia,

su trascendencia, o las consecuencias de una sentencia errónea o de la impunidad. Tampoco está en condiciones de interiorizar valores morales ni éticos como si lo han hecho, por regla general, las personas maduras.

Finalmente, no está en condiciones de asumir una obligación cuyo incumplimiento le podría generar consecuencias penales de la magnitud de una eventual condena penal por falso testimonio.

En consecuencia con lo anterior, para sintetizar un poco, lo que el legislador ha hecho es simplemente tener en cuenta las limitaciones que el menor de doce años tiene en los aspectos cognitivo, volitivo, ético y moral. Estas son las razones por las cuales en Derecho Civil existe la categoría de testigos inhábiles; en el Derecho Comparado ocurre igual. También esto explica por qué los menores reciben un trato diferente en la ley penal que les da el estatus de inimputables.



- Acuda al Código Civil y al Código Penal.
- Examine con sus compañeros las normas relacionadas con los menores de doce (12) años y establezca las facultades, limitaciones y/o privilegios que nos permiten inferir que el legislador les ha dado especial tratamiento.
- Relacione dicha regulación con las razones expuestas.
- Complemente los argumentos que permiten justificar el tratamiento especial a estos menores.
- Discuta las situaciones que considere inconsistentes, innecesarias o contradictorias en relación con los menores. Si cree que hay vacíos, igualmente exponga su apreciación para evaluarla en grupo.

También esto explica la razón por la cual los ordenamientos no penales les niegan valor a sus actos. Por ejemplo, no les dan valor a los contratos de los menores.

La norma, que hemos venido comentando, precisa también que el menor deberá estar acompañado de su representante legal o de un pariente mayor de edad. Esta previsión vela por la protección del menor en cualquier escenario donde se desenvuelva; con el acompañamiento, se busca dar seguridad al menor y, por esa vía asegurar, hasta donde sea posible, escenarios de libertad y espontaneidad para dar su versión testimonial. Garantizar y procurar este aspecto permite que la declaración se rinda bajo condiciones favorables tanto para el menor como para la búsqueda del material probatorio necesario y adecuado para el proceso.

Usted estará de acuerdo con nosotros al considerar que esta previsión debe ser tenida en cuenta de manera muy especial por los aplicadores de justicia, y por todas las partes que intervienen en los procesos penales y, concretamente, en la práctica

de pruebas judiciales, pues puede ocurrir que ese menor esté acompañado por un representante legal o un pariente mayor de edad que sea precisamente una persona que sugiera, induzca o determine los contenidos falsos de su testimonio. Este tipo de eventos también puede detectarse con un buen ejercicio de observación y es muy conveniente que sea un agente del Ministerio Público o un representante de la defensoría de menores quien acompañe al menor. Alguien neutral frente al conflicto. Es preciso estar alerta para evitar que lo que el legislador quiere como escenario de libertad se transforme en uno de coacción y de control abusivo y manipulador del menor y, en consecuencia, deben adoptarse las medidas tendientes a evitarlo.

Testimonio del menor fuera de la sala de audiencia

El nuevo sistema que Colombia está implementando cuenta con un principio general que acoge la filosofía del juicio oral y público. Este principio exige que todos los intervinientes asistan personalmente a estas audiencias y que allí, de manera directa, puedan participar en las mismas.

Del testigo se pretende que comparezca personalmente a contestar todas las preguntas que los sujetos procesales consideren que deben hacer y que en efecto hagan. De manera excepcional, la ley colombiana, como ya vimos particularmente refiriéndonos al artículo 383 del C. P. P., faculta al Juez para disponer que se interroge al menor por fuera de la sala de audiencias. Para que esto pueda darse, como también ya indicamos, se requiere que exista fundamento en motivos razonables. Queda claro que no es por cualquier razón, ni se puede convertir esta práctica en la regla.

Recuerde que unos de los pilares esenciales del sistema acusatorio son la oralidad y la publicidad. Es por ello que: el derecho a interrogar y contrainterrogar en el directo y en el redirecto; el derecho a observar de la manera más directa posible el comportamiento del testigo; la inmediatez de las objeciones; la inmediatez de la decisión del Juez, entre otros aspectos, hacen absolutamente pertinente la presencia física del testigo en la sala de audiencias. Con todo, usted podrá perfectamente preguntarse qué debe entenderse por motivos razonables. Al respecto podríamos hacer algunos comentarios.

Frente a los principios que se han mencionado y a todos los demás que orientan este modelo de proceso y esta clase de audiencia, los motivos razonables tienen que ser solo frente a circunstancias absolutamente extraordinarias, difíciles de prever y de mucho peso y significación. Están pensados por el legislador, conforme a las actas de los trámites en la formación de estas leyes, fundamentalmente con miras a la protección del menor y, sobre todo, en aquellos casos en que el testigo menor es la propia víctima. Se busca, ante todo, no hacer del proceso o del interrogatorio una nueva forma de victimizar al menor. Es aquí donde también conviene recordar los postulados que

constitucionalmente se exige salvaguardar y respetar en relación con los derechos de los menores, los cuales, además, merecen privilegiado tratamiento.

Con todo lo anterior, en este caso, se tendrán en cuenta las previsiones del numeral 5 del artículo 146 del C. P. P., que al respecto dice:

“5. Cuando este código exija la presencia del imputado ante el Juez para efectos de llevar a cabo la audiencia preparatoria o cualquier audiencia anterior al juicio oral, a discreción del Juez dicha audiencia podrá realizarse a través de comunicación de audio-video, caso en el cual no será necesaria la presencia física del imputado ante el Juez.

El dispositivo de audio-video deberá permitirle al Juez observar y establecer comunicación oral y simultánea con el imputado y su defensor, o con cualquier testigo. El dispositivo de comunicación por audio-video deberá permitir que el imputado pueda sostener conversaciones en privado con su defensor.

La señal del dispositivo de comunicación por audio-video se transmitirá en vivo y en directo, y deberá ser protegida contra cualquier tipo de interceptación.

En las audiencias que deban ser públicas, se situarán monitores en la sala y en el lugar de encarcelamiento, para asegurar que el público, el Juez y el imputado puedan observar en forma clara la audiencia.

Cualquier documento utilizado durante la audiencia, que se realice a través de dispositivo de audio-video, debe poder transmitirse por medios electrónicos. Tendrán valor de firmas originales aquellas que consten en documentos transmitidos electrónicamente.

Parágrafo. La conservación y archivo de los registros será responsabilidad de la Fiscalía General de la Nación durante la actuación previa a la formulación de la imputación. A partir de ella, del secretario de las audiencias. En todo caso, los intervinientes tendrán derecho a la expedición de copias de los registros”.

De igual manera, en la sala de audiencias estarán todos los demás participantes y harán el interrogatorio como si fuera en juicio público y presencial físico.

Medidas especiales para asegurar la comparecencia de testigos (art. 384 del C. P. P.)

En muchas ocasiones, el testigo que ha sido debidamente citado, se niega a comparecer. Es en este momento, cuando el Juez debe ordenar a la Policía Nacional o a cualquier otra autoridad, su aprehensión y conducción inmediata a la sede de la audiencia. “Su renuencia a declarar se castigará con arresto hasta por veinticuatro (24) horas, al cabo de las cuales, si persiste su negativa, se le procesará.

Las autoridades indicadas están obligadas a auxiliar oportuna y diligentemente al Juez para garantizar la comparecencia obligatoria de los testigos, so pena de falta grave”.

En las exposiciones precedentes, hemos ofrecido las observaciones esenciales para identificar la condición de testigo y sus principales implicaciones jurídicas. Igualmente, ya hemos indicado que el testigo debe ser notificado debidamente, guardando la observancia y el respeto a las formalidades exigidas por la ley. Por lo anterior, ya hemos explicado los aspectos esenciales en relación con la forma de citación, con el fin de que usted tenga presente que se exige respecto al testigo que haya sido informado por los medios de que la ley dispone, que está citado para que comparezca al lugar donde se celebra la actuación judicial en el día y la hora determinados.

Esta información debe acreditarse de forma adecuada en la actuación, por documentos o verbalmente, por la persona encargada de la notificación de la citación.

Cuando se presenta una negativa a comparecer por parte del testigo, es necesario acreditar dicha negativa en la actuación, por cualquier medio digno de credibilidad. Esta negativa debe entenderse como la actitud de rebeldía a comparecer, como la decisión voluntaria y libre de desobedecer la orden del Juez que ordenó su comparecencia.

Pueden darse casos en los que un testigo no comparezca, pero por motivos muy diferentes de la rebeldía o al voluntario desobedecimiento; es posible que ese día la persona citada tenga una calamidad doméstica, que se encuentre enferma, que un empleador desinformado se niegue a permitir que su empleado se retire del puesto de trabajo, que la persona por su extrema pobreza no tenga el medio económico para pagar el transporte, que por sus limitaciones culturales no sepa llegar al lugar a donde fue citado. En estos y similares casos, el Juez no podrá ordenar la conducción, so pena de realizar un acto abusivo de poder. No se puede olvidar que la aprehensión y conducción son medidas restrictivas de la libertad, que son vulnerantes del derecho constitucional fundamental a la libertad; por ello, no puede lesionar ese derecho si no está legitimado para hacerlo, y la única legitimación posible es la rebeldía o actitud voluntaria y libre de renuencia del testigo.

Otra razón muy frecuente en nuestro medio es que el testigo no comparezca por temor, por daños ya sufridos o por amenazas graves y serias. Usted, como partícipe y conocedor de la realidad colombiana, sabrá que lamentablemente las autoridades colombianas no siempre están en condiciones de garantizar una real y razonable protección a los testigos, que además, no implique sacrificios exagerados para ese testigo como tener que salir de una ciudad o del país o tener que recluirse así sea en su propia habitación, o tener que separarse por largo tiempo o indefinidamente de su familia, de su entorno laboral o del medio donde desarrolla su proyecto de vida.

Por estas razones es muy importante que los auxiliares de los jueces que requieren la comparecencia de testigos, al momento de hacer la citación, recaben

información sobre la viabilidad de la comparecencia, que le pregunten a la persona si tiene facilidad para su desplazamiento o si necesita transportarse y si para ello necesita medios económicos o si es necesario informar o requerir a un empleador para que permita esa comparecencia, o para que no desplace del lugar al testigo. O, por el contrario, para que lo traiga ese día a la ciudad donde debe testimoniar. Así mismo, le deben preguntar si está en condiciones de libertad para declarar o si ha sido víctima de agresiones o de amenazas y qué medidas de protección necesita o considera convenientes para proceder a implementarlas. En síntesis, debe obtenerse la información suficiente y tomarse todas las medidas adecuadas para garantizar la comparecencia del testigo.

La orden de conducción o aprehensión para los eventos que ya enunciamos anteriormente, se dará a la Policía Nacional o a cualquier otra autoridad. Usted debe entender que cualquier otra autoridad será siempre aquella que, de una u otra manera, ejerza funciones policivas visibles o reconocibles por los ciudadanos. De otra forma, quien fuere a ser aprehendido y conducido podría tratar de eludir ese tipo de aprehensión y conducción y estaría justificado para hacerlo.

Esta orden, por principio constitucional debe ser formalmente producida y por escrito, con todos los requisitos de publicidad, de identidad y calidad oficial del ordenante, de las causas que la justifican, de las condiciones en que debe cumplirse, de la identificación de la autoridad policiva a la cual va dirigida la orden y de la identificación plena de la persona que debe ser aprehendida y conducida.



- De la anterior exposición, de su análisis y de las apreciaciones a las que usted mismo ha llegado, redacte en no más de una página, las especiales consideraciones que debe tener en cuenta el funcionario judicial que ordene la comparecencia de un testigo, con el fin de conocer las posibilidades de comparecencia y garantizar la misma.
- Incluya también en su composición, una relación de las eventualidades en las que la renuencia a comparecer es sancionada y las ocasiones en las que no lo sea.

Consecuencias para el testigo que persiste en su renuencia y no declara.

Una vez el testigo ha sido conducido, está en la obligación de declarar. Si se niega a declarar se le impondrá un castigo de arresto por 24 horas; en estos casos, se entiende que si el testigo, antes de las 24 horas decide declarar, el arresto concluye en ese momento. Sin embargo, puede ocurrir que después de las 24 horas el testigo

continúe en su negativa, caso en el cual se debe ordenar su libertad y compulsar las copias o elaborar los informes, o presentar la denuncia penal del caso para que por los trámites ordinarios se investigue y juzgue el hecho.

Si el llamado a declarar, quien está obligado a permanecer en el lugar el día y la hora indicados por el juzgado no cumple con esta obligación, incurre en sanción de arresto hasta por quince (15) días o multa entre diez (10) y cien (100) salarios mínimos mensuales vigentes. Esta sanción no es acumulativa sino alternativa; la opción la puede tomar el Juez. Pero si el afectado encuentra que en su interés resulta más favorable una que otra, él decidirá la que más le convenga y el Juez deberá atender esa petición.

Para la imposición de esta sanción, consecuencia de la renuencia, se debe seguir el trámite de ley, pues esta sanción no se puede imponer de cualquier manera, automáticamente. No. Como se trata de una sanción que por su esencia vulnera Derechos Fundamentales, su imposición está condicionada al adelantamiento de un proceso que aun cuando se prevé que debe ser sumario y oral, no por ello quiere decir que sea menos garantizador que lo que es imperativo para cualquiera otra clase de sanción penal o disciplinaria que ataque los Derechos Fundamentales.

Por lo tanto, en su tramitación debe darse cumplimiento pleno al Art. 29 de la Constitución Política que garantiza el debido proceso en todas las actuaciones judiciales y administrativas. En este sentido, la norma constitucional es explícita, y la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia son claras y reiteradas.

Los funcionarios judiciales que impongan sanciones con violación a las reglas del debido proceso quedan expuestos a todas las consecuencias penales, disciplinarias, administrativas y pecuniarias que las leyes establecen para tales casos.

Por otro lado, la negativa intencional de un testigo a comparecer y que una vez conducido se mantiene en su negativa a declarar, puede dar lugar a la iniciación de una investigación por varios delitos hipotéticos, como los siguientes, según se presenten las circunstancias típicas:

Falso testimonio (art. 442 C. P.): “El que en actuación judicial o administrativa, bajo la gravedad del juramento ante autoridad competente, falte a la verdad o la calle total o parcialmente, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años”.

Soborno (art. 444 C. P.): “El que entregue o prometa dinero u otra utilidad a un testigo para que falte a la verdad o la calle total o parcialmente en su testimonio, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años”.

Soborno en la actuación penal (art. 444A, C. P.): “El que en provecho suyo o de un tercero entregue o prometa dinero u otra utilidad a persona que fue testigo de un hecho delictivo, para que se abstenga de concurrir a declarar, o para que falte a la verdad, o la calle total o parcialmente, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y en multa de cincuenta (50) a dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

Fraude procesal (art. 453 C. P.): “El que por cualquier medio fraudulento induzca en error a un servidor público para obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años, multa de doscientos (200) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años”.

Inciso segundo del artículo 454 del Código Penal: “La misma pena fijada en el inciso anterior se le impondrá al asistente a audiencia ante el Juez que ejerza la función de Control de Garantías, ante el Juez de Conocimiento, ante el Tribunal o la Corte Suprema de Justicia, que se niegue deliberadamente a cumplir las órdenes del Juez o Magistrado”. (Revise las normas pertinentes y plantee sus dudas o comentarios, con otros participantes).

Igualmente, cabe señalar ahora, que el Código Penal contempla en su título XVI del Libro Segundo, los “Delitos contra la eficaz y recta impartición de justicia”, que prevé los delitos contra los medios de prueba y otras infracciones. Encontramos, entonces:

Amenazas a testigo (art. 454A del C. P.): “El que amenace a una persona testigo de un hecho delictivo con ejercer violencia física o moral en su contra o en la de su cónyuge, compañero o compañera permanente o pariente dentro del cuarto grado, para que se abstenga de actuar como testigo, o para que en su testimonio falte a la verdad, o la calle total o parcialmente, incurrirá en pena de prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de cincuenta (50) a dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si la conducta anterior se realizare respecto de testigo judicialmente admitido para comparecer en juicio, con la finalidad de que no concurra a declarar, o para que declare lo que no es cierto, incurrirá en prisión de cinco (5) a doce (12) años y multa de cien (100) a cuatro mil (4.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A las mismas penas previstas en los incisos anteriores incurrirá quien realice las conductas sobre experto que deba rendir informe durante la indagación o investigación, o que sea judicialmente admitido para comparecer en juicio como perito”.

Ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio (art. 454B del C. P.): “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”.

Impedimento o perturbación de la celebración de audiencias públicas (art. 454C del C. P.): “El que por cualquier medio impida o trate de impedir la celebración de una audiencia pública durante la actuación procesal, siempre y cuando la conducta no constituya otro delito, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años y multa de cien (100) a dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

Adicionalmente, el artículo 14 del Código Penal, señala que “Las penas previstas en los tipos penales contenidos en la Parte Especial del Código Penal se aumentarán en la tercera parte en el mínimo y en la mitad en el máximo. En todo caso, la aplicación de esta regla general de incremento deberá respetar el tope máximo de la pena privativa de la libertad para los tipos penales de acuerdo con lo establecido en el artículo 2º de la presente ley. Los artículos 230A, 442, 444, 444A, 453, 454A, 454B y 454C del Código Penal tendrán la pena indicada en esta ley”.

Para efectos penales usted debe tener en cuenta, de manera especial, los factores que pueden dar lugar a la justificación del hecho, a su exculpación y, en general, a excluir la responsabilidad penal por factores como los que se han descrito.



- Teniendo en cuenta los posibles punibles en los que podría incurrir un testigo, ejemplifique cada uno de estos de forma clara y precisa con casos hipotéticos o relacionando aquellos que haya podido conocer. Exponga sus observaciones respecto de la actuación judicial en dichos eventos.
- Teniendo en cuenta los posibles punibles que podrían tipificarse contra un testigo, ejemplifique cada uno de estos, de forma clara y precisa con casos hipotéticos o relacionando aquellos que haya podido conocer. Justifique por qué se daría lugar a la configuración del punible y cuáles son los bienes jurídicos que según su criterio se están afectando. ¿Sus compañeros están de acuerdo con su punto de vista? Coméntelos en clase y establezca si efectivamente se han configurado típicamente cada uno de los tipos penales que usted ha propuesto.

Sanción para las autoridades que no cumplan la orden de aprehensión y conducción

Las autoridades que reciban estas órdenes de aprehensión y conducción, deben darle cumplimiento oportuno y diligente, de tal manera que garanticen la comparecencia obligatoria de los testigos.

Para que se comprenda la urgencia de dar cumplimiento a estas órdenes, debe tenerse en cuenta el Art. 454 del C. P. P. que autoriza la suspensión de la audiencia para esperar que comparezca el testigo renuente en los siguientes términos:

“Artículo 454. Principio de concentración. La audiencia del juicio oral deberá ser continua salvo que se trate de situaciones sobrevinientes de manifiesta gravedad, y sin existir otra alternativa viable, en cuyo caso podrá suspenderse por el tiempo que dure el fenómeno que ha motivado la suspensión.

El Juez podrá decretar recesos, máximo por dos (2) horas cuando no comparezca un testigo y deba hacersele comparecer coactivamente.

Si el término de suspensión incide por el transcurso del tiempo en la memoria de lo sucedido en la audiencia y, sobre todo, de los resultados de las pruebas practicadas, esta se repetirá. Igual procedimiento se realizará si en cualquier etapa del juicio oral se debe cambiar al Juez”.

Teniendo en cuenta lo apremiante de esta exigencia, ella debe dirigirse a las autoridades que por sus específicas funciones tengan la capacidad para cumplirla dado su conocimiento de estas prácticas, su acceso a fuentes de información, la tecnología disponible y el recurso humano suficiente y preparado para estas misiones. Usted debe comprender que para estos casos, no puede haber falta grave si una autoridad no da cumplimiento a estas órdenes, cuando no cuenta con los medios o los recursos para atenderla.

Artículo 385 del C. P. P. / Artículo 33 de la Constitución Política de 1991. Excepciones a la obligación de declarar

De conformidad con esta disposición del Código de Procedimiento Penal, “nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañera o compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad”, en estos eventos, el Juez se encuentra obligado a informar sobre estas excepciones a cualquier persona que vaya a rendir testimonio, quien podrá renunciar a ese derecho.

“Son casos de excepción al deber de declarar, las relaciones de:

- a) Abogado con su cliente;
- b) Médico con paciente;
- c) Psiquiatra, psicólogo o terapeuta con el paciente;
- d) Trabajador social con el entrevistado;
- e) Clérigo con el feligrés;
- f) Contador público con el cliente;
- g) Periodista con su fuente;
- h) Investigador con el informante.

La consagración legal de estas especiales excepciones, encuentra fundamental soporte en la Carta Superior de 1991, en cuyo artículo 33, a su vez, preceptúa: "Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil".

Uno de los interrogantes más frecuentes que resultan del estudio de este rango constitucional es su razón de ser, lo cual nos permitirá ampliar el entendimiento de las excepciones y las condiciones exigibles en cada una de estas, para que pueda ser válida su predicación.

En primer lugar, es oportuno que usted tenga presente que la garantía de no ser obligado a declarar contra sí mismo emana de la dignidad humana, de la libertad de todo ser humano, del principio que impone al Estado la carga de la prueba en materia penal y es consecuencia también de la prohibición absoluta de instrumentalizar al ser humano, de cosificarlo, de ponerlo al servicio de entidades o instituciones, así sea del Estado o de la administración de justicia.

La garantía de no ser obligado a declarar contra el cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil es consecuencia de la defensa de un valor superior como la familia.

Lo anterior puede sustentarse, en gran medida, con ayuda del Art. 5 de la Constitución Política que establece:

"Art.5°. El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de las personas y ampara a la familia como institución básica de la sociedad."

Adicionalmente, el Art. 42 del mismo Estatuto consagra entre otros los siguientes principios:

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad.

Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia.

La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables.

Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes.

Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad y será sancionada conforme a la ley.

De esta norma constitucional se desprende que la excepción a la obligación de declarar en contra, comprende todos los vínculos familiares de consaguinidad y de afinidad mencionados en el precepto legal sin importar si tienen soporte en vínculos legales formales o en uniones libres.

En los artículos 43, 44, 45 y 46, la Constitución reitera este reconocimiento a la familia como núcleo básico de la sociedad, a la que permanentemente insiste en otorgar especial atención, respeto y prioridad.

A partir de este reconocimiento constitucional, se comprenden las razones que tuvo el legislador en el nuevo Código de Procedimiento Penal para establecer esta excepción al deber de testimoniar en contra de las personas que pertenecen a la familia. No puede existir duda puesto que de no ser así la familia estaría expuesta a consecuencias aniquiladoras, corrosivas y disolventes, originadas en las pugnas, los desacuerdos, los resentimientos a que se daría lugar con testimonios contra sus miembros en materia tan sensible como la penal.

Como conclusión, y como criterio de interpretación, usted debe tener en cuenta que toda esta protección constitucional a la familia se vería frustrada y burlada si los administradores de justicia no advirtieran al testigo, antes de dar comienzo a la recepción del testimonio propiamente dicho, sobre la existencia de esta excepción constitucional. Usted debe estar alerta ante estas situaciones, pues aquí perfectamente se puede encontrar frente a una prueba ilícita.

También sería una burla, que una prueba testimonial en la que el testigo, sin haber sido advertido previamente de esta excepción, declarara contra un pariente pudiera tener algún valor legal. Es absolutamente claro, sin excepción ni condicionamiento alguno, que esta sería una prueba ilícita.

Es desatinado sostener que en estos casos, desde que no exista violencia contra el testigo o no existan otros vicios, la prueba testimonial sea válida. Para que la prueba sea ilícita es suficiente no haber advertido al testigo de esta excepción antes de que comience su relato.

Consecuencias de la constitucionalidad de estas excepciones

Si estas excepciones son de orden constitucional, entonces toda práctica procesal probatoria violatoria de esos principios está viciada de ilicitud, de conformidad con lo estipulado en la parte final del artículo 29 de la misma Constitución Política, que a la letra reza: “Es nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

Con el fin de precisar las consecuencias de la prueba ilícita debemos considerar las reglas de exclusión. Si la prueba resulta de una práctica violatoria de esos Derechos Fundamentales es prueba ilícita; entonces si es ilícita debe ser excluida conforme lo ordena el artículo 23 del C. P. P., así:

Artículo 23. Cláusula de exclusión. “Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal.

Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia”.

Artículo 455. Nulidad derivada de la prueba ilícita. Para los efectos del artículo 23 se deben considerar al respecto los siguientes criterios: el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley.

La jurisprudencia y la doctrina en los entornos judiciales en que se aplica el sistema acusatorio

Conceptos incluidos en las excepciones

Como se indicó anteriormente, las excepciones a la obligación de declarar se refieren a aquellas que puedan ir en contra del cónyuge del declarante, contra su compañera o compañero permanente, contra los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, los parientes dentro del cuarto grado civil y segundo de afinidad.

Aquí usted podrá preguntarse también sobre lo que podemos comprender como cónyuge, compañero permanente o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, por solo mencionar algunos. A continuación presentaremos algunas referencias a estas nociones legales; sin embargo, lo invitamos a consultar la norma-

tividad pertinente para profundizar en los conceptos sobre los cuales tenga alguna inquietud. Interrogue sobre estos en grupo y discuta. Comparta su investigación.

Nociones legales

Dentro de las definiciones de palabras de uso frecuente, el Código Civil no define la palabra *cónyuge*, pero en el libro I en el Título IX trata de las obligaciones y derechos entre los *cónyuges*; la Ley 294 de 1996, señala en el artículo 2°. “La familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.”

Enuncia entonces que “Para los efectos de la presente Ley, integran la familia:

Los *cónyuges* o *compañeros permanentes*...”

Dentro del Libro I, Capítulo V del Código Civil Colombiano, titulado “Definiciones de varias palabras de uso frecuente en las leyes”. Al respecto se tienen las siguientes definiciones legales:

El artículo 35 del Código Civil, que define el parentesco de consanguinidad: “Parentesco de consanguinidad es la relación o conexión que existe entre las personas que descienden de un mismo tronco o raíz, o que están unidas por los vínculos de la sangre”.

El artículo 37 del Código Civil, que ilustra sobre los grados de consanguinidad: “Los grados de consanguinidad entre dos personas se cuentan por el número de generaciones. Así, el nieto está en segundo grado de consanguinidad con el abuelo, y dos primos hermanos en cuarto grado de consanguinidad entre sí”.

El Código Civil establece también en su artículo 41: las “Líneas y grados de parentesco por consanguinidad: En el parentesco de consanguinidad hay líneas y grados. Por líneas se entiende la serie y orden de las personas que descienden de una raíz o tronco común”.

En el artículo 42, adicionalmente, consagra las “Clases de Líneas”. Según esta norma, “la línea se divide en directa o recta y en colateral, transversal u oblicua, y la recta se subdivide en descendiente y ascendiente.

La línea recta o directa es la que forman las personas que descienden unas de otras, o que solo comprende personas generantes y personas engendradas”.

Usted podrá encontrar en el artículo 43 la explicación sobre la “Línea ascendente y descendente”. Cuando en la línea recta se cuenta bajando del tronco a los otros miembros, se llama descendiente, por ejemplo: padre, hijo, nieto, bisnieto,

tataranieto, etc.; y cuando se cuenta subiendo de uno de los miembros al tronco, se llama ascendiente, por ejemplo: hijo, padre, abuelo, bisabuelo, tatarabuelo, etc.

En el artículo 44, se establece lo relativo a la “Línea colateral, transversal u oblicua”, formada por las personas que aunque no procedan las unas de las otras, sí descienden de un tronco común, por ejemplo: hermano y hermana, hijos del mismo padre o madre; sobrino y tío que proceden del mismo tronco, el abuelo.

En relación con la “línea paterna o materna”, el artículo 45 indica que la paterna es aquella que abraza los parientes por parte de padre; y por línea materna se entiende la que comprende los parientes por parte de madre.

En la “Línea Transversal”, según el artículo 46, se cuentan los grados por el número de generaciones desde el uno de los parientes hasta la raíz común, y desde este hasta el otro pariente. Así, dos hermanos están en segundo grado; el tío y el sobrino en tercero, etc.

Según el artículo 47, “afinidad legítima es la que existe entre una persona que está o ha estado casada y los consanguíneos legítimos de su marido o mujer. La línea o grado de afinidad legítima de una persona con un consanguíneo de su marido o mujer, se califica por la línea o grado de consanguinidad legítima de dicho marido o mujer con el dicho consanguíneo. Así un varón está en primer grado de afinidad legítima, en la línea recta con los hijos habidos por su mujer en anterior matrimonio; en segundo grado de afinidad legítima, en la línea transversal, con los hermanos legítimos de su mujer”.

En la afinidad ilegítima, de acuerdo con el artículo 49, se califican las líneas y grados de la misma manera que en la afinidad legítima.

En relación con el parentesco civil, el artículo 50 preceptúa que es el que resulta de la adopción, mediante la cual la ley estima que el adoptante, su mujer y el adoptivo se encuentran entre sí, respectivamente, en las relaciones de padre, de madre, de hijo. Este parentesco no pasa de las respectivas personas.

NOTA: El artículo 100 del Decreto 2737 de 1989 (Código del Menor) modifica el contenido de la disposición precedente, como quiera que señala que la adopción establece parentesco civil no solo entre adoptantes y adoptivos, sino entre estos y los parientes consanguíneos o adoptivos del adoptante.

El artículo 52, subrogado por la Ley 45 de 1936, artículo 30, incluye la definición de hijo extramatrimonial, como el hijo nacido de padres que al tiempo de la concepción no estaban casados entre sí, es hijo natural, cuando ha sido reconocido o declarado tal con arreglo a lo dispuesto en la presente ley. También se tendrá esta

calidad respecto de la madre soltera o viuda por el solo hecho del nacimiento. A partir de la Ley 29 de 1982, los hijos nacidos por fuera del matrimonio se denominan “extramatrimoniales” y no “hijos naturales”.

Información obligatoria de estas excepciones, por parte del Juez a quien va a declarar

La obligación de informar de esta excepción constitucional, antes de que el testigo comience su relato, no es un simple formalismo o ritualismo; tampoco es facultativo del funcionario judicial dar esta información oportuna. Es una obligación absolutamente imperativa que no puede sanearse.

Como usted puede recordar, la fundamental consecuencia de la no advertencia y la posterior declaración en contra de sí mismo y/o de los parientes comprendidos por la excepción, como ya se dijo, es la ilicitud de la prueba con todas sus implicaciones.

Adicionalmente, se detiene el proceso en cuyo marco se produce esta declaración. Al respecto, sobre las consecuencias de esta nulidad existen dos tendencias: una que considera que solo se afecta ese acto procesal específico, es decir, sería nulo el testimonio y todas las pruebas que se deriven del mismo, según lo prevé el artículo 23 ya transcrito. El proceso, en su totalidad no se vería afectado, no estaría en cuestionamiento su validez como un todo. Por tanto si existen pruebas no viciadas que permitan tomar decisiones, como por ejemplo proferir una sentencia condenatoria, esta no sería cuestionable. Esta ha sido una tendencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en Colombia.

Si se va a reclamar por este vicio en sede de casación sería por la causal primera, cuerpo segundo, por error de derecho en la valoración de la prueba, en sentido positivo, por darle valor de tal a una prueba viciada por no reunir requisitos de validez: la advertencia de la excepción al deber de declarar.

La otra tendencia es considerar que esta clase de vicios, cuando ocurren en etapas muy tempranas del proceso, distorsionan todo el proceso que se construya con posterioridad; en este caso, sí afectan al proceso en la medida en que invalidarían todo lo actuado posteriormente a la ocurrencia del vicio. Si este vicio se ataca en sede de casación, la vía a la cual usted tendría que acudir, sería por nulidad del proceso en la parte mencionada. Se acudiría a la causal tercera del artículo 207 C. P. P. (Ley 600 de 2000), o a la causal 2 del artículo 181 de la Ley 906 de 2004. Esta es la tendencia de la Corte Constitucional y de algunos doctrinantes colombianos.

Con respecto a las consecuencias por la violación del deber de advertir sobre las excepciones, es importante tener en cuenta que si una persona no es advertida de

la existencia de la excepción al deber de declarar contra sí mismo o contra los familiares y declara contra sí mismo o contra familiares comprendidos en la excepción, no podría ser condenado por delito de falso testimonio porque este sería nulo, de nulidad absoluta. La nulidad sería de pleno derecho de conformidad con lo previsto en el artículo 29 de la Constitución.

Si no se advierte de la excepción y el testigo no declara en su contra ni en contra de sus parientes, se estaría frente a un vicio subsanable, aunque el funcionario judicial estaría faltando de manera grave a sus deberes de tal forma que lo ubicaría dentro de responsabilidades penales y disciplinarias muy claras.

Requisitos para que sea válida la renuncia al derecho que brinda la excepción

Los testigos, una vez advertidos por el funcionario judicial, pueden renunciar a esta excepción y proceder a rendir su testimonio y declarar contra parientes comprendidos en la excepción. Pero es necesario que esta renuncia sea producto de un consentimiento debidamente informado.

¿Qué entendemos por “consentimiento informado”? Para aclarar el concepto, usted encontrará las siguientes consideraciones.

Para que se pueda entender que hay “consentimiento informado”, el declarante debe saber:

- Que su testimonio es un medio de prueba.
- Que las decisiones que se toman en un proceso penal se fundan en las pruebas, incluyendo la que aportaría dicho testigo.
- De las consecuencias que se derivan en un proceso penal contra las personas halladas culpables.

Si aun teniendo un “conocimiento informado”, renuncia al derecho a no declarar, queda sometido a todas las ritualidades y a todas las consecuencias que la ley prevé para testigos extraños.

El secreto profesional

No obstante lo anterior, según el artículo 74 de la Constitución Política de Colombia “el secreto profesional es inviolable”; inviolabilidad que es absoluta y por tanto no admite excepción alguna.

Esta previsión constitucional se fundamenta, desde el preámbulo, en el pleno reconocimiento de la libertad humana. Adicionalmente, usted verá en el artículo 1º

de la Constitución Política la declaración de que la sociedad colombiana está fundada en el respeto de la dignidad humana; el artículo 5°, a su vez, reconoce la primacía de los derechos inalienables de la persona, y el artículo 13 garantiza el derecho a la libertad. De manera expresa, el artículo 15 consagra el derecho a la intimidad personal, familiar y al buen nombre; el artículo 21 garantiza el derecho a la honra, y el artículo 95 impone, entre otros, el deber de respetar los derechos ajenos y de no abusar de los propios, el de obrar conforme al principio de solidaridad social respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas, el de defender y difundir los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica.

Si observamos que cuando una persona acude en busca de apoyo a un profesional de la medicina, la psiquiatría, las terapias, el derecho, la contaduría o el trabajo social; cuando una persona acude a un sacerdote, cura, religioso, guía espiritual, confesor, u orientador ético o moral; cuando un periodista en ejercicio del derecho al trabajo busca una información y una persona, pensando en la conveniencia de difundir la información que posee, la suministra confiado en la reserva, en todos esos casos y en los casos similares, podemos determinar cómo están involucrados de manera ostensible y directa todos los Derechos Constitucionales que acaban de relacionarse en el párrafo anterior.

La vida en sociedad no sería posible en condiciones dignas y libres y, en muchos casos, la propia vida, la salud, la integridad personal estarían en riesgo si una persona, por ejemplo, tuviera una enfermedad y no deseara que otras personas diferentes del médico se enteraran de ello. Hay enfermedades que producen estigmatización o prevención por parte de los demás, o que acarrear consecuencias indeseables en la vida social, laboral o de relación. Y muchas personas acuden al médico buscando ayuda profesional pero con la certeza de la confidencialidad de tales consultas.

Si un médico o cualquiera otro profesional de la salud y afines no estuviera obligado de manera absoluta a guardar la reserva profesional muchas personas se abstendrían de consultar e incluso de someterse a tratamientos médicos con los consiguientes riesgos para la vida, la salud y la integridad personal.

De igual manera ocurre con el derecho fundamental a la defensa. Las personas están en necesidad de buscar defensa técnica, de buscar conceptos que las orienten cuando precisan afrontar procesos judiciales de todas las clases, incluyendo procesos penales y, para ello, deben suministrar información completa y detallada al abogado asesor, consultor, defensor, representante administrativo o judicial. Si esta información que se suministra no estuviera amparada por la confidencialidad, entonces las

personas preferirían no buscar a un médico, a un abogado, etc, y así, dejarían en riesgo sus derechos constitucionalmente garantizados. Guardadas las diferencias, lo que ocurre en los demás campos es similar.

En otras palabras, la inviolabilidad del secreto profesional hace posible y viable la garantía de todos los demás derechos constitucionales. Frente a esta necesidad, la Constitución Política hace una defensa cerrada del secreto profesional, elevándolo a la categoría de derecho fundamental inviolable.

Características de esta reserva

Usted debe comprender las características de esta reserva para identificar las situaciones en las que puede predicarse y garantizarse el derecho. Así las cosas, en primer lugar debe saber que esta reserva no está prevista por la Constitución a favor de los profesionales que deben ser consultados por los ciudadanos bajo tales circunstancias. En segundo lugar, esta reserva está garantizada a favor del consultante, del feligrés, del paciente, en síntesis, de quien tiene derecho a buscar ayuda.

En tercer lugar, no depende de las necesidades específicas de confidencialidad que una persona en particular tenga, ni de la importancia que esta le conceda o le niegue, ni de la conveniencia particular de la misma, ni del grado de sensibilidad de una persona determinada en un caso concreto. Ninguna persona comprendida en las circunstancias de estar en la obligación de guardar el secreto profesional puede renunciar a guardarlo porque no es un derecho que le corresponda a él. Eventualmente, la persona protegida podría renunciar a ese secreto si encuentra que la información que tenga el profesional le pueda resultar de importancia para garantizarle otro derecho con el cual pudiera entrar en conflicto.

Son casos, no taxativos, de excepción al deber de declarar las relaciones de:

- a) Abogado con su cliente;
- b) Médico con su paciente;
- c) Psiquiatra, psicólogo o terapeuta con el paciente;
- d) Trabajador social con el entrevistado;
- e) Clérigo con el feligrés;
- f) Contador público con el cliente;
- g) Periodista con su fuente;
- h) Investigador con el informante.

Este listado es sólo por vía de ejemplo. No es, ni puede ser taxativo o excluyente de casos similares. Ya se ha explicado cuáles son las razones de orden constitucional. Por tanto, siempre que se encuentren el motivo o la razón de rango constitucional, se deberá aplicar la excepción al deber de declarar.

Impedimento del testigo para concurrir

Como indica el artículo 386 del C. P. P., "si el testigo estuviere físicamente impedido para concurrir a la audiencia pública donde se practicará la prueba, de no hallarse disponible el sistema de audiovideo u otro sistema de reproducción a distancia, esta se realizará en el lugar en que se encuentre, pero siempre en presencia del Juez y de las partes que harán el interrogatorio.

El testigo que no permaneciere en el lugar antes mencionado, injustificadamente, incurrirá en arresto hasta por quince (15) días, previo trámite sumario y oral, o en multa entre diez (10) y cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes".

Usted ya conocerá el principio general del derecho probatorio que exige que las pruebas se practiquen en diligencia de audiencia pública y para ello se cuenta con lugares especialmente adecuados para facilitar el acceso de las personas que quieran presenciar esas diligencias y para permitir que las partes puedan intervenir de la forma más eficiente posible, razón por la cual el testigo debe comparecer al recinto donde se celebra la audiencia pública.

No obstante, hay casos en los cuales el testigo está físicamente impedido para comparecer. En estos eventos, lo primero que debe hacer el Juez, después de informarse de las condiciones del testigo es facilitar, en la medida de lo posible y de lo razonable, el desplazamiento del testigo con limitaciones o dificultades, mediante transporte especial y facilitar la permanencia del mismo en la audiencia. Pero si de todas maneras resulta imposible la comparecencia, el Juez debe recurrir a cualquiera de tantos medios tecnológicos disponibles para que el testigo declare en su lugar de permanencia y los demás intervinientes lo hagan desde el recinto de audiencias del juzgado.

En estos casos, siempre deben darse las condiciones y garantías contempladas en el artículo 146 numeral 5 del C. P. P., que lo invitamos a consultar.

Pero si no resulta viable esta segunda opción, entonces la audiencia se realizará en el lugar donde permanezca el testigo. Es decir, se desplazan todos los intervinientes al lugar de permanencia del testigo y allí se realizará la audiencia como si se estuviera en la sala de audiencias. En este caso, el Juez está en el deber de tomar todas las medidas

dentro de lo posible y de lo razonable para que la práctica de esta prueba se haga en condiciones similares a como se realiza la audiencia pública en el recinto oficial.

Por lo demás, las reglas para la práctica de la audiencia y de la evacuación de esta prueba no sufren variación alguna con respecto a las demás practicadas en el recinto de audiencias del juzgado.

Otras excepciones especiales

En seguida, veremos que existen otras excepciones a las reglas generales sobre el testimonio, como cuando se atiende a la dignidad del cargo del más alto servidor público de la rama ejecutiva de la República, extensivo al Vicepresidente. Se le exonera de la obligación de comparecer al recinto de audiencias del juzgado, pero **no** del deber de declarar. En tales casos la audiencia se traslada a la sede de la presidencia o de la vicepresidencia.

En este evento, la obligación de estos altos dignatarios de la nación es la de permanecer en su sede el día y la hora fijados por Juez y de declarar. Una vez en audiencia, su trámite se surtirá igual que en cualquier otro caso sin excepciones ni concesiones de ninguna naturaleza.

Estas son las normas que regulan el asunto:

“Artículo 387. Testimonios especiales. Cuando se requiera el testimonio del Presidente de la República o del Vicepresidente de la República, se informará previamente al declarante sobre la fecha y hora, para que permanezca en su despacho, a donde se trasladarán el Juez, las partes y el personal de secretaría necesario para la práctica del medio de prueba. Se observarán en ello las reglas previstas en este capítulo”.

“Artículo 388. Testimonio de agente diplomático. Cuando se requiera testimonio de un ministro o agente diplomático de nación extranjera acreditado en Colombia o de una persona de su comitiva o familia se le remitirá al embajador o agente respectivo, por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores, nota suplicatoria para que si lo tiene a bien concurra a declarar o permita que la persona solicitada lo haga, o acceda a rendirlo en sus dependencias.”

Estas personas tienen inmunidad por razones diplomáticas. Como consecuencia de ello no pueden ser afectadas, compelidas o sometidas por actos de poder de funcionarios del Estado donde ejercen su representación. Este es el motivo por el cual su testimonio depende única y exclusivamente de su voluntad, y por razones diplomáticas, por convenios, pactos, leyes internacionales, en ninguna circunstancia pueden ser obligados por autoridad colombiana a realizar un acto procesal que no sea de su voluntad.

En estos casos lo que se hace es enviarles una nota rogatoria o suplicatoria para que, si lo tienen a bien, concurran a declarar o permitan que la persona solicitada concurra o que él lo rinda o permita que la persona solicitada lo rinda en su dependencia. Estas notas nunca se pueden enviar directamente del juzgado al diplomático; siempre debe usarse la vía diplomática, es decir, por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores.

El Juramento

Según el artículo 389 del C. P. P., “toda autoridad a quien corresponda tomar juramento, amonestará previamente a quien debe prestarlo acerca de la importancia moral y legal del acto y las sanciones penales establecidas contra los que declaren falsamente o incumplan lo prometido, para lo cual se leerán las respectivas disposiciones. Acto seguido se tomará el juramento por medio del cual el testigo se compromete a decir toda la verdad de lo que conoce.”

También usted debe saber que antes de tomar el juramento es preciso que el Juez informe al testigo sobre la importancia moral y legal del acto procesal que se va a realizar; es imperioso que se le advierta de todas las consecuencias que se derivan de los procesos penales, la gravedad y trascendencia de los errores judiciales que pueden generar grandes injusticias o graves daños como la impunidad.

El testigo debe ser advertido sobre las implicaciones de su versión y la importancia de ajustarla a lo que es su real saber y entender; se le debe informar de las consecuencias penales que se derivan de faltar a la verdad en el testimonio que va a rendir. Concretamente, se le deben dar a conocer las normas penales que tipifican y sancionan las faltas contra la administración de justicia y en concreto el delito de falso testimonio.

Esta información debe darse de manera expresa y de ello debe quedar alguna constancia; lo cual tendrá sus efectos al momento de comprobar la responsabilidad penal cuando se incurra en el delito de falso testimonio y los demás que pudieran tipificarse.

Luego de haberse cumplido los requerimientos anteriormente enunciados, se le toma juramento. El juramento consiste en la promesa formalmente expresada ante el Juez, por el declarante, de decir toda la verdad que conoce, solo la verdad y nada más que la verdad.

Como ya usted sabrá, anteriormente se exigía un juramento como la promesa ante Dios de decir verdad; se pensaba que de esta manera existía un factor intimidante muy fuerte para evitar la mentira del declarante. En verdad ese efecto psicológico o moral disuasorio no operó con la eficacia que se pretendía. De otra parte, servía para

que muchas personas por razones de objeciones de conciencia, morales o religiosas se negaran a prestar juramento.

En la actualidad, como se puede constatar, esos factores están ampliamente superados. Es la promesa formal, como acto judicial, de decir verdad. Este juramento no es un acto religioso ni involucra creencias o convicciones íntimas de ningún orden. Por esas razones, nadie puede negarse a realizar esa promesa formal, como acto judicial, de decir verdad en lo que va a declarar.

Examen de los testigos

Los testigos serán interrogados uno después del otro, en el orden establecido por la parte que los haya solicitado, en armonía con el artículo 390 del C. P. P. Primero serán interrogados los testigos de la acusación y luego los de la defensa. Antes de iniciar el interrogatorio a un testigo, el Juez le informará de los derechos previstos en la Constitución y la Ley, y le exigirá el juramento en la forma señalada en el artículo anterior. Después pedirá que se identifique con sus nombres y apellidos y demás generales de ley.

Las reglas sobre el tema podemos observarlas así:

1. Los testigos serán interrogados uno después del otro.

Es decir, no se pueden interrogar de manera simultánea y mucho menos confrontándolos en el mismo acto como en algunas épocas pasadas se hiciera en lo que se denominaban careos.

La razón de esta normativa es muy clara: un testigo que escucha a otro pierde naturalidad. Ya no se sabrá si en verdad este testigo tenía información o si no la tenía. Además, es posible que este testigo se vea influenciado por el testimonio escuchado.

2. El orden de interrogatorio será el establecido por la parte que haya solicitado esta prueba testimonial.

En apariencia se puede considerar que esta norma entra en contradicción con lo previsto en el artículo 362 del mismo código que establece lo siguiente: “Decisión sobre el orden de presentación de las pruebas. El Juez decidirá el orden en que deba presentarse la prueba.

En todo caso, la prueba de la Fiscalía tendrá lugar antes que la de la defensa, sin perjuicio de la presentación de las respectivas pruebas de refutación en cuyo caso serán primero las ofrecidas por la defensa y luego las de la Fiscalía.”

Esta norma debe entenderse como la facultad que se da al Juez de realizar una diligencia de audiencia pública en forma ordenada, coherente, razonable y lógica. En este sentido, se entiende que la ley faculta al Juez para decidir ese orden; por ejemplo, en primer lugar la exhibición de las pruebas documentales, después las periciales y posteriormente las testimoniales. O iniciar con la prueba de inspección judicial por lo que esta implica un desplazamiento de todos los intervinientes de la sala de audiencias al lugar de la inspección. O porque se necesita practicar un interrogatorio de testigo fuera de la sede del Juzgado, o porque es necesario recepcionar algunas pruebas de manera virtual o no presencial.

Es en este sentido que la ley faculta al Juez para decidir sobre el orden de presentación de las pruebas. Sin embargo, si el defensor o la Fiscalía consideran que en razón del interés que defienden es más conveniente un orden en la presentación de sus testigos o de sus peritos o de sus documentos, el Juez no puede obligar a las partes a cambiar este orden, salvo que encuentre que el orden propuesto por alguna de las partes resulte abiertamente lesivo de los derechos y garantías constitucionales y legales que hacen parte del debido proceso.

De todas maneras, la defensa y el Ministerio Público tendrán derecho a exigir un determinado orden cuando encuentre que el señalado por el Juez pueda vulnerar el derecho de defensa o las garantías del debido proceso.

Con todo, este artículo 390 deja claro que primero se practican los interrogatorios a los testigos de la acusación y al final, o de último, los interrogatorios de los testigos de la defensa.

Antes de iniciar el interrogatorio a un testigo, el Juez le informará de los derechos previstos en la Constitución y la Ley, conforme se vio al estudiar el artículo 385 y se le exigirá el juramento conforme se explicó en el artículo anterior.

3. Interrogatorio cruzado del testigo.

El artículo 391 del C. P. P. dispone que todo declarante, luego de las formalidades indicadas en el artículo 390, sea interrogado, en primer lugar, por la parte que hubiere ofrecido su testimonio como prueba. “Este interrogatorio, denominado directo, se limitará a los aspectos principales de la controversia, se referirá a los hechos objeto del juicio o relativos a la credibilidad de otro declarante. No se podrán formular preguntas sugestivas ni se insinuará el sentido de las respuestas.

En segundo lugar, si lo desea, la parte distinta a quien solicitó el testimonio, podrá formular preguntas al declarante en forma de contrainterrogatorio que se limitará a los temas abordados en el interrogatorio directo.

Quien hubiere intervenido en el interrogatorio directo podrá agotar un turno de preguntas dirigidas a la aclaración de los puntos debatidos en el contrainterrogatorio, el cual se denomina redirecto. En estos eventos deberán seguirse las mismas reglas del directo.

Finalmente, el declarante podrá ser nuevamente preguntado por la otra parte, si considera necesario hacer claridad sobre las respuestas dadas en el redirecto y sujeto a las pautas del contrainterrogatorio.”

Examinaremos la norma comentando algunos de sus enunciados, así:

a) Al ser interrogada en primer término por la parte que hubiere ofrecido su testimonio como prueba podemos inferir que, en principio y dada la naturaleza de este proceso, la parte que aporta un testimonio sabe a ciencia cierta qué se propone demostrar con esa versión y de qué manera considera que debe hacerlo.

Como quiera que ese sea su derecho se le da prelación en el interrogatorio. De otra parte, los otros sujetos procesales tendrán la información necesaria para el contrainterrogatorio.

b) Este interrogatorio directo, delimitado a los aspectos principales de la controversia, como es predicable también para todas las demás pruebas, debe referirse a sus aspectos principales. Es decir, no se deben aportar pruebas para asuntos tangenciales o intrascendentes en relación con el tema de la prueba.

c) El interrogatorio se referirá a los hechos objeto del juicio. Es por esto que no puede hacerse respecto de asuntos no atinentes a aquello que se debata en el juicio. Tiene que referirse al tema de prueba y, de este, a lo sustancial.

d) El interrogatorio podrá hacer referencia a aspectos relativos a la credibilidad de otro declarante. De manera excepcional se puede interrogar sobre aspectos extraños al tema de prueba pero solo cuando tienen relación con la credibilidad de otro declarante. Como se puede observar, en estos casos sí existe relación con el tema de prueba, pero de manera indirecta puesto que se trata de establecer la credibilidad de un testigo que ha declarado sobre el tema de prueba.

e) No se podrán formular preguntas sugestivas ni se insinuará el sentido de las respuestas. Al respecto, usted debe entender por pregunta sugestiva aquella que está formulada de tal manera que sugiere, vale decir que estimula una determinada respuesta. Pregunta insinuada es aquella que da información o indicación al testigo respecto del contenido de la respuesta que debe dar.

f) La parte distinta a la que ha solicitado el testimonio, podrá formular preguntas al declarante en forma de contrainterrogatorio.

g) El contrainterrogatorio se limitará a los temas abordados en el interrogatorio directo. Frente al punto, existen en la teoría y en la práctica dos modelos de contrainterrogatorio: el abierto, que permite que se extienda libremente según voluntad del contrainterrogador y el cerrado o estricto que limita el contrainterrogatorio única y exclusivamente a lo que ha preguntado el interrogador. Como se desprende del texto que se comenta, nuestro legislador optó por el restringido; es decir, que no se puede contrainterrogar por asuntos no preguntados en el interrogatorio. Esto sería una base para objetar la pregunta y el Juez estaría en la obligación de aceptar la objeción e impedir la respuesta.

h) Quien hubiere intervenido en el interrogatorio directo podrá agotar un turno de preguntas dirigidas a la aclaración de los puntos debatidos en el contrainterrogatorio, el cual se denomina redirecto.

i) Cuando estemos frente a un contrainterrogatorio redirecto, deberán seguirse las mismas reglas del directo. El interrogador puede hacer preguntas para referirse a lo que haya sido objeto de contrainterrogatorio y también debe limitarse a ese contenido.

j) El declarante podrá ser nuevamente preguntado por la otra parte, si esta considera necesario hacer claridad sobre las respuestas dadas en el redirecto y sujeto a las pautas del contrainterrogatorio.

Reglas sobre el interrogatorio

El interrogatorio es entendido como la forma en la que se presenta y practica la prueba testimonial ante el Juez. Es aquí donde usted advierte que cada sujeto procesal pretende probar su teoría del caso a través de sus testigos. En cumplimiento del artículo 392 del C. P. P., el interrogatorio se hará observando las siguientes instrucciones, sin olvidar que según su planeación y práctica, se puede conducir a la persuasión o no del Juez:

a) Toda pregunta versará sobre hechos específicos;

b) El Juez prohibirá toda pregunta sugestiva, capciosa o confusa;

c) El Juez prohibirá toda pregunta que tienda a ofender al testigo;

d) El Juez podrá autorizar al testigo para consultar documentos necesarios que ayuden a su memoria. En este caso, durante el interrogatorio, se permitirá a las demás partes el examen de los mismos;

e) El Juez excluirá toda pregunta que no sea pertinente.

f) El Juez intervendrá con el fin de que el interrogatorio sea leal y que las respuestas sean claras y precisas.

En breve, usted encontrará algunas anotaciones sobre cada una de las reglas para el interrogatorio:

a) Toda pregunta versará sobre hechos específicos

Según este requerimiento, la pregunta no puede ser referida a generalidades, o tener extensiones tan amplias que determinen un contenido irrisorio o insignificante. Para estos efectos debe tenerse en cuenta que la relación entre el contenido y la extensión de los conceptos es inversamente proporcional: a mayor extensión menor contenido.

Las preguntas deben ser puntuales. Es decir, precisas sobre objetos concretos y determinados.

b) El Juez prohibirá toda pregunta sugestiva, capciosa o confusa

Ya se explicó qué es una pregunta sugestiva. Por pregunta capciosa se entiende aquella en cuya formulación se incluye un engaño para inducir en error al testigo.

La pregunta confusa es aquella que no tiene claridad debido a que cuenta con un solo sentido. Por consiguiente, incluye ambigüedades y estas pueden dar lugar a respuestas que contengan varios sentidos o respuestas que sean tan ambiguas como para dejar al intérprete la determinación de su contenido. Esa es entonces la razón por la cual se rechaza como práctica desleal en el proceso.

c) El Juez prohibirá toda pregunta que tienda a ofender al testigo

El respeto por todo ser humano impone la obligación de prohibir las preguntas que incluyan agravios a los testigos sin que ello impida la formulación de los juicios de valor que se requiere hacer a los testigos. Es muy importante diferenciar el ánimo agresivo, irrespetuoso y ofensivo con el testigo de la crítica que en un momento dado sea necesario hacer a sus condiciones en cuanto le puedan restar credibilidad a su dicho. Debe entenderse que los abogados intervinientes y también el Juez, requieren realizar estas valoraciones y ponderaciones pero deberán hacerlo siempre dentro del contexto adecuado y dentro de los límites que les impone la dignidad humana.

d) El Juez podrá autorizar al testigo para consultar documentos necesarios que ayuden a su memoria. En este caso, durante el interrogatorio, se permitirá a las demás partes el examen de los mismos

Esta práctica es conveniente a condición de que no se utilice para subsanar o para ocultar la ignorancia del testigo sobre el tema de su testimonio; no podría entenderse esta autorización como la legitimación de proporcionar al testigo un libreto escrito por las partes. Por tanto, lo que se puede consultar son documentos pero no guías de su versión.

Es muy sano que las partes puedan conocer y consultar estos documentos no solo para ese efecto sino también y, fundamentalmente, para controlar sus contenidos y hacerlos evidentes ante la audiencia.

e) El Juez excluirá toda pregunta que no sea pertinente

Impertinente es la pregunta que no tiene pertinencia; es decir, que no atañe al caso. Y no son pertinentes aquellas que no hacen relación al tema de la prueba. A su vez, no hacen relación al tema de la prueba las que no se relacionan con lo que interesa probar en cada caso, es decir, con lo que es asunto concreto de ese específico debate procesal.

f) El Juez intervendrá con el fin de que el interrogatorio sea leal y las respuestas sean claras y precisas. Esta facultad del Juez debe entenderse de uso imperativo; no meramente facultativo. Frente a las preguntas o las actitudes desleales, el Juez no sólo está en deber de impedir las sino también en la obligación de reconvenir a quienes asumen tales actitudes y de imponerles las sanciones correctivas de todo orden previstas por la ley.

A†

1. Analice las siguientes situaciones y determine el tipo de pregunta presentado. En todo caso, justifique su valoración:
 - Para establecer asuntos preliminares como los particulares del testigo y el fundamento para la incorporación de algún documento o evidencia física. Por ejemplo: *"Es Usted agente del CTI, ¿cierto?"* o *"¿Fue este el portapapeles que se registró en la escena de los hechos?"*
 - En aras de conocer toda la situación, se formulan preguntas "abiertas", como las que solicitan una narrativa de los hechos: *"Cuéntenos Srta. Estrella, ¿qué sabe de este caso?"*
 - *La acusada estaba vestida de azul, ¿verdad?*
 - *Pero ¡es imposible que usted haya podido ver con tanta claridad las acciones que acaba de relatar! ¿no?*
 - *El día del hurto, horas antes a los hechos, el acusado, cuando cometió los hechos ¿estaba bajo la influencia de alguna bebida embriagante?*
2. Teniendo en cuenta las descripciones conceptuales enunciadas, elabore un listado de veinte preguntas que se encuentren por fuera de las permisiones legales: capciosas, impertinentes, sugestivas, confusas, ofensivas, y ofrezca un argumento para su aceptación.
 - Comente cuál debe ser la reacción y actuación de la defensa/fiscal y del Juez frente a este tipo de situaciones:
 - Cuando la memoria del testigo esté agotada, siempre y cuando la pregunta se dirija estrictamente al tema.
 - Cuando cuente con un objetivo claro con la pregunta que antes elaboró, reconcíbala y reformúlela en armonía con las exigencias legales que hemos examinado.
 - Discútalas en grupo teniendo en cuenta las consecuencias que podrían generar aquellas que están planteadas por fuera de los lineamientos legales.

• Reglas sobre el contrainterrogatorio

El contrainterrogatorio se hará observando las siguientes instrucciones, por mandato expreso del artículo 393 del C. P. P.:

“a) La finalidad del contrainterrogatorio es refutar, en todo o en parte, lo que el testigo ha contestado;

b) Para contrainterrogar se puede utilizar cualquier declaración que hubiese hecho el testigo sobre los hechos en entrevista, en declaración jurada durante la investigación o en la propia audiencia del juicio oral.

El testigo deberá permanecer a disposición del Juez durante el término que este determine, el cual no podrá exceder la duración de la práctica de las pruebas, quien podrá ser requerido por las partes para una aclaración o adición de su testimonio, de acuerdo con las reglas anteriores.”

Especiales comentarios también merece este artículo del C. P. P., que posiblemente le serán a usted de mucha utilidad. En primer lugar, en relación con la finalidad del interrogatorio, referida a la refutación de lo contestado por el testigo, en todo o en parte, es importante señalar que el contrainterrogatorio no puede utilizarse, en esta concepción restringida, para abrir debates probatorios a gusto del contrainterrogador, ni para extenderlo a puntos o aspectos nuevos o diferentes del concreto campo determinado por el interrogador. Le está vedado utilizar este testimonio para propósitos y objetivos por fuera del marco probatorio al que lo restringió su aportante. ¿Qué otro fin se busca con el contrainterrogatorio? El contrainterrogador buscará sustraer información favorable al testigo y desacreditar su testimonio directo.

Usted, como Juez ¿le daría el mismo crédito a una testigo a quien en el contrainterrogatorio se le demuestra que ha peleado continuamente con la acusada y ha guardado rencor contra ella?

No olvide que una de las importantes labores del Juez, es la de evitar los excesos de los actores. En el contrainterrogatorio, *usted como Juez ¿qué haría para controlar que este no se convierta en un ataque desmedido contra el testigo?*

Además de mantener el control de la actuación y agresividad de las partes, otras reglas que debe observar el Juez en esta diligencia son:⁷

7 Estos errores son objetables, pero si la parte opuesta no los objeta, es competencia del juez hacerlo para no perder el control del juicio y agilizar el proceso.

- No se debe permitir que el abogado haga una mera repetición del interrogatorio. Cuando las preguntas ya se hicieron, se dan por asentadas y no hay necesidad de ser reiterativo con las mismas si no es estrictamente necesario y si ya hay claridad sobre el punto.
- No se debe permitir que el abogado incursione en un terreno que no fue tema del interrogatorio directo, pues como ya advertimos, se busca evaluar la veracidad y credibilidad del testimonio y de la persona. No deben abordarse otros temas, salvo que haya una imperiosa necesidad de ello. La parte que lo considere y justifique, puede citar al testigo nuevamente, caso en el cual estaríamos hablando de un interrogatorio, no de un contrainterrogatorio. En todo caso, la credibilidad del testigo siempre está en juego y todo aquello que la afecte siempre es oportuno y admisible.
- En el juicio, no deben permitirse ataques personales injustificados, amenazas, insultos, etc. *¿Qué consecuencias tendría actuar contradiciendo esta prohibición?*
- No se debe permitir que el abogado discuta con el testigo. Las partes tienen que aceptar las respuestas de los testigos, a no ser que haya una declaración previa contradictoria o hechos conocidos o por conocer en el juicio que contradigan otros.
- Si el Juez observa que hay elementos que necesitan mayor ampliación, también debe formular preguntas.

En segundo lugar, respecto al empleo de cualquier declaración del testigo sobre los hechos en entrevista o en declaración jurada o en la audiencia para llevar a cabo la contrainterrogación, consideramos necesario advertir que el contrainterrogador no está limitado sólo a lo vertido o dicho por el testigo en esa audiencia; puede acudir a otras versiones o aseveraciones hechas por el mismo testigo en otros escenarios a condición de que esto último se acredite debidamente en el momento que corresponda en la audiencia.

Otro aspecto importante, que también hemos expuesto en renglones anteriores, es que el testigo deberá permanecer a disposición del Juez durante el término que este determine, el cual no podrá exceder la duración de la práctica de las pruebas, y podrá ser requerido por las partes para una aclaración o adición de su testimonio, de acuerdo con las reglas anteriores.

El testigo está en la obligación de permanecer a disposición de la administración de justicia por el tiempo que dure la práctica de las pruebas; puede ser requerido por las partes para aclarar o adicionar su testimonio, pero en todo caso se respetarán las reglas señaladas para su práctica. Es decir que esta previsión no puede ser utilizada para interrogar o contrainterrogar de manera libre o caprichosa o desordenada.

El Juez deberá ser muy cauteloso en el manejo de esta preceptiva y, fundamentalmente, debe estar atento a evitar que se rompa el equilibrio que se ha pretendido mantener con estas técnicas de interrogatorio.

Finalmente, con el ánimo de complementar este pequeño apartado sobre el interrogatorio y el contrainterrogatorio, recuerde que existen alternativas para formular las preguntas, cada una de las cuales deben ser estudiadas por el abogado para aplicarlas según su teoría del caso.

Así las cosas, encontramos:

- *Preguntas narrativas*: a través de las cuales se invita al testigo a describir, ilustrar, narrar sucesos con sus propias palabras o sus propias formas de expresión, con el fin de que tenga la libertad suficiente para responder con espontaneidad, naturalidad, mayor emoción y fidelidad, lo que a su vez nos muestra una respuesta no memorizada, en la mayoría de los casos.

Al darse oportunidad, con la pregunta narrativa, a una expresión emocional y más libre es importante tener en cuenta que puede utilizarse para desviarse fácilmente del tema, para desordenar los hechos que se propone en la teoría del caso que se abandera, para dar opiniones sin ofrecer la narración de los hechos por los que se inquiere, o para denigrar del adversario. Se debe estar muy atento para alinear la emocionalidad del declarante con el objetivo de la pregunta que, por ejemplo, puede ser:

¿Cuándo usted llegó a la casa de María, qué sucedió?

- *Preguntas abiertas*: a pesar de mantener el esquema básico de la pregunta narrativa, se propone una limitación en la respuesta. Se emplean cuando se requiere llamar la atención del testigo respecto a un evento puntual que se quiere sea descrito, ilustrado o narrado. Por ejemplo: ¿Qué notó de especial en el comportamiento de los asistentes a la casa de María? ¿Qué objetos de la casa de María le merecieron especial atención?

- *Preguntas Cerradas*: con este tipo de preguntas, se busca una respuesta breve, puntual y prácticamente con monosílabos. Deben formularse adecuadamente, pues pueden ser consideradas como sugestivas y, en consecuencia, objetables. Por ejemplo: ¿Se encontraban ebrios los asistentes de la casa de María? ¿De qué color era el vestuario de María?

- *Preguntas de Seguimiento y Complemento*: con estos interrogantes se pretende que el testigo complemente una respuesta anterior, por requerirse un conocimiento más exacto o amplio sobre lo ya dicho. Se debe ser cuidadoso en la formulación, para

no ser reiterativos o repetitivos. Por ejemplo: Cuando usted dijo “eran muchos”, ¿a cuántos se refiere? ¿Puede individualizarlos? ¿Los conocía?

◦ *Acusado y coacusado como testigo*

El artículo 394 dispone que si el acusado y el coacusado se ofrecen a declarar en su propio juicio, deberán comparecer como testigos y, bajo la gravedad del juramento, serán interrogados de acuerdo con las reglas previstas en el Código de Procedimiento Penal, tal como ya lo hemos indicado.

Usted se preguntará entonces ¿quién puede considerarse como acusado o coacusado? La persona o personas que comparecen al juicio en calidad de acusados son aquellas afectadas por la formulación de acusación conforme a la ley y que, por tanto, están en la situación directa de afrontar todas las consecuencias derivadas del juicio, especialmente la condena.

Por lo anterior, consideramos absurdo y contrario a la realidad, sostener que tales personas en esas condiciones procesales en materia penal, sean testigos. Es verdad, que en materias no penales las partes pueden ser sometidas a interrogatorios juramentados y se conocen como interrogatorios juramentados de parte. También es verdad que este juramento, que es constrictivo, se considera una fuerza legítima que el Estado puede utilizar para encontrar unos efectos deseables en esas controversias en materia civil, laboral, administrativa, etc. Pero esto no es aplicable en materia penal.

Hemos sido reiterativos en relación con el principio constitucionalmente admitido y consagrado sobre la exención de la obligación a declarar contra sí mismo, también como un derecho de rango constitucional. Otro principio constitucional consagrado es el debido proceso como garantía de un derecho a una defensa plena.

Si se observa con cuidado esta situación se podrá concluir muy fácilmente que esta norma está limitando de manera severa el derecho de defensa, al condicionarlo al sometimiento del acusado al riesgo de tener que declarar en su contra cuando lo constriñe con la toma de juramento de decir la verdad. Podríamos también predicar que se le estaría negando el derecho de defenderse con sus explicaciones, con sus razones y argumentos, o que se le acepta pero condicionado al requisito del juramento.

Esté dilema no es compatible con el bloque de constitucionalidad, ni con las garantías constitucionales que informan el debido proceso en materias penal, por lo cual ha sido admitida su exequibilidad condicionada en los términos de la sentencia C-782 de 2005.

Ya que la Corte Constitucional ha declarado exequible esta norma, en forma condicionada, los defensores y los propios acusados tendrán que usar estos testimonios con extrema cautela. También al momento de juzgar a las personas que en estas condiciones cometan delito de falso testimonio, los jueces deberán asumir un juicio muy ponderado desde la Constitución, sobre la antijuridicidad y la culpabilidad de la conducta.

Si bien es cierto que si los acusados mienten para no autoincriminarse, no cometen delito de falso testimonio, de todas maneras las mentiras evidentes producen efectos negativos colaterales en el juzgador, que pueden resultar muy dañosos para quien usa este recurso probatorio. La prudencia extrema que debe tenerse al decidir este testimonio puede llevar, en muchos casos, a prescindir del mismo. Esto, lamentablemente, se convierte en una limitación al derecho de defensa.

Los acusados y coacusados serán interrogados, de acuerdo con las reglas previstas en el Código de Procedimiento Penal, con todas las consecuencias que ello implica, teniendo en cuenta la salvedad ya anotada.

• *Oposiciones durante el interrogatorio*

Usted ya ha podido identificar cuándo una pregunta viola alguna de las reglas sobre el interrogatorio o incurre en algunas de las prohibiciones. En estos eventos, de acuerdo con el Art. 395 del C. P. P., quien no esté interrogando o el Ministerio Público podrá oponerse a la pregunta del interrogador, y el Juez decidirá inmediatamente si la oposición es fundada o infundada.

Las siguientes son las causales más frecuentes de objeción a las preguntas:

1. Cuando no se refieran a aspectos esenciales de la controversia.
2. Cuando no se refieran a hechos.
3. Cuando no se refieran a la credibilidad de otro declarante.
4. Cuando sean sugestivas.
5. Cuando insinúen el sentido de la respuesta y cuando sean inductoras de las respuestas.
6. Cuando en el contrainterrogatorio no se limiten a las respuestas del interrogatorio directo.
7. Cuando en el redirecto no se limiten las preguntas a los puntos debatidos en el contrainterrogatorio.
8. Cuando en el recontrainterrogatorio las preguntas no se limiten a lo debatido en el redirecto.

9. Cuando no se refieran a hechos específicos.
10. Cuando las preguntas sean capciosas.
11. Cuando las preguntas sean ofensivas para el testigo.
12. Cuando las preguntas sean impertinentes.
13. Cuando las preguntas sean desleales.
14. Cuando las preguntas no tengan como soporte lo dicho por el testigo:
 - 14.1. En la propia audiencia.
 - 14.2. En entrevistas.
 - 14.3. En declaración jurada durante la investigación.

Este listado no es taxativo como tampoco podría ser taxativa una lista legal; sólo incluye las más frecuentes causales de objeción de preguntas.

Tanto las partes como el Juez estarán en el deber de verificar que ellas se ajusten a la dignidad humana, al bloque de constitucionalidad, a la Constitución y a la ley. Si así no ocurre, la pregunta siempre será objetable.

• *Examen separado de testigos*

Por disposición del artículo 396 del C. P. P., “los testigos serán interrogados separadamente, de tal manera que no puedan escuchar las declaraciones de quienes les preceden.

Se exceptúa de lo anterior, además de la víctima y el acusado cuando decide declarar, aquellos testigos o peritos que debido al rol desempeñado en la preparación de la investigación se requiera su presencia ininterrumpida en la sala de audiencias, bien sea apoyando a la Fiscalía o a la defensa.”

Ya usted ha conocido y comprendido las razones por las cuales los testimonios se deben recibir separadamente. Las excepciones que acá se consagran son aceptables por las necesidades especiales que se presentan en estos casos. De todas maneras, el Juez está en el deber funcional de tomar en cuenta esta situación al momento de valorar los testimonios de quienes los rinden bajo estas circunstancias que, inevitablemente, son contaminantes del mismo.

• *Interrogatorio por el Juez*

Sólo en casos excepcionales, el Juez está facultado por el artículo 397 del C. P. P. para intervenir en el interrogatorio o contrainterrogatorio, en aras de obtener que el

testigo responda la pregunta que le ha formulado o que lo haga de manera clara y precisa. Una vez terminados los interrogatorios de las partes, el Juez y el Ministerio Público podrán hacer preguntas complementarias para el cabal entendimiento del caso.

Aquí debemos hacer algunos comentarios pertinentes, así:

1. En relación con la intervención del Juez para conseguir que el testigo responda la pregunta que le han formulado o para que lo haga de manera clara y precisa, es necesario comprender esta facultad dentro de los deberes funcionales del Juez en cualquier sistema procesal y en cualquier modelo de práctica de pruebas.

No se entiende, por ello, cómo la norma dice que esto lo hará el Juez sólo de manera excepcional puesto que no debe ser de manera excepcional. Por el contrario, debe hacerlo en todas las ocasiones necesarias para la correcta aplicación de justicia.

2. ¿Qué se entiende por respuesta clara? Es aquella que tiene un contenido inteligible; la que contiene una información que la inteligencia pueda comprender. No oscura o ininteligible.

3. ¿Qué se entiende por respuesta precisa? La que suministra una información concreta, referida al punto específico preguntado. No vaga o difusa.

4. Una vez terminados los interrogatorios de las partes, el Juez y el Ministerio Público podrán hacer preguntas complementarias para el cabal entendimiento del caso.

Con relación a la intervención del Juez se afirma que en un sistema acusatorio el Juez no interviene para interrogar a los testigos. Pero vemos que esta afirmación debe ser matizada porque la tendencia contemporánea es la de facultar al Juez para que intervenga en la medida en que los fines del proceso penal apuntan a la búsqueda de la verdad, la justicia material, la protección de los derechos fundamentales del procesado y los derechos de las víctimas. En efecto, en Estados Unidos, el Tribunal tiene la facultad de llamar a testigos que no han sido llamados por las partes, según la Regla 614 (a) de las Reglas Probatorias Federales de 1975, y de citar a testigos neutrales expertos al tenor de lo dispuesto en la Regla 706. Estas facultades se utilizan muy poco, pero el hecho de que exista previsión legislativa a nivel federal es un rasgo muy singular del procedimiento americano actual. Incluso, en sistemas procesales en los que la ley no otorga al tribunal facultades especiales para ordenar la prueba de manera oficiosa, se obtienen resultados similares porque el Tribunal puede instruir a las partes sobre el tema. Es el caso de las Reglas de Procedimiento Civil inglesas vigentes desde 1999,

de acuerdo a las cuales el Tribunal tiene amplios poderes para darles a las partes indicaciones sobre aspectos de hecho y de la prueba que tiene que ser presentada al Tribunal, conforme a la Regla 32.1.

Ahora bien, como lo precisó la Corte Constitucional: “Es importante recordar que, en la interpretación del nuevo Código de Procedimiento Penal, se debe partir de la premisa de que la estructura del mismo adoptada mediante el Acto Legislativo 03 de 2003 no corresponde exactamente a ningún modelo puro. La anterior aseveración encuentra respaldo adelantando un parangón entre los modelos acusatorios americano y continental europeo, que resalta las características propias que presenta nuestro sistema procesal penal...”* (Las subrayas son nuestras).

Pero frente a la realidad de este nuevo procedimiento y, ante todo, de cara a los graves desequilibrios que se producen en su trámite precisamente contra la parte más débil que es el acusado y, sobre todo, contra el acusado precario en términos económicos, sociales y culturales consideramos esencial esta facultad del Juez. Y no solo para que intervenga de manera excepcional o para hacer preguntas complementarias en un sentido restringido. Complementarias significa que es para complementar un acervo informativo probatorio, según su necesidad, para formarse un criterio adecuado respecto del tema de prueba que, como bien se sabe, siempre es un hecho del pasado y por tanto su conocimiento sólo será posible como reconstrucción ideal histórica.

Frente a la intervención del Ministerio Público para interrogar el Juez, entonces, deberá ser muy exigente en imponer límites a este interrogatorio para que únicamente se hagan preguntas complementarias.

• *Testigo privado de libertad*

Usted podrá encontrar muchas situaciones en las que la persona citada como testigo a la audiencia del juicio oral y público se encuentre privada de libertad. Según lo consagra el artículo 398 del C. P. P., esta persona será trasladada con la debida antelación y con las medidas de seguridad y protección al lugar del juicio. Una vez haya concluido el interrogatorio y contrainterrogatorio, será devuelto en la forma antes indicada, sin dilación alguna, a su sitio de reclusión.

Esta previsión de elemental comprensión faculta al Juez para ordenar el traslado de quien deba declarar, con el fin de que no incumpla a su deber.

* Corte Constitucional. Sent. C — 591/2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

• *Testimonio de Policía Judicial*

Con frecuencia, se convierten en testigos los servidores públicos de Policía Judicial. El artículo 399 del C. P. P. permite que sean citados al juicio oral y público a rendir testimonio con relación al caso, y faculta al Juez a autorizarlo para consultar su informe y notas relativas al mismo, como recurso para recordar.

En el esquema del nuevo proceso todo está diseñado para que los miembros de la Policía Judicial, por iniciativa propia o bajo la dirección del Fiscal, busquen, obtengan, reciban y conserven el máximo de información posible relacionada con la existencia del hecho o de los hechos delictivos y la responsabilidad frente a los mismos.

Toda esa información será vertida al juicio oral principalmente en forma de testimonio y la regla general será que esos testimonios serán de la acusación, es decir, de soporte a la teoría del caso sustentada por la Fiscalía.

Aun así, usted también sabrá que, no obstante que la ley faculta al no imputado para solicitar que las autoridades con funciones investigativas le recauden y practiquen pruebas, en la práctica esto no está operando. En seguida relacionamos algunas normas que prevén algunas de estas funciones:

“Artículo 267. Facultades de quien no es imputado. Quien sea informado o advierta que se adelanta investigación en su contra, podrá asesorarse de abogado. Aquel o este podrán buscar, identificar empíricamente, recoger y embalar los elementos materiales probatorios, y hacerlos examinar por peritos particulares a su costa, o solicitar a la Policía Judicial que lo haga. Tales elementos, el informe sobre ellos y las entrevistas que hayan realizado con el fin de descubrir información útil, podrá utilizarlos en su defensa ante las autoridades judiciales.

Igualmente, podrá solicitar al Juez de Control de Garantías que lo ejerza sobre las actuaciones que considere hayan afectado o afecten sus Derechos Fundamentales.

Artículo 268. Facultades del imputado. El imputado o su defensor, durante la investigación, podrán buscar, identificar empíricamente, recoger y embalar los elementos materiales probatorios y evidencia física. Con la solicitud para que sean examinados y la constancia de la Fiscalía de que es imputado o defensor de este, los trasladarán al respectivo laboratorio del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, donde los entregarán bajo recibo.”

De todas maneras, no se descarta que también la Policía Judicial llegue a tener pruebas que haya solicitado la defensa. Teniéndose en cuenta que el trabajo de investigación es su profesión y que serán muchos los casos que investigarán estos funcionarios y que en cada caso será muy abundante la información y los conocimientos obtenidos, necesitarán elaborar informes, y tomar notas relativas a dichos asunto, conforme se los exige la ley.

Esta es la razón por la cual la ley autoriza esta consulta; se busca facilitarles el recordar y refrescar su memoria. Aun así, su versión testimonial, en ningún caso, podrá ser suplida por la lectura o el aporte de esos informes o esas notas; estas notas podrán ser examinadas durante todo el interrogatorio por los otros intervinientes en la audiencia, conforme se prevé en el artículo 392 del C. P. P.

Sobre este punto particular encontramos algunas oportunidades en las que el servidor público de Policía Judicial puede adquirir conocimientos de importancia en la investigación y el juzgamiento. En el Libro II, Título I, Capítulo I relativo a los órganos de indagación e investigación se regulan las múltiples facultades, se les otorga a las autoridades de Policía Judicial para recaudar y practicar pruebas. De acuerdo con estas facultades tan numerosas y de tanto alcance podemos concluir que el servidor público que actúe como miembro de la Policía Judicial será una persona privilegiada en el proceso de obtener información, y muy buena parte del éxito de la investigación y el juzgamiento dependerá de ellos.

• *Testigo sordomudo*

Cuando el testigo fuere sordomudo, el artículo 400 del C. P. P., ordena que el Juez nombre un intérprete oficial. Si no lo hubiere, el nombramiento recaerá en una persona reputada como conocedora del mencionado sistema, lo cual no impide que pueda estar acompañado por uno designado por él. En todo caso, el testigo y el intérprete deben prestar juramento.

En estos casos, el intérprete oficial es imprescindible y debe ser una persona altamente calificada por cuanto la persona que sufre de esta limitación auditiva, si es de nacimiento, tiene dificultades severas no solo para expresar contenidos de pensamiento sino que también la elaboración de estos mismos le plantean dificultades especiales por la limitación del lenguaje.

• *Testigo de lengua extranjera*

Según el artículo 401 del C. P. P., cuando el testigo de lengua extranjera no comprendiere el idioma castellano, el Juez nombrará un traductor oficial. Si no lo hubiere, el nombramiento recaerá en una persona reputada como idónea para

hacer la traducción. Como en el apartado previamente expuesto, lo anterior no es impedimento para que pueda estar acompañado por uno designado por él. También están obligados, tanto el testigo como el traductor, a prestar juramento.

En estos casos el traductor es imprescindible. Debe tenerse en cuenta que la comprensión de la cual se habla es una comprensión que abarque el español técnico procesal penal. Es posible que una persona comprenda el idioma castellano pero no tenga el dominio necesario para entender lo relacionado con la terminología técnica del proceso penal. Esto significaría desventajas insoportables para esa persona.

• *Impugnación de la credibilidad del testigo*

El testigo únicamente podrá declarar sobre aquellos aspectos que haya podido observar o percibir en forma directa y personal. En caso de mediar controversia sobre el fundamento del conocimiento personal, el artículo 402 del C. P. P. permite que se objete la declaración mediante el procedimiento de impugnación de la credibilidad del testigo.

Cuando se estudió el artículo 383 se hizo un análisis del testigo de oídas; se explicaron sus características y, ante todo, se pusieron de relieve los riesgos que entrañan en los procesos investigativos penales. Nos remitimos a esos comentarios.

En relación con este artículo que entramos a comentar es muy importante dejar claro que de manera expresa descarta al testigo de oídas; lo excluye de manera terminante de la posibilidad de declarar en los procesos penales. Esta previsión obedece a los criterios de sana crítica que actualmente predominan en el campo del derecho procesal penal y en el campo de la prueba penal.

La consecuencia de esta norma es que el Juez debe rechazar la recepción de testimonio de testigo de oídas, y debe objetar las preguntas y las respuestas que se refieran a hechos que el testigo no observó, ni percibió de manera directa y personal.

Puede ocurrir que exista controversia sobre lo directo o personal de ese conocimiento. En este caso, el punto lo decidirá el Juez, al momento de resolver sobre la objeción a la pregunta o respuesta.

La impugnación, siguiendo el artículo 403 del C. P. P., busca cuestionar ante el Juez la credibilidad del testimonio, en relación con los siguientes aspectos:

1. La naturaleza inverosímil o no creíble del testimonio.
2. La capacidad del testigo para percibir, recordar o comunicar cualquier asunto sobre la declaración.

3. La existencia de cualquier tipo de prejuicio, interés u otro motivo de parcialidad por parte del testigo.

4. Las manifestaciones anteriores del testigo, incluidas aquellas hechas a terceros, o en entrevistas, exposiciones, declaraciones juradas o interrogatorios en audiencias ante el Juez de Control de Garantías.

5. El carácter o patrón de conducta del testigo en cuanto a la mendacidad.

6. Las contradicciones en el contenido de la declaración.

Veremos ahora, aspectos puntuales de cada uno de los ítemes normativos antes enunciados:

1. Testimonio inverosímil

Se entiende por inverosímil lo que no se puede considerar verdad porque repugna a las leyes que rigen el modo de ser de las cosas, de las relaciones, de los fenómenos, es decir, la imposibilidad óptica. También es inverosímil aquello que no se puede considerar verdad porque resulta absurdo a la lógica; lo que repugna a las leyes que rigen el modo de pensar.

2. Testimonio no creíble

Se considera no creíble todo aquello que, de conformidad con las leyes de la naturaleza y con las reglas de experiencia, no ha ocurrido ni se considera factible que pueda ocurrir.

3. La capacidad de percepción

Como se utiliza en este texto, es decir, como capacidad de conocimiento, es la idoneidad para realizar todos los procesos sensoriales: sensación, percepción y representación, y lógicos: elaboración de conceptos, juicios y raciocinios, involucrados en el conocimiento.

4. Capacidad de recordación

Hace referencia a la posibilidad de traer de nuevo a la mente conocimientos del pasado. Depende de muchos factores, entre los cuales se destacan especialmente la calidad de la memoria y el tiempo transcurrido.

5. Capacidad de comunicación

Es la posibilidad de exteriorizar el pensamiento para que otras personas lo conozcan.

6. Los prejuicios

Los juicios son afirmaciones o negaciones de cualidades de los objetos; ordinariamente, los juicios se hacen previa una constatación. Un prejuicio es un juicio que se tiene sobre algo sin haber sido previamente constatado.

7. El interés

El interés se entiende como la apetencia o la repulsión de algo porque genera beneficios o evita perjuicios.

8. Motivos de parcialidad

Los intereses son generadores de motivos de parcialidad. La parcialidad es la inclinación de los sentimientos y de la razón en un determinado sentido para favorecer los intereses en juego.

9. Manifestaciones anteriores del testigo

9.1. A terceros.

Son expresiones del pensamiento manifestadas a personas que no tienen vínculos con los sujetos procesales.

9.2. En entrevistas.

Son diálogos que se establecen con otra u otras personas, con el fin de dar a conocer lo que se siente o se piensa respecto de algo.

9.3. Exposiciones.

Son manifestaciones que se hacen a un público sobre lo que se siente o se piensa sobre algo.

9.4. Declaraciones juradas. Reconocimientos en fotografía. En fila de personas.

Son manifestaciones realizadas bajo la gravedad del juramento en actos procesales formales y solemnes.

9.5. Interrogatorios en audiencias ante el Juez de Garantías

Son manifestaciones realizadas bajo la gravedad del juramento en un acto procesal formal específico como es la audiencia y ante un funcionario también específico como es el Juez de Garantías.

10. Carácter mendaz o patrones de conducta mentirosa del testigo

El carácter mendaz o el patrón de conducta mentirosa del testigo son una cualidad o una forma de comportarse de esa persona, consistente en que con mucha

frecuencia dice mentiras, falta a la verdad. Puede incluso llegar a niveles patológicos como ocurre con los mitómanos.

11. Contradicciones en la declaración del testigo

Como atestado de verdad, la versión de un testigo debe ser coherente, armónica, que ensamble como un todo con un sentido unívoco. Que en su texto no se encuentren afirmaciones contradictorias o incompatibles.

Debe dejarse claro que es natural que existan algunas diferencias sobre asuntos de detalle, o no esenciales del contenido de la declaración, sin que ello les reste valor demostrativo.

• *Apreciación del testimonio*

Para apreciar el testimonio, el Juez está obligado, en virtud del artículo 404 del C. P. P., a tener en cuenta los principios técnico-científicos sobre la percepción y la memoria y, especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o los sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad.

Encontramos aquí varios conceptos sobre los cuales usted podrá tener algunas inquietudes. Intentaremos abordar los aspectos básicos que pueden despejarle esos interrogantes o le servirán de guía para seguir profundizando hacia su resolución.

1. Principios técnico-científicos sobre la percepción

Ya se explicó que en el C. P. P. se entienden como sinónimos la percepción y el conocimiento; no obstante no ser una expresión lingüística muy ajustada al uso que técnicamente se le da en psicología, en lógica y en epistemología, lo que trasciende es que el testimonio debe apreciarse teniendo en cuenta los principios técnicos, científicos y lógicos que rigen los procesos de conocimiento.

2. Principios técnico-científicos sobre la memoria

Como se ha dicho, la capacidad de recordación depende de muchos factores, entre los cuales sobresalen por su importancia: la calidad de la memoria y el tiempo transcurrido desde cuando se conoce hasta cuando se declara.

Deben tenerse en cuenta estos principios y, adicionalmente, las reglas de experiencia para poder determinar si una persona pudo o no recordar los hechos sobre los cuales rinde testimonio.

3. Naturaleza del objeto percibido

En general, el objeto conocido no ofrece dificultades; pero sí resulta importante tener en cuenta el grado de complejidad de ese objeto y la cantidad de contenido informativo de aquello que se conoce.

4. Estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se obtuvo la percepción

Usted debe recordar o saber que los procesos cognoscitivos, en su fase sensorial, tienen su comienzo en una relación entre las características de los objetos con los órganos de los sentidos correspondientes.

Es muy importante verificar que esos órganos comprometidos en cada caso, se encuentren en condiciones adecuadas de funcionamiento, ya sea porque están en perfecto estado o porque las limitaciones tienen los correctivos necesarios. Usted puede pensar, entonces, cuáles son las situaciones o circunstancias más usuales en las que pueden verse afectados o comprometidos los órganos sensoriales que intervienen en el proceso cognoscitivo y que, por consiguiente, influirían en importante medida sobre el conocimiento que se declara. Haga el ejercicio.

5. Circunstancias de lugar tiempo y modo bajo las cuales se percibió

Para realizar procesos de conocimiento, el sujeto cognoscente debe entrar en relación con el objeto. Como los órganos de los sentidos no son aptos para conocer bajo cualquier circunstancia, debe demostrarse que esa relación era la adecuada en cada caso concreto.

Esto se determina por las condiciones de modo, tiempo y lugar bajo las cuales ocurrió ese proceso cognitivo.

6. Los procesos de rememoración

Además de la calidad de la memoria y del tiempo transcurrido, otro factor muy importante en la capacidad de recordación es la nemotecnia o técnica de recordación o de rememoración. Estas técnicas han alcanzado un alto grado de desarrollo que la práctica judicial debe aprovechar a favor de una más eficiente administración de justicia.

7. Comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio

Se ha especulado mucho sobre el valor que debe darse al comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio. Es verdad que hay

actitudes que generalmente hacen pensar que el testigo no sabe de lo que habla o no tiene certeza de lo que afirma. Existen manifestaciones verbales que ponen en evidencia estos estados de ánimo y, ante todo, permiten conocer los estados de la conciencia frente a determinadas informaciones que se buscan en el testimonio.

Si un testigo en todo momento se expresa de manera dubitativa, por ejemplo dice “me parece” “creo” “no estoy seguro” “no podría sostenerlo” “pienso” “me da la impresión”, es claro que no puede ser digno de crédito en materia de ciencia.

O si un testigo en toda respuesta da opiniones ostensiblemente favorables o desfavorables respecto de las partes en conflicto habrá que dudar de la imparcialidad de su dicho.

Pero en lo que tiene que ver con los gestos o expresiones no verbales, con las actitudes, el aplicador de justicia debe ser muy observador y muy cauteloso porque en muchas ocasiones no tienen nada que ver con los contenidos de saber del testigo. Existen personas muy tímidas o muy asustadizas o francamente muy nerviosas que pueden dar la impresión de no saber una respuesta. Así como también hay personas muy locuaces, muy rápidas para contestar, muy dominadoras del escenario donde son interrogados y ser grandes mentirosos.

Sólo la experiencia puede dar la prudencia necesaria para valorar este factor. La regla de oro es ser cauteloso en la valoración.

8. La forma de sus respuestas

También en muchas ocasiones, las formas de las respuestas son equívocas. Hay personas lacónicas y puntuales en las respuestas; hay otras que necesitan en todos los casos hacer rodeos, dar vueltas, hacer digresiones para finalmente llegar a donde se quiere que lleguen. Otras hacen estos rodeos para ganar tiempo mientras inventan una respuesta que de antemano no conocen.

No existen en verdad reglas técnicas o científicas que permitan asociar determinados modos de responder con la sinceridad o con la mentira. Solo la experiencia puede dar posibilidades de aproximarse a una valoración adecuada de este factor.

9. La personalidad

La personalidad del declarante, con todos sus componentes, es un factor por tener en cuenta en la valoración del testimonio.

Síntesis

Todos los contenidos involucrados en la práctica de la prueba testimonial obligan a los actores implicados a tener un sólido conocimiento y cuidado en el

manejo de la teoría de la prueba en general, y gran atención en el seguimiento de las normas que gobiernan particularmente el testimonio. Pero las normas no son textos rígidos y cerrados que contemplen todas las posibilidades de la práctica; mucho menos proporcionan las soluciones a todos los interrogantes que la misma realidad puede generarnos. Tampoco este es el objetivo de las normas.

Se hace preciso integrar nuestras habilidades y conocimientos para resolver estas inquietudes en relación con la prueba testimonial, para lo cual debemos armonizar las normas constitucionales, la dogmática penal, la criminología, y otras áreas del Derecho, así como también otros conocimientos, artes y destrezas para el desarrollo práctico del testimonio y la interpretación de esta prueba. En esta unidad, usted habrá encontrado esenciales aspectos orientados al fortalecimiento de esas habilidades, pero seguramente será con el ejercicio constante de dichos conocimientos y destrezas, a través de la práctica, como usted podrá evaluar constantemente la necesidad de seguir investigando, de cuestionar, interrogar y ahondar en el tema, con el fin de ser fiel a las exigencias constitucionales y legales en la materia.

III. LA SANA CRÍTICA COMO DESARROLLO DEL ESTUDIO DE LOS ARTÍCULOS 403 Y 404 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

INTRODUCCIÓN

Con esta breve unidad se ofrecen los elementos necesarios para abordar con precisión los aspectos más relevantes de la sana crítica, especialmente relacionados con la valoración del testimonio.

OBJETIVOS

Invitar al discente, con los contenidos y las reflexiones incluidos en esta unidad, a apreciar en forma íntegra, completa y detallada, la prueba testimonial. La sana crítica exige del intérprete, su concentración, evaluación crítica y un conocimiento integral de los medios de indagación y apreciación. Esta, difiere siempre. La apreciación no siempre es la misma para cada intérprete. De allí que con esta unidad se ofrecen algunas sugerencias prácticas para llevar a cabo una valoración íntegra y armónica, según los principios de la sana crítica y las exigencias previstas por las normas rectoras.

Teniendo en cuenta que en el proceso de verificación fáctica, de búsqueda de la verdad y de acopio de elementos de convicción, el operador jurídico se va a encontrar inexorablemente frente a la necesidad de ponderar el correcto ejercicio de la acción estatal y la legitimidad de sus intervenciones en ámbitos protegidos por la Constitución, no hay duda que también se va a enfrentar con el deber de preservación de los Derechos Fundamentales.

• *La sana crítica en el Código de Procedimiento Penal*

La valoración de las pruebas, en armonía con las reglas de la sana crítica, esto es, las reglas de la lógica, la ciencia y del sentido común o la experiencia⁸, permite que el Juez adquiera toda la dimensión de conocimiento para proferir su fallo según lo probado en el proceso. Esto, además de permitir el desarrollo de los contenidos de la Constitución Política Colombiana, asegura la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, ofrece la libertad necesaria para que las partes y el Juez procuren probar la verdad real y la justicia material. De esta manera, se superan las ataduras a marcos de valoración preestablecidos, de manera descontextualizada respecto a las características propias de cada caso y cada necesidad probatoria, que imposibilitan una ponderación crítica.

La sana crítica exige del intérprete una labor intelectual inicialmente individual, pero que debe comprender un proceso analítico de confrontación con el universo probatorio válidamente aportado al proceso, con el constante objetivo de establecer la verdad procesal, “pues el grado de certeza no puede ser abstracto sino referido a un objeto determinado”⁹.

Es en virtud de la sana crítica, como el Juez puede darle uno u otro grado de credibilidad al sujeto cognoscente y privilegiar el valor de uno u otro testimonio. Debe llegar a esas conclusiones confrontando íntegra y conjuntamente el acerbo probatorio, pues cada uno de los medios puede contener una verdad o dar origen a un criterio de verdad que debe estudiarse de la mano con los demás medios. La sana crítica exige la evaluación y calificación de los testimonios, según su lógica, no contrario a la ciencia ni a la experiencia, con el fin de descartar aquellos que escapan a estos cánones e inferir la conclusión que producirá una determinada relevancia jurídica, “tanto en lo sustantivo

8 PARRA QUIJANO, Jairo. “Manual de Derecho Probatorio”. Librería del Profesional. Décimo Cuarta Edición. Bogotá, 2004. Pág. 15.

9 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 31 de enero de 2002. Magistrado Ponente Dr. Álvaro Orlando Pérez Pinzón. Proceso No. 13538.

como en lo procesal, por haberse llegado a la certeza sobre el objeto que se pretende demostrar, o por el contrario, a la duda sobre el mismo.”¹⁰

La sana crítica es “el sometimiento de las pruebas a las leyes o reglas que regulan el razonamiento deductivo, los fenómenos materiales y las conductas frente a la sociedad, de acuerdo con lo admitido por ella misma para hacer viable su existencia y verificación de sus comunes objetivos, todo cumplido en forma “sana”, esto es, bajo la premisa de reglas generales admitidas como aplicables, y “crítica”, es decir, que con base en ellos, los hechos objeto de valoración, entendidos como “criterios de verdad”, sean confrontados para establecer si un hecho y acción determinada pudo suceder, o si ello fue posible de una u otra manera, explicable dentro de las reglas de la lógica, de la ciencia y la experiencia, no ante la personalísima forma de ver cada uno la realidad, sino frente a estos postulados generales que rigen el razonamiento, las transformaciones materiales y la vida social, formal y dialécticamente comprendidos”.¹¹

En consecuencia, podemos llegar a considerar una falsedad, por la imposibilidad del sujeto cognoscente de conocer el objeto de conocimiento o porque las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia indican que la certeza que predica el testimonio no es sólida.

Vemos así, que la valoración de las pruebas no es libre, la sana crítica no significa libertad irrestricta y absoluta para apreciar, interpretar y decidir sobre el valor de las pruebas. De ninguna manera. La valoración es reglada, tanto en lo que se refiere al objeto de apreciación como en relación con el método con el que se realiza la valoración, que como hemos indicado, es el de la sana crítica. Por esto es dable refutar un juicio de certeza por contener vicios en sus fundamentos o por el método aplicado para llegar a esta. Trátese de certezas o dudas, se exige la apreciación de la integridad probatoria y su valoración de acuerdo con las reglas ya referidas. No es admisible una decisión insondable e imposible de confrontar en orden a establecer su legalidad o de relacionar con el material aportado al proceso y debidamente soportado, pues la motivación y la razón de una sentencia debe fundamentarse en la prueba válidamente aducida al proceso, pero no arbitrariamente elegida o alterada para justificar una conclusión adoptada previamente, sin el examen que hemos estado predicando se exige del Juez. Estaríamos frente a un procedimiento viciado, convertido en un cumplimiento de la forma distante de la realidad.

Reitero, la sana crítica es la libre valoración de la prueba, pero no es arbitraria. Es reglada. Por eso, deben señalarse los fundamentos de la apreciación y explicar, además, razonable y razonadamente, cómo se llega a ellos.

10 *Ibídem.*

11 *Ibídem.*

Así, de conformidad con lo previsto en los Arts. 403 y 404 del C. P. P. se entiende que para la valoración del testimonio se aplican los principios de la sana crítica. Por tanto, usted debe tener en cuenta los siguientes factores:

1. La valoración debe hacerse de conjunto, es decir, debe valorarse la totalidad de las pruebas obrantes en el proceso, por consiguiente, no se pueden hacer valoraciones parceladas, parciales o segmentadas. No se pueden excluir pruebas al momento de su valoración, pues debemos recordar que esto atentaría contra el principio de la investigación integral y, por tanto, de la correspondiente valoración integral.

La valoración integral demanda evaluar todos los elementos de la teoría del caso propuesta por las partes y expuesta en el proceso. Al faltar la valoración probatoria sobre la antijuridicidad y culpabilidad, se presenta una vulneración a las reglas de la sana crítica, por decidirse sin evaluar aspectos indispensables para justificar el fallo. Si no se valoran las pruebas que señalan la antijuridicidad de una conducta, por poner un ejemplo, no se podría explicar cómo se emite el juicio de responsabilidad. La valoración probatoria no puede referirse exclusivamente a un aspecto de la responsabilidad penal, como la tipicidad, omitiendo apreciar la antijuridicidad y la culpabilidad, pues establecer la responsabilidad es un juicio de valor complejo que implica conjuntamente estos aspectos.

2. La valoración debe hacerse aplicando los conocimientos que en cada momento histórico aporten las ciencias. Así por ejemplo, si la ciencia tiene demostrado que no es posible ver sin el órgano de la vista, resulta contrario a esta evidencia científica darle credibilidad a una persona invidente que dice conocer algo por haberlo visto. En el mismo sentido, si la miopía, de acuerdo con lo que la ciencia tiene demostrado, impide ver de lejos objetos de determinado tamaño, resulta contrario a la ciencia aceptar que un testigo pudo haber visto algo que está en ese rango en que la ciencia dice que no le es posible ver a una persona miope.

3. La valoración debe hacerse aplicando los conocimientos que las técnicas tienen como aportes consolidados en el campo del saber. Entonces, si por ejemplo afirmamos que existen técnicas de lectura rápida que permiten leer correctamente, es decir, comprendiendo el sentido, no se le puede negar crédito a una persona que dice que se informó porque leyó completo un expediente de 300 folios en los treinta minutos en que lo tuvo a su alcance.

4. La valoración debe hacerse teniendo en cuenta las leyes de la lógica. Por ende, no se puede sostener, por ejemplo que la persona Z autorizó válidamente a la persona Y para que usara el vehículo de propiedad de Z dentro de unas condiciones y, al mismo tiempo, afirmar que Y actuó de manera abusiva cuando usó el vehículo de Z dentro de las condiciones para las cuales estaba autorizado.

Tampoco se podría usted afirmar, por ejemplo, que el acontecimiento A ocurrió de 4 a 6 de la mañana de un determinado día, y que es simultáneo con otro acontecimiento B que ocurrió de 9 a 11 de la mañana.

Todas las reglas de la lógica deben ser atendidas de manera estricta.

5. La sana crítica impone tener en cuenta las reglas de la experiencia. Se debe razonar de la manera como ordinariamente razona el ser humano; se debe pensar que las cosas ocurren como ordinariamente ocurren. Por ello, por ejemplo, si sabemos que una persona siempre acostumbra a manejar su vehículo a altas velocidades, si es conocido por todos los que lo han visto conducir que siempre va a exceso de velocidad, si tiene muchas sanciones de la policía de tránsito por exceso de velocidad, si ha sufrido varios accidentes viarios por exceso de velocidad, y un día atropella a un transeúnte, debemos pensar que también ese día conducía a velocidad excesiva. Sin embargo, también es posible que ese día se hubiera arrepentido y se hubiera enmendado. Es posible que ese día fuera el primero en que conducía despacio o a velocidades reglamentarias.

Pero esto no sería un modo de pensar común; así no ocurren ordinariamente las cosas. La regla de la experiencia muestra que las cosas ocurrirán en el futuro como ordinariamente han ocurrido en el pasado.

Las personas ordinariamente no dicen mentiras cuando de lo que digan no derivan provecho ni perjuicio. Las personas ordinariamente dicen mentiras si con ellas evitan perjuicios o reciben beneficios.

Sería absurdo razonar así: esta persona es neutra a las partes, le es indiferente lo que ocurra a las partes, por tanto, no es digna de crédito porque probablemente está diciendo una mentira.

A estas reglas de la experiencia debe integrarse lo que se denomina sentido común, que no es otra cosa que la capacidad de percibir y de interpretar las cosas y los fenómenos del modo en que cualquiera otra persona los percibiría y los interpretaría. Es tener en cuenta el modo ordinario de ser de las cosas.

- Atendiendo sus conocimientos sobre la sana crítica, investigue un caso en el que pueda examinar un testimonio específico. Evalúelo según las reglas que hemos enunciado y aquellas que hacen parte de su saber y/o que haya estudiado en profundidad.
- Exponga en grupo su análisis y discútalos.
- Entregue copia del documento que contiene el testimonio que usted ha valorado y escuche las observaciones de los demás participantes.



Como enunciamos en los primeros párrafos de esta unidad, de algunos principios y subprincipios constitucionales podremos aplicar algunas reglas en la interpretación del testimonio, así:

Del *principio de proporcionalidad* o prohibición de exceso, de claro raigambre constitucional, se deriva el método de la ponderación como herramienta de interpretación judicial. Este principio adquiere enorme relevancia en la determinación de los límites que a la acción estatal imponen los Derechos Fundamentales, particularmente en el caso de las intervenciones corporales, de las medidas que afectan el derecho a la intimidad o la esfera personal del individuo.

Conforme a la doctrina internacional, acogida por la jurisprudencia constitucional colombiana, existen tres subprincipios, vinculados al de proporcionalidad, que facilitan su concreta aplicación. Son ellos:

(i) *El subprincipio o criterio de adecuación*: conforme al cual las intervenciones deben estar revestidas de *idoneidad* o utilidad para la satisfacción de un fin legítimo, como sería la obtención de prueba relevante acerca de los elementos del delito y de la responsabilidad. Las intervenciones inútiles, son inadecuadas y, en consecuencia, inconstitucionales por ser violatorias del principio de proporcionalidad.

(ii) *El subprincipio o criterio de necesidad*: que permite establecer la legitimidad de una medida que comporta probable injerencia en los Derechos Fundamentales de una persona, a partir de la circunstancia de que el investigador no tenga a su alcance ninguna otra alternativa o medio de similar eficacia en orden al objetivo investigativo perseguido. El operador judicial debe identificar los diferentes medios de indagación a su alcance y efectuar un ejercicio de ponderación en términos de afectación menos gravosa a los Derechos Fundamentales expuestos.

(iii) *El subprincipio o criterio de proporcionalidad en sentido estricto*: orientado a la determinación de la admisibilidad de una medida; conduce a que, con apoyo en los anteriores criterios, se pondere la admisibilidad de la limitación de un derecho fundamental frente al imperativo constitucional de administrar justicia radicado en las autoridades que intervienen en la persecución penal.

El principio constitucional de proporcionalidad se complementa con el de *razonabilidad*, en virtud del cual el destinatario de una medida restrictiva de un derecho fundamental no debe soportar un sacrificio *no razonable* valorado este frente a un interés estatal o social en el funcionamiento de la administración de justicia y la protección de determinados bienes jurídicos.

La aplicación de los juicios de proporcionalidad y de razonabilidad, como herramientas de origen constitucional, tanto en los procesos de recolección, admisión o exclusión y valoración de la prueba, exigen del investigador y del Juez unos requerimientos de análisis de cada caso en concreto, excluyendo los juicios mecánicos o aquellos anclados solamente en la disposición legal.

Por otro lado, el Juez se enfrenta a una justificación que debe ofrecer en relación con la credibilidad que le ha dado al testigo o a los testigos que han aportado su

conocimiento para el esclarecimiento de los hechos cuestionados en el caso. Además de servirle para justificar su decisión, organizar los aspectos que deben ser evaluados en el testigo y en el testimonio, evaluar sus capacidades, condiciones internas y externas al momento de conocer el objeto de cuestionamiento y al momento de declarar, son aspectos que permiten determinar el grado de credibilidad que se le puede y se le debe conceder al testigo y/o su testimonio.

En el proceso de observación, apreciación, interpretación y comunicación de una acción, un acontecimiento o un simple hecho, el sujeto cognoscente es intervenido por una serie de factores que afectan el proceso de conocimiento. Entre estos: sus propios conocimientos y características, que particularizan el conocimiento que ha adquirido de lo que observa, oye, aprecia, palpa y aprehende del mundo exterior.

Esta advertencia es pertinente para evaluar el proceso de conocimiento, pero también para evaluar el proceso de comunicación del mismo. Es decir, cuando el testigo (sujeto cognoscente) transmite todo aquello que conoce, lo hace involucrando su personalidad, su percepción, su valoración, sus propias particularidades personales, profesionales, sociales, etc.

En consecuencia con todo lo anterior, el Juez o receptor de la información emitida por el sujeto cognoscente debe realizar un cuidadoso ejercicio de valoración de aquellos factores que están involucrándose en los procesos de conocimiento y de transmisión de la información, para buscar la mayor descontaminación posible y poder así valorar con mayor independencia los hechos que pretenden ser probados.

Incluso, para evaluar el testimonio, se hace necesario entender la dimensión del significado, teniendo en cuenta la "semántica intencionalista", lo que el testigo quiere decir o dar a entender con lo que expresa; la "semántica formal", considerando las condiciones bajo las cuales una oración es verdadera; y la "teoría del significado", a través de la cual se valoran las expresiones lingüísticas desde su función práctica, desde la perspectiva de su uso como significado de una emisión.¹²

Aunque ahí no se agota el significado lingüístico, usted puede integrar en su proceso de valoración del testimonio la triple relación entre el significado de una expresión lingüística y "a) lo que con ella se quiere decir (Gemeintes), b) lo que en ella se dice (Gesagtes), y c) el tipo de su *empleo* en la acción de habla"¹³.

Además, los intervinientes en el proceso, pero en especial el Juez, deben evaluar varios otros factores para otorgarle credibilidad a aquello que está expresando, para solidificar y justificar su convencimiento y su decisión. Como ya lo habíamos

12 HABERMAS, Jürgen. "Pensamiento Postmetafísico". Editorial Taurus Humanidades, Alfaguara S.A. Madrid, 1990, pp. 80 y s.s.

13 *Ibidem*, p. 109.

dicho, el Juez debe argumentar y sustentar su decisión, las razones por las que le ha dado credibilidad a un testimonio y no a otro. Usted puede evaluar qué tanta credibilidad le da al testimonio y al testigo, teniendo en cuenta, solo por enunciar:

GRADO DE CREDIBILIDAD Muy alto/alto/medio alto/Me- dio/Medio bajo/bajo/Muy bajo	CAPACIDAD PARA	ASPECTOS RELACIONADOS- EVALUABLES
Medio A MB	CONOCER	<ul style="list-style-type: none"> ◦ Nivel Cultural. ◦ Experiencia. ◦ Grado de escolaridad. ◦ Nivel de socialización. ◦ Riqueza cultural del entorno en que se mueve. ◦ Tipo de profesión o actividad que ejerce.
MA MA M	RECORDAR	<ul style="list-style-type: none"> ◦ Calidad de la memoria. ◦ Tiempo transcurrido entre el momento de conocimiento y el momento de declarar. ◦ El impacto (huella psicológica o afectiva) que le produce el hecho que conoció. ◦ Asociación nemotécnica casual (lo liga con algún hecho o acontecimiento que recuerda de manera importante, por resultarle personalmente trascendental). ◦ Asociación nemotécnica dirigida (actividad externa encaminada a facilitar el recuerdo).

Así las cosas, el grado de credibilidad puede determinarse teniendo en cuenta los factores incluidos en el cuadro anterior: la capacidad para conocer, para expresarse, para recordar, para decir la verdad. Sin embargo, no se pueden restringir o esquematizar estereotipos delimitados, para otorgarle credibilidad a un testigo.

Existen estereotipos mediante los cuales se crean categorías sociales de credibilidad o no credibilidad en mayor o menor grado, que pueden orientar el sentido general, pero que pueden ser fuente de mucha desorientación. Es necesario estar atentos a las peculiaridades concretas de cada caso. Puede ocurrir que ciertas personas bajo unos estándares abstractos sean muy creíbles, pero que en ciertos eventos puedan resultar ser grandes mentirosos. Y personas, que en los estándares tendrían una calificación muy baja en su credibilidad, podrían resultar testigos de extraordinario valor frente a unos puntos concretos y a eventos particulares con específicas relaciones.

		<ul style="list-style-type: none"> • Aptitudes profesionales adquiridas. • Refrescamientos. Recuerda más quien ha estado refrescando los sucesos de una u otra manera, ya sea porque los narra constantemente o porque tiene cómo mantenerlos en la memoria frecuentemente. • Contenido de lo recordado, si es simple o si es complejo, si es pequeño o si es grande. • Contenidos memorizados que tiene el testigo.
	EXPRESARSE	<ul style="list-style-type: none"> • Nivel sociabilidad. • Capacidad de conocimiento y recordación. • Patologías o pobreza cultural. • Actitudes, inseguridad. • Incapacidad para relatar. • Pocos hábitos de lectura o interacción (lacónicos).
	DECIR LA VERDAD	<ul style="list-style-type: none"> • Independencia. • Libertad. • Carencia de interés. Si tiene intereses en juego, tendrá interés en mentir. Si no tiene interés en el proceso, generalmente dice la verdad. Sin embargo, muchas veces a pesar de carecer de interés, puede estar determinado por amenazas, costreñimiento, extorsiones, miedos a represalias. Esto debe evaluarse. • Mitomanía.

Así las cosas, el grado de credibilidad puede determinarse teniendo en cuenta los factores incluidos en el cuadro anterior: la capacidad para conocer, para expresarse, para recordar, para decir la verdad. Sin embargo, no se pueden restringir o esquematizar estereotipos delimitados, para otorgarle credibilidad a un testigo.

Existen estereotipos mediante los cuales se crean categorías sociales de credibilidad o no credibilidad en mayor o menor grado, que pueden orientar el sentido general, pero que pueden ser fuente de mucha desorientación. Es necesario estar atentos a las peculiaridades concretas de cada caso. Puede ocurrir que ciertas personas bajo unos estándares abstractos sean muy creíbles, pero que en ciertos eventos puedan resultar ser grandes mentirosos. Y personas, que en los estándares tendrían una calificación muy baja en su credibilidad, podrían resultar testigos de extraordinario valor frente a unos puntos concretos y a eventos particulares con específicas relaciones.

Aunque el cuadro que ilustramos puede presentarse en la mayoría de los casos, no siempre ocurre así. Puede suceder que un representante de la Iglesia, que

siempre ha generado credibilidad, en un caso de delito sexual, pueda mentir con igual credibilidad.

Conforme a lo anterior, podemos observar que el testimonio es acción comunicativa dentro del proceso, de acuerdo con los estudios de Habermas.

Síntesis

De acuerdo con los principios de la sana crítica, al momento de apreciar la prueba testimonial, resulta necesario y pertinente tener en cuenta las leyes de la lógica y las reglas de la experiencia. Para acercarnos a la verdad, otorgarle fuerza a la prueba o encontrarle grietas en su solidez, es imprescindible llevar a cabo una valoración conjunta de las pruebas, acudiendo y aplicando conocimientos y técnicas complementarios, a los recursos que ofrece la tecnología y las diferentes alternativas de indagación que fortalezcan el criterio del Juez, siempre que se guarde el debido respeto a los postulados legales y constitucionales sobre el asunto.

Ca

- ¿Qué tanto conoce usted sobre las leyes de la lógica? Investigue sobre el tema y exponga el resultado del ejercicio en grupo.

IV. TÉCNICAS DEL MANEJO DEL TESTIMONIO EN AUDIENCIA

INTRODUCCIÓN

Son muchas las reglas que se deben tener en cuenta para el manejo del testimonio en audiencia. Como usted ya ha podido advertir a través del contenido de la Unidad Dos, hemos tratado juiciosamente los temas fundamentales relacionados con el interrogatorio y el contrainterrogatorio, prácticas fundamentales dentro de la audiencia, en lo que se refiere a la prueba testimonial. A continuación ofreceremos los aspectos fundamentales que tienen que ver con el manejo de la prueba propiamente dicha, sin hacer referencia a las reglas que tienen relación con el arte de la comunicación en audiencia.

OBJETIVO

Orientar su intervención al interrogar y contrainterrogar, teniendo en cuenta unos lineamientos básicos de lógica, de ordenación, de planeación y de congruencia entre la teoría del caso que usted propone y la forma en que pretende probarla con el testimonio. Es decir, queremos que usted advierta algunas reglas que le permitirán probar su teoría a través de un buen manejo y desarrollo de la práctica de la prueba testimonial que usted aporte al proceso.

• REGLAS GENERALES

A continuación enunciaremos los lineamientos generales que se deben advertir en la práctica de la prueba testimonial.

1. Primero que todo, es necesario que usted domine plenamente el tema de prueba. Es decir, que cuando usted acuda a la prueba testimonial sepa dos cosas: qué es lo que necesita probar en ese proceso, y de qué manera ese testigo aporta para atender esa necesidad. Puede que le ayude a probar todo o una parte del tema de prueba.

No le haga preguntas que no le aporten al tema de prueba; no es recomendable, tampoco, que su interrogatorio sea extenso: se considera que un buen interrogatorio no debe pasar de diez preguntas. Si sobrepasa este límite debe estar muy justificado por lo extenso o complejo del asunto, pero aquí es cuando más debe poner énfasis en las preguntas cortas y puntuales.

2. Es necesario que sepa que el testigo que usted aporta sí conoce lo que dice conocer. Para este efecto, usted debe interrogar antes al testigo para así adquirir esa certeza. Los testigos mentirosos también le mienten a la persona involucrada en el caso y, por supuesto, a su abogado.

Nunca lleve testigos sobre los cuales usted no tenga la certeza de su real saber; si tiene duda, descártelos. El testigo mentiroso se pondrá en evidencia en un interrogatorio bien orientado. Piense que su contraparte sabrá dirigir el contrainterrogatorio; nunca subestime a su contraparte.

3. Si su testigo tiene fragilidades que le pueden restar o suprimir credibilidad, sopesese qué es más conveniente: si poner en evidencia esa fragilidad usted mismo y evitar que ese factor sea explotado por su contraparte, con lo que tendría una ganancia al evitar sorpresas, o generar mayor credibilidad, o incluso quitarle la desventaja, al haber explicado por qué razón, no obstante debe ser creído, pierde porque su testigo no tendrá credibilidad o la tendrá disminuida. O también puede pensar como más conveniente guardar silencio y asumir el riesgo: ganaría porque, de entrada, su testigo tiene credibilidad; perdería si esa fragilidad la pone en evidencia su contraparte porque ni su testigo ni usted tendrán credibilidad.

4. Prepare su testigo: es usual que los testigos sean preparados por parte de quien les cita a declarar. Esto no significa que lo induzca a decir mentiras, lo cual, además de ser contrario a la ética y a la moral, es también una falta disciplinaria muy grave y un delito drásticamente sancionado.

Por preparar se entiende pedirle que diga solo la verdad de lo que le conste; familiarizarlo con los temas del interrogatorio; advertirle sobre las graves consecuencias de faltar a la verdad, señalarle cómo será interrogado y contrainterrogado, describirle de la manera más gráfica y más completa el escenario en el cual se irá a

desenvolver. Prepararlo, se traduce como familiarizarlo con los procedimientos, los actores y el ambiente que lo va a rodear al momento de su declaración. Recomiéndele serenidad y entereza de ánimo; proporciónale información respecto de las normas que regulan su testimonio para que se ajuste a ellas. Se le debe advertir de los riesgos de ser confundido y de la necesidad de estar siempre atento y concentrado, tanto frente a las preguntas como a las respuestas.

En todo caso, si una parte excede las diligencias legítimas de la preparación del testigo, para efectos de cambiar o distorsionar u ocultar lo que tiene que decir el testigo, es asunto de profunda preocupación por parte del Juez y la justicia, lo cual, a través de un profundo análisis y argumentación de los indicios que permiten afirmar tal suceso, la defensa puede advertir.

REFLEXIÓN



- El control de estos hechos puede darse en el juicio así:
- *Contrainterrogatorio.* El buen litigante siempre intentará indagar sobre las conversaciones que haya tenido el testigo con la parte o su abogado, previo el juicio, y el Juez debe permitir un marco razonable para estos efectos, ya que la credibilidad del testigo siempre es tema del contrainterrogatorio. Si el Juez aún tiene inquietudes al respecto, para aclarar el asunto, debe continuar la indagación en la que se pregunte, por ejemplo:
 - Don Juan: ¿Usted ha hablado con el Fiscal en preparación para este juicio?
 - Y él le ha dicho qué debe declarar, ¿cierto?
 - Ha hablado con el agente de la CTI también, ¿no?
 - ¿Cuándo?
 - ¿Qué le dijo?
- *Denuncia.* Otra forma de control es la denuncia por cualquier medio. En este caso, el Juez invoca sus responsabilidades de control para poner fin a la conducta, mediante la imposición de sanciones, ya que esto sería una clara violación de las responsabilidades de las partes en la averiguación de la verdad objetiva para poder resolver con base en ella. Es un intento de engaño dirigido al mismo juzgador. En cuanto al procedimiento, son temas que se deben ventilar en la audiencia preparatoria y que se deben elevar según la situación en los primeros momentos de cualquier caso, mediante advertencia por parte del Juez. Por ejemplo:
 - *Juez:* Antes de levantar esta audiencia, quiero estar claro con todos que este Juez no tolerará ninguna intervención con los testigos, dirigida a intimidar o distorsionar sus testimonios, ¿estamos de acuerdo?
 - El Juez solo intervendrá cuando haya noticias de conducta proscrita, ya que es él quien tiene la responsabilidad sobre el control de la gestión de las partes, dentro y fuera del juicio.

5. Conozca y domine todas las normas legales que regulan la práctica de la prueba testimonial. Ajuste de manera estricta su interrogatorio a esas normas. Esté muy atento a la actuación de su contraparte y reaccione rápidamente ante preguntas irreglamentarias para objetarlas y para argumentar la objeción.

6. Entre al interrogatorio con una preparación suficiente, con conocimiento y con una decisión respecto de las preguntas que vaya a formular. No improvise.

7. Conozca y domine toda la información atinente al caso. Evite ser sorprendido con información que usted no conozca.

8. No haga preguntas cuya respuesta usted no haya anticipado, ni haya encontrado conveniente hacer.

9. No lea las preguntas; formule el interrogatorio en una relación directa, visual con el testigo.

10. Si el testigo es de su contraparte, no se sienta obligado a contrainterrogar en todos los casos; hágalo sólo si es necesario, si usted puede anticipar la respuesta y si esta le sirve. Para este efecto, es muy importante investigar previamente al testigo y auscultar sus eventuales debilidades para aprovecharlas en la audiencia.

• TÉCNICAS DE INTERROGATORIO

Además de tener en cuenta las reglas del interrogatorio que hemos esbozado en el numeral veintiuno de la unidad dos del Módulo, es importante mantener presente el fundamento y la finalidad del interrogatorio, concentrándonos en los elementos de la teoría del caso que se busca probar y la vital exigencia de presentar el testimonio en forma lógica, efectiva y persuasiva¹⁴. Para ello, es importante la planeación del interrogatorio y la forma técnica de su práctica.

Usted sabe bien que el centro del interrogatorio es el testigo, a quien le concede credibilidad, según quien sea, según lo que diga y según cómo lo diga. Es por lo anterior, por su credibilidad, su vida, su relación con los hechos, su comportamiento, su verosimilitud, su personalidad, el contenido de su narración, entre otros tantos factores, que usted, al planear un interrogatorio, debe evaluar, conocer y determinar las fortalezas y debilidades del testigo y su testimonio, y los puntos sobre los cuales quiere obtener un aporte del testigo para la teoría del caso que se propone.

La planeación del interrogatorio implica un estudio del orden a presentar los testigos, de la orientación de los mismos en su presentación ante el Juez; re-

14 Comisión Interinstitucional para la implementación del Sistema Acusatorio. "Técnicas del Juicio Oral en el Sistema Penal Colombiano. Manual para Operadores Jurídicos". Primera Edición, diciembre de 2004, p. 161.

quiere una orientación para el desarrollo de la narrativa en forma lógica, clara, sencilla y persuasiva que se ajuste a la experiencia vivida, conocida y percibida por el testigo y sobre la cual se va a declarar. Es necesario establecer sobre qué hechos debe declarar el testigo: aquellos que le constan directamente y que resultan relevantes, determinantes o importantes para probar la teoría sostenida por el sujeto procesal. Se establecen temas objeto de interrogación y aclaración ante el Juez para sacar conclusiones conducentes a probar la teoría del caso propuesta, los objetivos, las metas o los propósitos que se esperan obtener con la exposición de esos temas ante el Juez, y cuáles son los medios a través de los cuales llegaremos a ese conocimiento. Así:

TEMA/ASUNTO	PROPÓSITO-OBJETIVO	TESTIGO-MEDIO DE CONOCIMIENTO
Cotidianidad- Vida de Luis	Darle a conocer al Juez las actividades diarias realizadas por Luis, su profesión, sus amigos, su familia, sus relaciones en armonía con la ley, con una ética y moral respetables, su participación en actividades de su comunidad, su responsabilidad y sus buenas costumbres.	Familiares, vecinos, compañeros de trabajo, amigos.
Licitud de sus negocios	Demostrar que vive de la docencia, que parte de su patrimonio proviene de una herencia dejada por sus padres.	Familiares, jefes.
Imposibilidad de cometer el hurto al vecino.	A pesar de tener bajo su cuidado, como hace años sucedía, la casa del vecino y tener copia de las llaves, a la hora en que ocurrieron los hechos, Luis estaba en su lugar de trabajo.	Compañeros de trabajo, jefes.

Al igual que en el anterior ejemplo, usted podrá determinar la organización de los temas para ser presentados y abordados ante el Juez, con el fin de determinar o no la responsabilidad del imputado en el caso. Un tema puede ser tratado por uno o varios testigos, por lo que la forma de su presentación también debe ser objeto de análisis para organizar lógicamente el desarrollo del material probatorio hacia las metas de cada parte.

Superado el estudio de los temas, y la relación del testigo con los hechos que conoce con implicación en uno o varios temas, se hace imprescindible evaluar las fortalezas y debilidades del testigo, ya sea respecto de su personalidad, su credibilidad, el contenido de su declaración, u otro asunto que pueda advertir. Parte de la preparación del interrogatorio, exige determinar lo anterior para evitar la revelación de las debilidades o para plantear estrategias de minimización o bien para imprimirle mayor impacto a las fortalezas que pueda encontrar en el

testigo. Piense en estudiar lo anterior con un esquema que le ayude a clarificar cada aspecto. Por ejemplo así:

TESTIGO	FORTALEZA	DEBILIDAD	ESTRATEGIA-ADVERTENCIA
Camila Clavijo	Escuchó al imputado amenazando a la víctima, tras un vidrio que permitía ver las sombras, luego de lo cual salió del lugar y escuchó el impacto.	Conoció al imputado el mismo día de los hechos, horas antes. No observó directamente el momento del impacto.	Establecer su credibilidad, su capacidad auditiva y de reconocimiento de la voz e imágenes.
Sergio González	Vio un hombre, con la talla y peso aproximado del imputado, salir corriendo del lugar de los hechos, minutos después de escucharse el disparo mortal.	No detalló los rasgos del hombre que salía corriendo. No observó en su poder arma alguna.	

Conforme a lo anterior, usted puede tener presente un esquema similar, para orientar la presentación de su testigo, o evaluar como Juez el interrogatorio y la declaración del testigo, por ejemplo, de la siguiente forma:

TEMA	PREGUNTA	OBJETIVO	RESPUESTA
Personalidad	Nombre, edad, profesión, actividad a la que se dedica, actividades en su tiempo libre, relaciones sociales y familiares.	Demostrar que es un profesional honesto, responsable, ético, de buenas y sanas costumbres.	Es financiero en una empresa multinacional, con un hogar estable. Ayuda al cuidado de sus hijos en el tiempo libre.
Relación con el imputado	Desde cuándo lo conoce, cómo se conocieron, qué sabe de él, cómo es su relación, cuándo fue la última vez que lo vio.	Acreditar que el imputado no es un estafador, que se conocen con el suficiente tiempo para saber sobre su honestidad y actividades lícitas.	Lo conoce hace 10 años; el imputado es compañero de la universidad y compraron juntos una casa de campo para sus familias.
Relación con los hechos	¿Conocía a la persona con la que el imputado negoció una finca? ¿Supo del negocio? ¿Qué sabe del negocio?	Demostrar que no conocía al supuesto estafado, que sabía del negocio y que acompañó al imputado a consignar un dinero a la cuenta del supuesto estafado.	Supo de la compra de una finca y acompañó al imputado al banco a consignar el dinero a una cuenta a nombre del denunciante.

Con un esquema así organizado, usted puede ir evaluando, paso a paso, el interrogatorio e ir anotando aquello que generó credibilidad, lo que fue sólidamente presentado para probar los hechos que se quieren en relación con la teoría propuesta.

Independientemente de cómo se decida presentar los testigos y las pruebas, es importante mantener una regla de ordenación, lógica, clara y organizada estratégicamente con los objetivos que se propone en la prueba de la teoría del caso propuesta ante el Juez. Esto es, entre otras cosas, muestra de confianza en la teoría a la que se apela y en sus medios de prueba.

A pesar del criterio que se pueda tener para presentar los testigos, tenga en cuenta los siguientes: A. Según su relación con el orden en que se ilustra cómo sucedieron los hechos, según la teoría del caso propuesta. B. Según la primacía, el impacto y la novedad, teniéndose en cuenta que, por regla general, lo primero y lo último que se escucha es lo que causa mayor impacto. C. Según la credibilidad del testimonio, por lo cual se presenta primero el más creíble, sólido y coherente en cuanto causa mayor impacto e impresión incuestionable de veracidad que tiene la historia o los hechos narrados. D. Según la credibilidad del testigo. Así, se presenta al testigo más creíble según su reconocimiento social u honorabilidad, su personalidad incuestionable e intachable y, por último se presentará o excluirá al testigo, que aunque sea idóneo, sea cuestionable por sus antecedentes personales, por ejemplo, o porque su inseguridad genera poca o ninguna credibilidad.

Una de las necesidades y exigencias que hemos tratado de resaltar sobre el interrogatorio es la preparación de su testigo. Esta preparación no hace mención a orientarlo para que falte a la verdad o engañe al Juez para probar lo que se busca. No. Se trata de anticiparle al testigo el escenario en el cual se va a enfrentar, de brindarle seguridad, confianza, tranquilidad; se trata de orientarlo para que resalte la veracidad de su narración; se trata de ayudarlo a encontrar la serenidad para escuchar lo que se le va a preguntar y pueda responder reflexiva y coherentemente; se trata de darle a conocer aquello sobre lo que será evaluado, sobre lo que se le interrogará, sobre sus derechos y obligaciones, sobre el ambiente que va a encontrar, sobre la audiencia en su forma y objetivos, sobre el deber de acatar las instrucciones del Juez y dirigirse a él, sobre la posible actitud de la contraparte, y sobre todo aquello que le permita y ayude a adquirir la tranquilidad suficiente para ser fiel y veraz con su declaración.

Todo lo anterior, poniéndole de presente aquello que se busca con su testimonio, insistiéndole y apremiándolo permanentemente sobre el deber de declarar, en forma espontánea, respecto a la verdad sobre lo que conoce.

El paso que sigue será la narración previa de los hechos, que le permitirá organizar mentalmente todo aquello cuanto conoce sobre los acontecimientos objeto de prueba. Esto comprende la descripción de lo que conoce, los lugares, los momentos, las personas, las acciones y demás asuntos implicados. Así, se ayuda a darle cuerpo a la declaración y detectar las fortalezas y debilidades que requieren atención y planeación de estrategias, según los resultados de la evaluación del ejercicio.

• *Desarrollo del Interrogatorio*

Conforme a lo expuesto anteriormente, usted puede ya establecer cuál puede ser la presentación correcta de un testigo ante el Juez y cómo se desarrollaría el interrogatorio. Encontramos, en consecuencia, los siguientes pasos:

1. Acreditación del Testigo. Se hace la introducción formal del testigo ante el Juez, proporcionándole información básica para poderlo individualizar con los detalles pertinentes sobre su familia y su empleo, sus experiencia, relaciones y demás aspectos personales. Siempre deben presentarse sus aspectos más significativos, generando la mayor credibilidad posible.

2. Relación con los hechos. Aquí se indica la razón de la citación a declarar, su relación con los implicados, con los lugares, las situaciones o hechos pertinentes para el caso.

3. Presentación de los hechos. El testigo ilustrará su versión sobre los hechos o sobre todo cuanto conozca relacionado con los aspectos relevantes del caso, que son objeto de prueba. Debe ser confiable, responder directamente, ser claro, honesto y verídico. Si no sabe o tiene dudas, debe expresar tal situación.

4. Preguntas para aclarar o completar detalles. Preguntas de Transición. Esto, con el fin de otorgarle mayor credibilidad al testigo y ampliar aquello que se requiera para probar los hechos propuestos o para descubrir aquello que pudo haber olvidado el testigo y que resulta pertinente. Con estos interrogantes, también se quiere precisar aspectos importantes de la declaración, determinar claramente secuencias en el tiempo o en el espacio.

Preguntas de Cierre. Con estos interrogantes se pueden retomar aspectos impactantes de la declaración, se insiste en puntos que generaron credibilidad y son pertinentes para probar la teoría del caso alegada. Deben referirse al tema principal sobre el cual el testigo aporta su declaración. Deben ser concluyentes, brindar fuerte credibilidad.

At

- Establezca, de los apartados sobre Reglas y Técnicas de Interrogatorio, cada uno de los pasos descritos y esquematícelos organizadamente en no más de dos páginas. Evalúe y complemente su escrito. Haga las observaciones que considere, en grupo, y justifique sus críticas y aportes en relación con la planeación y práctica del interrogatorio.

SÍNTESIS

La convicción del Juez es el resultado de todo un proceso de organización de elementos aportados al proceso, con el fin de probar los hechos objeto de cuestionamiento por cada una de las partes. Dichos elementos deben presentarse por quien los aporta, como la sólida constancia de que aquello que se afirma ha ocurrido en la realidad, lo que se traduce en una pretensión de verdad.

La planeación y la técnica del interrogatorio y contrainterrogatorio, le ofrece al discente, un mecanismo idóneo para organizar la presentación de la prueba testimonial, de tal manera que sea consistente, sólida, veraz, e ilustre fielmente aquello que el testigo conoce de lo que se pretende probar.

V. ANEXO PRUEBA TESTIMONIAL

(Actividades pedagógicas autoformativas)

Ca

1. Explique las razones por las cuales se afirma que el fin del proceso penal es averiguar la verdad respecto de la ocurrencia o no de un delito y de los responsables del mismo, pero que esta verdad no se puede averiguar “a cualquier precio”.
2. ¿Cuáles son las principales características de un proceso penal armónico con un Estado Democrático y Social de Derecho? Plantee los aspectos básicos del Estado Social de Derecho; consulte jurisprudencia sobre el tema.
3. Mencione algunas consecuencias que se derivan de asumir que el derecho procesal penal y la actividad probatoria tienen como su razón de ser y como su límite inquebrantable la dignidad del ser humano.
4. Explique desde la Constitución Política la inviolabilidad del secreto profesional. ¿Qué relación le encuentra con la dignidad humana? Exponga las condiciones que se exigen para predicar este derecho.

5. Explique las razones por las cuales los testigos de oídas están excluidos como testigos en el Código Procesal Penal, Ley 906 de 2004.
6. Explique en esencia quién es un testigo y cuál es su función en los procesos penales. Recuerde las clases de testigos que conoce pueden ser llamados a declarar.
7. Durante mucho tiempo se afirmó que el testigo único era un testigo nulo o no válido para probar en los procesos penales. ¿Qué razones encuentra usted para que esa idea se considere ya definitivamente superada?
8. Diga si el testigo técnico subsiste en la Ley 906 del 2004. Explique su respuesta. Comente las críticas o las observaciones que le merece el tema.
9. Explique las razones por las cuales es tan importante notificar debidamente al testigo que se cita para declarar, y dejar constancias fehacientes de esa notificación.
10. ¿Cuáles son las obligaciones de un testigo? Enúncielas. Igualmente, precise los derechos en cabeza del testigo y la razón por la cual la ley le concede tales prerrogativas.
11. ¿Qué factores examina usted en el testimonio de un niño de 5 años antes de decidir si le otorga valor probatorio o no? Justifique cada una de sus apreciaciones.
12. ¿Qué factores examina usted de un testimonio que da cuenta de un hecho ocurrido hace doce años, antes de decidir si le concede valor probatorio o no? Comente su respuesta en grupo.
13. ¿Qué obligaciones se derivan para el funcionario que recibe un testimonio, por la existencia de las excepciones al deber de declarar? Agregue sus comentarios o su posición al respecto.
14. ¿Qué consecuencias se derivan de la omisión del funcionario judicial de advertir a una persona que está comprendida dentro de las excepciones al deber de declarar? Explique las diferentes situaciones que pueden presentarse.
15. Explique a qué criterios se acoge la nueva ley procesal penal sobre el contenido y la extensión del contrainterrogatorio. ¿Qué le encuentra de conveniente y de inconveniente?
16. ¿Qué comprende la facultad del Juez para "hacer preguntas complementarias para el cabal entendimiento del caso"? ¿Está de acuerdo con esta facultad que le otorga la ley al Juez?
17. ¿Qué se entiende por pregunta "sugestiva"? Plantee tres ejemplos.
18. ¿Qué se entiende por pregunta "capciosa"? Proponga un caso en el que se planteen tres preguntas capciosas.
19. ¿Qué se entiende por pregunta desleal? Plantee tres ejemplos.
20. ¿Cuáles son las principales precauciones que deben tomarse al decidir si se contrainterroga a un testigo hostil?

VI. BIBLIOGRAFÍA PRIMERA PARTE

ARCINIEGAS Martínez, G. Augusto. "Investigación y Juzgamiento en el Sistema Acusatorio". Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá, 2005.

AUTORES Varios. "El Proceso Penal Acusatorio Colombiano. Nuevo Manejo de la Prueba. Tomo I". Ediciones Jurídicas Andrés Morales. Bogotá, 2005.

AUTORES Varios. "Nuevo Código de Procedimiento Penal. Sistema Acusatorio. Comentado y Concordado. Ley 906 de agosto 31 de 2004". Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Segunda Edición. Bogotá, 2005.

AUTORES Varios. "Reforma a la Fiscalía y Sistema Acusatorio. Acto Legislativo No. 03 de 2002". Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Primera Edición. Bogotá, 2003.

AUTORES Varios. "Sistemas Procesales y Oralidad (Teoría y Práctica)". Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá, 2003.

CANCINO, Antonio José. Compilador. "Derecho Penal y Sistema Acusatorio en Iberoamérica. VII Sesión de la Comisión Redactora del Código Penal Tipo Iberoamericano". Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2003.

ETXEBERRÍA, José Francisco. "Las Intervenciones Corporales: su práctica y su valoración como prueba en el proceso penal. Inspecciones, registros y extracción de muestras corporales". Trivium Editorial. Imprenta Universidad de Bogotá. Bogotá, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. "Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal". Editorial Trotta. Madrid, 1995.

GUERRERO Peralta, Óscar Julián. "Fundamentos Teórico Constitucionales del Nuevo Proceso Penal". Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá, 2005.

HABERMAS, Jürgen. "Pensamiento Postmetafísico". Taurus Humanidades, Alfaguara S.A. Madrid, 1990.

LÓPEZ Jiménez, Raquel. "La Prueba en el Juicio por Jurados". Tirant Lo Blanch. Valencia, 2002.

MONTOYA, Mario Daniel. "Informantes y Técnicas de Investigación Encubiertas. Análisis Constitucional y Procesal Penal". Segunda Edición actualizada y ampliada. Ad Hoc. Buenos Aires, octubre de 2001.

PALACIO Hincapié, Juan Ángel. "La Prueba Judicial. Tomo I". Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá.

PARRA Quijano, Jairo. "Tratado de la Prueba Judicial. El Testimonio. Tomo I". Quinta Edición. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá, 1996.

RAMÍREZ Bastidas, Yesid. "El Juicio Oral". Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Segunda Edición. Bogotá, 2004.

UNIDAD 2

LA PRUEBA TÉCNICA



- Contribuir, mediante la generación de conocimiento, a la preparación de los funcionarios de la Rama Judicial, para una adecuada apreciación y valoración de las técnicas y procedimientos utilizados en la investigación criminal, que tienen que ver con el manejo, estudio y presentación en el juicio de los elementos materiales probatorios y evidencia física.



- Lograr el desarrollo conceptual de los fines y procesos que hacen parte de la cadena de custodia, a partir de la explicación de los principios básicos de la investigación criminal, que contribuya a una adecuada apreciación y valoración del elemento material probatorio presentado durante la audiencia de juzgamiento.

I. CADENA DE CUSTODIA Y MANEJO DE ELEMENTOS MATERIALES PROBATORIOS

A. CADENA DE CUSTODIA

INTRODUCCIÓN

El concepto “cadena de Custodia” tiene su origen en la ley, fundado en la necesidad de garantizar la “autenticidad” de los Elementos Materiales Probatorios. Así lo refleja el contenido del artículo 13 del Decreto Reglamentario de la práctica de las Autopsias, N° 786 de 1990, **(art. 13. Para preservar la autenticidad de las evidencias, se indicará con exactitud el sitio desde el cual fueron removidas o el lugar en donde fueron encontradas y serán marcadas, guardadas y protegidas adecuadamente por quien tenga la responsabilidad de su custodia en el momento en que se realicen estas acciones);** por cuanto se requería en ese momento, el uso de procedimientos que dieran esa garantía.

Sin embargo, al haber evolucionado el sistema procesal acusatorio, se tiene que no solamente existe la necesidad de demostrar que un elemento presentado en la audiencia es el mismo que fuera hallado en la escena o recolectado con ‘posterioridad’, sino que se debe demostrar que su manejo y cuidado le han permitido mantener y desarrollar su “capacidad demostrativa” con lo que se espera llegar a la certeza de la verdad real de la conducta estudiada.

El Módulo desarrollado a continuación hace una reflexión sobre el “deber ser” de la cadena de custodia y el “ser”, tal y como es contemplado por la Ley, en momentos en los que se hace necesario hacer claridad sobre los criterios a utilizar para una adecuada valoración de los Elementos Materiales Probatorios que van a ser presentados en la audiencia de juzgamiento.

CONSIDERACIONES GENERALES

Lugar o escena

La primera consideración que se debe plantear es acerca del concepto más apropiado para el objeto de estudio en este capítulo. Para ello, hago referencia a si se debe considerar que se está estudiando el “lugar” de los hechos o la “escena” del delito. A este respecto no se encuentra en el ordenamiento penal, Ley 906 de 2004, unidad de conceptos. Vemos que en el desarrollo de la ley se menciona:

Art. 39 “lugar en donde se cometió el hecho”

Art. 43: “lugar en donde ocurrió el delito”

Art. 143: “lugar de los hechos”

Arts. 205, 213: “Inspección en el lugar del hecho”

Art. 146 No. 1: “conservación de la escena de hechos delictivos”

Art. 249 parágrafo “inspección de la escena del hecho”.

Para hacer mayor claridad al respecto, imaginemos que un sujeto “A” le quita la vida al sujeto “B” en el lugar “X”; luego se dirige al lugar “Y”, en donde oculta el arma homicida; posteriormente se dirige hasta el lugar “Z” en donde se cambia de ropa. En este ejemplo, si nuestro objeto de estudio es el “lugar” de los hechos, tendremos que referirnos al lugar “X”; pero si aceptamos que es la “escena” nos referiremos a los lugares “X”, “Y” y “Z”.

En este orden de ideas, vemos que aplicar el concepto de “escena” nos proporciona una visión mucho más amplia sobre cuál va a ser el objeto de estudio dentro

de la investigación criminal. Es esta la razón por la cual actualmente la “escena” sea el concepto que más se acepta en el ámbito de la investigación penal y sea aquel que desarrollemos en este Módulo.

De esta forma, definir escena nos lleva a considerar que corresponde a un espacio abierto o cerrado, un mueble o inmueble, una persona (en el caso de una conducta que atente contra la libertad sexual, o en un caso de tortura, etc. en donde la víctima se puede considerar una escena propia) o incluso un elemento (en el caso de un libro contable que contenga información que demuestre una posible conducta de lavado de activos o enriquecimiento ilícito), donde se realizó, en alguna de sus fases, una conducta que se presume violatoria de normas penales, disciplinarias, administrativas, etc., y en donde se encuentran elementos, rastros, huellas o signos que guarden relación con ella y que permiten demostrar su ocurrencia, individualizar a los partícipes y/o establecer la responsabilidad sobre estas.

Es claro que el concepto de escena es tan amplio que permite entender que podremos estar frente a una escena, entendida como un espacio, un objeto o una persona; de tal manera que nos permite dinamizar el concepto y plantear diferentes posibilidades para su estudio, según sea una u otra, aspecto que para desarrollar el concepto de cadena de custodia y manejo de los elementos materiales probatorios va a ser muy importante. De hecho, podremos intuir que el manejo de la víctima de violación o de acceso carnal violento, considerada una escena propia, requiere habilidades y destrezas por parte del investigador, muy diferentes a las que se deben tener para atender una escena tradicional en campo abierto.

Este mismo razonamiento nos permite deducir que es escena todo lo que contenga elementos, rastros, huellas o signos que guarden relación con la conducta que se investiga; por lo tanto, para el investigador será de gran utilidad encontrar los límites de la escena y poder determinar qué es y qué no es escena, dado que, en muchas ocasiones, el no poder definir estos límites hace que el investigador integre a la escena, espacios y elementos que no guardan ninguna relación con la conducta que se investiga, logrando con ello atiborrar la investigación con gran cantidad de elementos sin ninguna relación con la conducta, los cuales distraen la atención y evitan que el investigador genere hipótesis con mayor grado de acierto; al igual que se genera congestión en la administración de justicia por cuanto conlleva a un mayor volumen de estudios técnicos y científicos que no contribuyen al avance del proceso.

Objetivos de la escena

La escena del delito tiene por objetivos: demostrar, a través de su estudio la ocurrencia de una conducta que se presume contraria a la normatividad (en este

caso penal), así como individualizar a los partícipes en ella y/o establecer su responsabilidad en la ejecución de dichas conductas, mediante el hallazgo y posterior análisis de elementos, rastros o signos que conduzcan a la certeza sobre la verdad real de la conducta investigada.

Vemos entonces que los objetivos de la escena se alcanzan a través de elementos, rastros o signos hallados, en la medida en que estos posean “capacidad demostrativa” de la conducta, por parte de quienes fueron los partícipes en ella o de la responsabilidad de estos. A este respecto debe tenerse en cuenta que es el investigador de la escena, quien al hallar un objeto en ella, decide si guarda relación con la conducta que se investiga, encontrándole “capacidad demostrativa” y, de esta forma, integrándolo a la investigación, o por el contrario, si no guarda ninguna relación con la conducta investigada y por lo tanto seguirá siendo un “objeto” que no se incluye en esta.

Para mayor ilustración imaginemos que un investigador tiene como objetivo llegar a la verdad acerca de la muerte de una anciana que vive sola en su apartamento, y se encuentra frente a dos escenas posibles. En la escena 1, el investigador ingresa al apartamento y no observa ninguna irregularidad en él, ingresa a la habitación y observa el cuerpo de la anciana sobre la cama y esta en un grado de desorden que corresponde cuando una persona ha estado durmiendo en ella; los elementos de la habitación se encuentran en relativo orden dentro de la misma, sin embargo el investigador advierte que sobre la mesa de noche, adyacente a la cama en donde está el cuerpo de la anciana, se encuentran unas tijeras. En la escena 2 el investigador ingresa al apartamento y observa una mesa con una pata partida, dos sillas caídas y gran desorden en los objetos de la sala y el comedor; ingresa a la habitación y observa que el espejo del tocador está roto, existe un vaso en el piso y su contenido líquido regado en él; el cuerpo de la anciana se encuentra sobre la cama, las sábanas y frazadas tienen manchas de sangre, al examinar el cuerpo se halla una herida por elemento punzante en el hemitórax izquierdo; al igual que en el caso anterior, el investigador observa que sobre la mesa de noche, adyacente a la cama en donde está el cuerpo de la anciana se encuentran unas tijeras. Si se le preguntara al investigador sobre si las tijeras halladas son un “elemento de la escena” o si son un “elemento material probatorio”, se tendría que para la escena N° 1, el investigador respondería que se trata de un objeto de la escena y que para la escena N° 2, se trata de un “elemento material probatorio”, dado que él halla una posible relación entre la herida por elemento punzante en el cuerpo de la anciana con las tijeras, y descubre que esas tijeras tienen “capacidad demostrativa” de la conducta si se demuestra que ellas ocasionaron la herida.

El hecho de que el investigador le halle “capacidad demostrativa” a un elemento en la escena, es de gran importancia, pues desde allí se comienza a estructurar la investigación, haciendo que desde ese momento se adecuen las hipótesis de trabajo y se determinen conductas a seguir con el fin de alcanzar el objetivo propuesto, el cual, obviamente, dependerá de que se logre desarrollar esa capacidad demostrativa; por lo tanto, constituye este momento, el determinante de lo que más tarde trataremos como “cadena de custodia”, en la medida que desde allí se visualizan cuáles han de ser los cuidados que se han de proveer al elemento para mantener su “capacidad demostrativa” hasta el momento del juicio, o hasta que sea estudiado formalmente.

Escena primaria

En cuanto el concepto de “escena” permite involucrar a todos los espacios que guarden relación con la comisión de la conducta que se investiga, el investigador se encontrará en la necesidad de clasificar estos espacios y por ello definirá la escena primaria y la secundaria. La escena primaria de la conducta es el espacio abierto o cerrado, mueble o inmueble que contenga el elemento probatorio, que a juicio del investigador, posea la mayor capacidad demostrativa. Puede ocurrir que en una misma escena dos investigadores posean intereses investigativos diferentes, que hagan que descubran, para cada caso, elementos con mayor capacidad demostrativa diferentes; es el caso de una escena en donde se investigue, de una parte, el origen de la conducta que llevó a la muerte en masa de un grupo de personas y, de otra, se investigue la identidad de las víctimas. En este caso, un investigador podrá determinar como escena primaria un lugar diferente del que determine el otro investigador, esto en virtud de que la escena primaria, responde al interés que maneje el investigador en la escena.

Escena secundaria

Se denomina escena secundaria del delito el espacio abierto o cerrado, mueble o inmueble que contenga elementos probatorios relacionados con la ejecución de una conducta que se presume violatoria de la normatividad penal, disciplinaria o administrativa y que a juicio del investigador coadyuve a demostrar la conducta, sus partícipes y/o la responsabilidad de cada uno de ellos.

Hasta este momento se ha hecho referencia a elementos, rastros o huellas que, como elementos con capacidad demostrativa, determinan la existencia de una escena; pero en la Ley 906/04, se plantean varios conceptos, los cuales vale la pena precisar:

Elementos Materiales Probatorios

El concepto de “elemento” hace referencia a que se trata de la parte de un todo, es decir, que se trata de un elemento constitutivo de una conducta. Este elemento es

material en cuanto se debe percibir por los sentidos, para que genere certeza, esto es, que se pueda ver, tocar, oler, sentir para que pueda ser conocido. No es suficiente que sea sensible en la escena como en el caso de una huella o rastro, además debe ser sensible para el momento de la audiencia de juzgamiento. Por último, se denomina probatorio en razón a que el elemento, al habérsele encontrado relación con la conducta, permite demostrar su comisión, los partícipes o sus relaciones, con lo que se puede llegar a la verdad real de los hechos.

Por lo tanto, se denomina elemento material probatorio a todo objeto, huella o rastro de origen físico, químico, biológico o electrónico perceptible a través de los sentidos, que permite llegar a la certeza sobre la verdad de una conducta que se presume violatoria de la normatividad penal, o de sus partícipes o de la responsabilidad de cada uno de ellos en la realización de la misma.

En esta definición se ha optado por describir los elementos materiales probatorios a partir de su origen, con el fin de hacer énfasis en los diferentes tipos que se pueden hallar, dado que el manejo y cuidado que requiere cada uno de ellos, no es el mismo. Es claro, entonces, que los cuidados que requiere un elemento de tipo físico, difiere de aquellos requeridos por los de tipo químico, biológico o electrónico; por ello es importante establecer el tipo de elemento que se va a someter a estudio, y entender qué conductas debe tomar el investigador para preservarlo, al igual que su capacidad demostrativa.

Para poder determinar el tipo de elemento material probatorio, se debe tener en cuenta que estos se clasifican de acuerdo con:

Su Origen:	Físicos (un arma de fuego)
	Químicos (ácido sulfúrico)
	Biológicos (sangre)
	Electrónicos (correo electrónico)
Su Naturaleza:	Orgánicos (de origen animal o vegetal)
	Inorgánicos (de origen mineral)
	Electrónicos
Su Estado:	Sólidos
	Líquidos
	Gaseosos
	Electrónicos
Su Tamaño:	Macroscópicos
	Microscópicos (trazas)
	No mensurables (los electrónicos)

Según sean tomadas o dejadas de la escena: Positivos (dejadas en la escena)

Negativos (tomadas de la escena)

Según puedan ser movilizadas:

Descriptivos

Concretos

Según su resistencia al paso del tiempo: Peredecederos

No peredecederos

Según su capacidad individualizadora:

Con características individualizantes

Con características de clase

Según su poder demostrativo:

Elementos materiales probatorios

útiles para relacionar **personas entre sí**.

Elementos materiales probatorios útiles para relacionar **personas con lugares**.

Elementos materiales probatorios útiles para relacionar **personas con cosas**.

Elementos materiales probatorios útiles para relacionar **cosas con cosas**.

Elementos materiales probatorios útiles para relacionar **objetos con lugares**.

Simultáneamente con el uso del término elemento material probatorio, el Código de Procedimiento Penal contempla el uso de otros términos, como:

Evidencia, término mucho más tradicional en el ámbito investigativo cuyo origen proviene del inglés "evidence" que significa "evidente", por lo que se entiende como un elemento material probatorio que demuestra por sí mismo y en forma inmediata y necesaria la relación existente entre varios elementos que conducen a la certeza de un hecho, excluyendo la posibilidad de lo contrario.

Ejemplo de este concepto puede ser el hallazgo de un lago hemático en la escena, en donde, en ese momento, el investigador al observarlo y evaluar el volumen de sangre hallada puede afirmar que es "evidente" que existió un sangrado abundante, que se origina del daño o lesión de un vaso sanguíneo de gran calibre, con lo que se descarta inmediatamente que se trate de otro tipo de sangrado.

Rastro o huella, término usado para identificar aquellos elementos que, por su naturaleza y disposición en la escena, no son de fácil percepción (presión sudor, saliva, semen, etc.) y son peredecederos, pero que igualmente poseen capacidad demostrativa.

Indicio, término para denominar al elemento que permite inferir la existencia de otro que requiere ser probado; también se aplica a una situación o comportamiento que indica la ocurrencia de otra conducta a probar.

Cadena de custodia

Para generar el concepto de cadena de custodia es necesario precisar que en la escena el investigador ha hallado elementos materiales probatorios, es decir, que ha encontrado elementos que poseen capacidad demostrativa que permiten llegar a la verdad de los hechos, de tal forma que a partir de ese momento se plantea la necesidad de un manejo adecuado de los elementos, para que no se deterioren o pierdan esa capacidad demostrativa hallada. Tan sólo si los elementos hallados en la escena, conservan su capacidad demostrativa, hasta el momento en que se realice su estudio o análisis o hasta el momento de la audiencia de juzgamiento, se podrá llegar a la verdad de los hechos. Por lo tanto, el esfuerzo investigativo tiene significado si se cuenta con procedimientos para el manejo y la conservación del elemento material probatorio adecuado, de acuerdo con su capacidad demostrativa.

Aseguramiento de los elementos materiales probatorios

Una vez se conozca la existencia de la escena o se produzca el hallazgo de los elementos materiales de prueba, se debe disponer de las medidas, procedimientos, cuidados y medios necesarios para preservar su capacidad demostrativa, y las relaciones existentes entre el elemento y su contexto, desde la escena o desde el momento de su recaudo (si se trata de una muestra de referencia) hasta el juicio.

La participación de personal idóneo en el reconocimiento y manejo del elemento de prueba hace parte de las medidas que se tomen para asegurar la prueba.

Marco conceptual de la cadena de custodia

Para entender mejor el significado de “cadena de custodia”, examinemos el contexto legal:

De la Ley 600 de 2000 se tiene: “**Art. 288. Cadena de custodia.** *Se debe aplicar la cadena de custodia a los elementos físicos materia de prueba, para garantizar la autenticidad de los mismos, acreditando su identidad y su estado original, las condiciones y las personas que intervienen en la recolección, envío y manejo, análisis y conservación de estos elementos, así mismo, los cambios hechos en ellos por cada custodio.*”

La cadena de custodia se inicia en el lugar donde se obtiene, encuentre o recaude el elemento físico de prueba y finaliza por orden de la autoridad competente”.

De la Ley 906 de 2004 se tiene sobre cadena de custodia: “**Art. 254. Aplicación.** *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, igualmente se registrará el nombre*

y la identificación de todas las personas que hayan estado en contacto con esos elementos.

La cadena de custodia se iniciará en el lugar en donde se descubran, recauden o encuentren los elementos materiales probatorios y evidencia física, y finaliza por orden de autoridad competente."

En la Resolución No. 0-1890 de noviembre 2002, la Fiscalía General de la Nación plantea: "**Artículo 1°** El sistema de cadena de custodia está fundamentado en el Principio universal de la autenticidad de los elementos físicos materia de prueba, que le permite garantizar y demostrar que se han aplicado los procedimientos para asegurar las condiciones de identidad, integridad, preservación, seguridad, continuidad y registro de los mismos, desde que inicia hasta que termina la cadena."

En estas tres citas es claro que el concepto más generalizado remite a que la aplicación de la cadena de custodia tiene como objetivo "garantizar la autenticidad" o "demostrar la autenticidad" de los elementos materiales probatorios. Sin embargo, no se hace ninguna mención sobre la necesidad de que se garantice el poder demostrativo del elemento, que es lo fundamental para llegar a la verdad de los hechos; ello es, si se tiene en cuenta que, más allá de poder demostrar que un elemento es el mismo que fue hallado o recolectado, y que se encuentra en las mismas condiciones, está el de garantizar que el elemento conserva la capacidad demostrativa, que es lo que lo hace útil para la investigación.

Para mejor comprensión, evaluemos la situación a la que se puede ver avocado el investigador de una conducta de secuestro extorsivo, que ha interceptado una comunicación telefónica en donde se menciona la retención de una persona y se exige dinero por su liberación. El investigador graba la llamada con la seguridad de contar con un elemento material probatorio cuya capacidad demostrativa radica en que con él se demuestra la conducta delictiva, el casete de audio que contiene la grabación es embalado en forma técnica y guardado en lugar seguro hasta cuando se llegue a contar con un sospechoso; en ese momento decide recolectar una muestra de voz con el fin de cotejarla con la voz contenida en el casete de la interceptación telefónica, pero en el momento de realizarse, se advierte por parte del experto en Acústica Forense que la voz del casete de la interceptación se encuentra deteriorada al punto que no permite su cotejo. Este deterioro se explica porque el casete ha permanecido mucho tiempo sin que la cinta se corra de lado a lado. En esta situación se evidencia que el elemento material probatorio perdió su capacidad demostrativa, aun cuando se encontraba garantizada su autenticidad.

Resulta claro entonces, que la existencia o "vida útil" del elemento material probatorio en el proceso, depende de que conserve su capacidad demostrativa y que

para ello se requiere un adecuado manejo durante su existencia procesal. Es por ello que el concepto de cadena de custodia debe traspasar los límites de la autenticidad y avanzar hacia la consideración de los procedimientos que mantengan intacta su capacidad demostrativa.

Entonces, la cadena de custodia se concibe como un proceso de calidad, aplicado al elemento en forma continua y documentada, llevado por particular o servidor público, cuyo objetivo es mantener la capacidad demostrativa de todo espacio o lugar considerado escena, así como de todo elemento material probatorio a partir de su identidad y naturalidad. El proceso se inicia desde cuando se conozca de su existencia o toma, hasta cuando la autoridad judicial lo determine.

Se describe la cadena de custodia como proceso por ser una secuencia de procedimientos (actividades) correlacionados unos con otros, e idóneos para alcanzar un fin. En un sistema acusatorio se exige que este proceso sea calidad, por ser específico para el tipo de elemento material probatorio y para la capacidad demostrativa detectada, y porque para su aplicación se exige igualmente que se encuentre validado y estandarizado, al igual que los medios utilizados acreditados y las personas que los realizan certificadas, de tal forma que se cuente con suficiente idoneidad en el manejo del elemento.

La documentación del proceso es exigente y en ella deben registrarse los aspectos relativos a la identidad y naturalidad del elemento, pero además, el manejo proporcionado, las condiciones de preservación y almacenamiento que pueda necesitar.

Entonces, el objetivo es el mantener la capacidad demostrativa del elemento, el cual se alcanza a través de dos “pilares”: la identidad y la naturalidad. La identidad se logra cuando el investigador descubre en el elemento características específicas propias a este (origen, estado de su apariencia, presentación, color, olor, peso, volumen, densidad, etc.), que le permitan diferenciarlo de los demás, incluso de sus congéneres.

La naturalidad hace referencia a la necesidad de conservar el elemento material probatorio en idénticas condiciones a como fue hallado o recolectado, de tal manera que se pueda demostrar que el elemento material probatorio es el mismo y que las condiciones que inicialmente le permitieron reconocerle capacidad demostrativa no han variado.

Por ende, la integridad hace parte del concepto de naturalidad, lo que lleva a que el elemento material probatorio deba protegerse y manipularse adecuadamente para preservarse, según lo exija su clasificación y su capacidad demostrativa. Se evitará por lo tanto, que se modifique, que sufra cambios, transformaciones, alteraciones, contaminación o manipulaciones innecesarias.

Responsabilidad sobre la cadena de custodia

La responsabilidad frente a la cadena de custodia recae sobre el particular o servidor público que entre en contacto directo con la escena y/o los elementos de prueba en cualquier momento antes de su valoración en el juicio. Cuando se trate de un particular, su responsabilidad se limitará a velar por la protección de la escena o los elementos de prueba, para luego hacer entrega de estos al servidor público. Es responsabilidad de este último dejar constancia escrita mediante acta o informe en donde conste la forma como encuentra la escena o el elemento, así como la identidad de quienes han entrado en contacto o han tenido relación con ellos, momentos previos a la entrega.

Es responsabilidad de todo servidor público que tenga relación con elementos materiales probatorios, aplicar el procedimiento de cadena de custodia y documentarlo, así como desplegar todas aquellas actividades encaminadas a mantener libres y exentos de todo riesgo o peligro estos elementos, además de verificar los documentos y elementos que recibe. En caso de encontrar inconsistencias en el proceso, se deberá dejar constancia escrita e informar oportunamente a la autoridad competente.

La cadena de custodia como un proceso

Se define el “proceso” como la acción de ir hacia adelante, mediante un conjunto de fases y acciones sucesivas. La cadena de custodia implica el desarrollo de fases sucesivas que se inician en la escena y que se mantiene en el tiempo, hasta que se logre el estudio del elemento, o hasta su presentación en el juicio. Además, es necesario aclarar que hace parte integral de la actividad investigativa adelantada desde la escena.

Para garantía del proceso existirá constancia de todas las fases adelantadas desde su inicio, y en el momento en que se requiera, sobre la identificación del funcionario que entra en contacto con el elemento, señalando la calidad en la que actúa, indicando el lapso de tiempo, circunstancias y características y forma como se ha manejado y acompañará al elemento probatorio, en todo momento registrando qué personas entran en contacto con él, las modificaciones, cambios, transformaciones, alteraciones o contaminaciones que este sufra, además de tener en cuenta el momento de su valoración.

Documentación de la cadena de custodia

La documentación de la cadena de custodia es exigente, tiene en cuenta la identidad y la naturalidad elemento, de tal forma que se registrarán todos los aspectos que tengan que ver con características propias, estados, condiciones, relaciones existentes con la escena que le rodea, etc. Esta documentación requiere procedi-

mientos y medios específicos, según el tipo de elemento de que se trate, y quedará consignada en los formatos de procesos, récord de máquinas, además de los medios tradicionales. De igual forma, se documentará la naturalidad del elemento desde su hallazgo o toma, en donde se consignarán el estado y las condiciones en las que se encuentra, para continuarse durante todo el periodo de existencia procesal del elemento material probatorio.

La ausencia de registro del proceso de cadena de custodia, invalidará cualquier acción tomada en bien de preservar el elemento de prueba y descalificará su capacidad demostrativa al momento de ser valorado.

Verificación de la cadena de custodia

Todo funcionario que haga parte de la investigación, que entre en contacto con el elemento de prueba o que tenga que ver con él en cualquier forma, así como los sujetos procesales, tienen la obligación de verificar la existencia de la cadena de custodia y de seguir los procedimientos que le den cumplimiento. La cadena de custodia se verificará a través de los medios que se han utilizado para documentarla, los cuales deben estar en capacidad de resolver satisfactoriamente las dudas que se presenten con respecto al elemento de prueba sobre su identidad, originalidad, integridad, personas con las que ha estado en contacto, responsables de él en todo momento, estudios realizados, cambios o modificaciones, lugares, fechas y condiciones de tenencia y almacenamiento, etc.

Preservación y almacenamiento como parte de la cadena de custodia

Cuando desde la escena, el investigador tiene claro que el elemento que ha hallado posee “capacidad demostrativa”, no solamente está obligado a determinar una ruta de procedimientos tendientes a mantener esa capacidad hallada, sino que además, debe considerar qué hacer con el elemento, dependiendo de cómo espera desarrollarle la capacidad demostrativa, de los estudios o análisis que amerita, de la disponibilidad de recursos para ello, del alcance que tenga de esos recursos desde el sitio en donde se encuentra, así como de las propias condiciones del elemento, cómo pueden ser las condiciones que afecten su existencia, etc. De tal forma se espera que el investigador indique cuál es su intención de mantener el elemento y qué desea preservar de él; los procedimientos de preservación deben estar acordes con estos parámetros. Así mismo, es importante que se indique el tiempo que se requiere preservar, porque ello constituirá un factor importante al momento de definir las condiciones de almacenamiento. La preservación del elemento se hará

en forma técnica y con criterios de calidad, es decir, se tendrá en cuenta la aplicación o implementación de procedimientos que estén estandarizados y validados, al igual que se realizarán verificaciones de las condiciones del elemento y de las de la preservación, de lo cual se dejarán las respectivas constancias las cuales harán parte de la documentación de la naturalidad.

Necesidad de la cadena de custodia

El proceso de cadena de custodia hace parte integral del elemento material probatorio para su valoración en la etapa de juicio, siendo una de las formalidades sustanciales para que este se considere en la demostración de la verdad.

Síntesis de la Unidad

El desarrollo normativo dado al concepto de “cadena de custodia” no ha tenido una evolución desde su primera concepción dada en el contexto de un sistema procesal diferente al acusatorio, en donde se tenía como principal necesidad probatoria la “autenticidad” de la prueba. De tal forma, que para comprender sus alcances en la actualidad, en momentos en que se requiere en el marco de un sistema acusatorio la apreciación y valoración adecuada de los elementos probatorios, se debe entender que el objetivo de la implementación de procesos de cadena de custodia es el de garantizar, por parte de los investigadores, el cuidado de la capacidad demostrativa del elemento al que se le atribuye la categoría de “probatorio”. De esta manera, entendemos que si se requiere la “autenticidad” es con el propósito de demostrar que se cuenta con un desarrollo adecuado de la capacidad demostrativa, a partir del manejo, cuidados y preservación de los elementos de prueba, que den confianza para llegar a la certeza sobre la verdad de la conducta que se investiga.

- A. Con apoyo en el contenido del módulo de argumentación judicial, resuelva las siguientes situaciones, para lo cual se sugiere utilizar el siguiente esquema: i) tesis central, ii) argumentos de la tesis y iii) conclusión:

Ca

1. Si durante el examen de la escena usted decide que un elemento hallado en la escena –una carta manuscrita por la víctima– es un “elemento material probatorio”, explique qué condición es necesaria para llegar a esta consideración.
2. ¿Qué aspectos tendría usted en cuenta en el momento de iniciar la recolección del elemento material probatorio hallado en la escena?
3. En caso de decidir el embalaje correcto a proporcionar para un elemento de prueba, usted tendría en cuenta los siguientes aspectos:

-
- B. Señale mediante un diagrama la secuencia en orden lógico de:
1. Los criterios a tener en cuenta en el momento de evaluar la calidad de un proceso de cadena de custodia.
 2. El procedimiento que conduzca a otorgar un almacenamiento al elemento material probatorio.

BIBLIOGRAFÍA

BÁSICA

- Constitución Política de Colombia, 1991.
- Código de Procedimiento Penal – Ley 600 de 2000.
- Código de Procedimiento Penal – Ley 906 de 2004.
- Decreto reglamentario de la práctica de autopsias N° 786 de 1990.
- Dirección Nacional de Instrucción Criminal. Manual del manejo investigativo del lugar de los hechos.
- Fiscalía General de la Nación. Manual de investigación Criminal.
- Fiscalía General de la Nación. Manual de Policía Judicial.
- Escuela de Oficiales de Policía General Santander. Manual de plan de estudios de Criminalística.
- García Valencia, Jesús Ignacio. Teoría general de la prueba judicial.
- Arenas Salazar, Jorge. Las pruebas en el proceso penal.
- Departamento de Justicia de los Estados Unidos-FBI. Manual de Ciencias Forenses.
- Departamento de Justicia de los Estados Unidos-FBI. Pautas para la recolección de evidencias.
- BRIONES G. Métodos y técnicas en la investigación para las ciencias sociales- México.
- CASTRO MONGE, Rodrigo. Manual básico de recolección de indicios en el sitio del suceso.
- SANZ ABALOS, Alejandro. La inspección técnico policial en el lugar del delito- España.
- SODERMAN H. Y O'CONNELL J. Métodos modernos de investigación policiaca- México.

REFERENCIA

- www.journalforensicscience.com
- www.police2.urc.edu/forensic.htm
- www.fbi.gov/library
- www.fbi.gov/hq/lab/fsc/current/index.htm
- www.doctor.co.il/052spec.htm
- www.icsia.com
- www.redwop.com/minutiae.asp
- www.amadeo.com
- www.doyma.es
- www.lab314.com
- www.peritajes.com
- www.celera.com/
- www.forensic-science-society.org.uk/
- www.nature.com/genomics/
- www.whylbiotech.com/

B. MANEJO DE ELEMENTOS MATERIALES DE PRUEBA

INTRODUCCIÓN

El manejo de los “elementos materiales probatorios” hallados en la escena es principio y fundamento para el éxito de la investigación de una conducta presumiblemente punible. Por eso debe realizarse de forma metódica, técnica, científica, ordenada y coordinada, a partir del reconocimiento por parte del investigador de la existencia de la “capacidad demostrativa” del elemento, de tal forma que se logre obtener de él el conocimiento que lleve a la certeza de la verdad real de los hechos.

A continuación se describen algunos procedimientos generales para el manejo de ciertos tipos de elementos, sin que ello signifique que sea obligatoria su aplicación, dado que el investigador deberá ajustarlos según como considere que debe desarrollarse la “capacidad demostrativa” adjudicada al elemento.



- Contribuir al desarrollo de conocimiento específico por parte de los jueces sobre el manejo de los elementos materiales probatorios de modo que enriquezcan los criterios para su apreciación y valoración, mediante la explicación de las técnicas de investigación.

Actuación en la escena

El particular o el servidor público que tenga conocimiento directo de una presunta conducta delictiva o que se encuentre en la escena de un posible delito procederá, además de dar aviso a las autoridades competentes para el conocimiento del caso, a proteger el lugar, mueble o inmueble, esforzándose por no alterar, ni contaminar, ni permitir que otros alteren o contaminen los elementos probatorios que la escena pueda contener. Para ello procurará el aislamiento del lugar y la evacuación de toda persona ajena a los hechos que sean motivo de investigación asegurándose, a la vez, identificar a las personas que sí tengan relación con los hechos en calidad de víctimas, testigos o partícipes para que se les dé la debida protección y custodia por parte de quienes tienen la responsabilidad de adelantar la investigación.

Se hace necesario que las actividades realizadas por el servidor queden con posterioridad registradas mediante acta, en la cual consten las circunstancias en que conoció en primer momento la escena, indicando detalladamente el lugar, su geografía, el día, la hora, las condiciones medioambientales que en ese momento imperaban, vías de acceso y evacuación, así como también las medidas que se tomaron para el aislamiento y protección de la escena, su grado de efectividad y la relación de personas que en ella se encontraban, indicando su identidad, domicilio, teléfono en donde se pueda ubicar y si tienen alguna calidad que las relacione con la misma (víctima, testigo, partícipe, observador, etc.).

La primera autoridad que llega al lugar es automáticamente responsable de su aislamiento y protección. Así mismo, hará entrega del lugar y de la información obtenida a la autoridad competente asignada a la investigación cuando esta se haga presente. Explicará las modificaciones que él u otras personas introdujeron en la escena, desde el momento en que esta se encuentre bajo observación.

Si se encuentran personas heridas se debe promover, sin interferir, las acciones de rescate y atención médica. Si debe prestar usted los primeros auxilios, solicite refuerzos para dar cumplimiento a los procedimientos propios de la investigación del hecho. Registre el centro hospitalario al cual serán llevados los heridos y las personas que lo transportarán.

Investigación en la escena

El equipo investigador de la escena, al arribar a ella, procederá de acuerdo con las circunstancias particulares que en ella se encuentren, de la siguiente manera:

a) Recibir la escena mediante informe oral o escrito de la autoridad que la conoció en primera instancia y verificar su estado de protección, en caso de que esta

estuviese protegida con anterioridad, o de lo contrario, proteger la escena del modo descrito anteriormente. Se debe dejar un registro de la forma y las condiciones en que se recibió la escena, lo cual incluye la realización de planos, dibujos y tomas fotográficas o de video, con el fin de ilustrar con mayor detalle los aspectos que la conforman.

b) Valorar mediante la observación el estado de la escena, determinando sus límites territoriales según se encuentren elementos probatorios en ella, así como la necesidad de considerar otros espacios para ser investigados (escenas secundarias). A continuación se hará un registro de los elementos constitutivos de la escena, de los elementos probatorios que se observen y se establecerá un orden de ubicación, teniendo en cuenta —en cada caso— las relaciones existentes entre ellos y posteriormente con el elemento probatorio principal o más significativo.

En esta etapa, el equipo investigador determinará cuáles áreas en la escena ofrecen riesgos (de tipo físico, químico o biológico) para el personal que participa en su estudio, así como los riesgos en la investigación en caso de existir elementos percederos que puedan desaparecer, destruirse, contaminarse o alterarse. De igual forma, se debe determinar en esta etapa la existencia de elementos de riesgo social o para el medio ambiente. Para ello se deberá usar un sistema de señalización fácilmente reconocible sobre los diversos tipos de riesgos que se presentan en el lugar y se tomarán las medidas necesarias tendientes a anularlos o disminuirlos.

El equipo investigador orientará su hipótesis acerca de cómo ocurrieron los hechos para recopilar información sin empeñarse en una idea fija; esto le impedirá desviarse e inclinarse por conocimientos falsos. Hay que recordar que en este paso de la observación hay elementos de prueba, los cuales pueden ser:

Los que se reconocen fácilmente a simple vista, por ejemplo, occisos, armas, vidrios, manchas de sangre, huellas de pisadas.

Los que no se encuentran de no buscarse cuidadosamente como documentos, cabellos, fibras, etc.

Los invisibles como: impresiones latentes, manchas secas de fluidos orgánicos, etc.

El testimonio ofrecido por quien ha tenido la oportunidad de observar la escena inalterada puede ser vital para precisar la extensión de la escena y determinar ciertas relaciones que conlleven a aclarar los hechos.

c) El equipo investigador deberá identificar los sitios de acceso a la escena, así como las áreas u objetos a examinar, las pautas de búsqueda (en espiral, por franjas, en línea, por zonas, etc.) o procedimientos para hacerlo; el estado y las condiciones

en que se encuentran y los elementos requeridos para su manejo. Para el análisis sistemático de la escena se debe emplear el método más adecuado, según el terreno y la disponibilidad de personal técnico e investigador, así como del número y ubicación de los elementos que se encuentren. Cualquiera que sea el método seleccionado, deberá estar dirigido a encontrar la cantidad máxima de elementos probatorios significativos en las mejores condiciones.

d) De acuerdo a las pautas acordadas para ello, se realizará la búsqueda de los elementos probatorios, además de los signos, huellas o rastros que expliquen las relaciones entre ellos, manteniendo su integridad y evitando su manipulación antes de registrar su ubicación exacta. El hallazgo de un elemento material probatorio implica la existencia de una relación entre este y la conducta o los partícipes, relación que determina su “capacidad demostrativa”. Una vez hallado, el investigador está obligado a realizar la identificación del elemento, documentándola, así como las condiciones de existencia de dicho elemento.

e) Una vez identificados los elementos que en la escena tienen algún valor probatorio (capacidad demostrativa), se dispondrá su fijación mediante la descripción y la aplicación de técnicas de dibujo, plano, molde, fotografía o video, indicando su ubicación geográfica exacta y su topografía e individualizando cada elemento mediante el uso de un testigo métrico y de un sistema de señalización fácilmente reconocible (conos, banderolas), que además haga especial énfasis en el estado original del elemento de prueba, las relaciones espaciales, las características propias, las distancias, el tamaño, la forma, etc. y que permita la asignación de numeración secuencial para diferenciarlos entre ellos, así como tomar todas las acciones que lleven a su protección evitando su destrucción, deterioro, contaminación, modificación o alteración. Es necesario aclarar que el investigador que le ha hallado capacidad demostrativa a un elemento, determinará la forma o procedimiento para su desarrollo posterior y con ello establecerá qué procedimiento (validado y estandarizado) es el que mejor se ajusta a su propósito.

f) El registro de cada elemento de prueba debe incluir la asignación a este, de un número consecutivo para la escena, con el cual se pueda identificar posteriormente y que haga parte integral de la cadena de custodia. Este número de identificación deberá ser tomado en cuenta para toda referencia que a partir de ese momento se haga del objeto, huella o rastro, además se indicará el día, la hora, lugar y la autoridad de la diligencia, hecho investigado y quién realiza el registro.

g) Los elementos probatorios que puedan deteriorarse rápidamente o que sean susceptibles de destrucción debido a las condiciones ambientales y a riesgos

físicos, químicos o biológicos, deberán tener prioridad en los procesos de registro y recolección.

h) Cuando se trate de registro mediante plano, dibujo, fotografía o video, las tomas deben ser hechas desde diferentes ángulos (indicando el norte) y antes de que sea modificado el estado original en que se encontró dicho lugar y los elementos de prueba. Las tomas fotográficas se harán de conjunto relacionando toda la escena; de semiconjunto, en las que el elemento probatorio principal aparecerá en relación con los posibles elementos de prueba próximos a él, que también deberán tomarse en diferentes ángulos; y de detalle de aquellos objetos, rastros o huellas que podrían ser analizados posteriormente.

i) En caso de que dentro de los elementos de pruebas se tenga un cadáver u osamenta se requiere que se registren con mayor detalle todos aquellos aspectos relativos a las huellas de violencia (si existiesen), y a los aspectos útiles para la identificación humana.

j) Una vez se haya realizado la fijación de la escena se procederá a la recolección de los elementos de prueba por parte de personal idóneo, de acuerdo con el tipo de elemento, en forma técnica y metódica, cuidando de proteger al elemento de cualquier exceso de manipulación que pueda conducir a deterioro o cambios que afecten su naturaleza y su estudio posterior. Para ello se deberá considerar el uso de material apropiado para su manipulación que evite tanto la contaminación de los elementos como la afectación del funcionario que la realice.

k) Para todo evento, la recolección se registrará en documento, como parte de la cadena de custodia, en donde se consignará, entre otros datos, quién la realiza, la técnica y los elementos utilizados para ello. Las técnicas más apropiadas para cada tipo de elemento se describirán posteriormente. En caso de recolección de muestras patrón o contramuestras, estas se harán siguiendo el mismo procedimiento aplicado para sus similares, dejando expresa constancia de ello.

l) Una vez recolectado el elemento se procederá a su embalaje, procurándole las condiciones más adecuadas de acuerdo con su tipo, forma, presentación, tamaño, estado en que se encuentre y con estricto cumplimiento de la cadena de custodia.

m) Con posterioridad al embalaje se realizará el rotulado del elemento de prueba, que debe reunir estándares mínimos de seguridad y contener la información básica para la identificación del elemento. Para tal efecto se contará con formato diseñado (ver anexo N° 2).

n) La información contenida en el rótulo no deberá contener tachaduras, borrones, injertos, enmiendas, retoques o modificación alguna que ponga en duda

su integridad y deberá hacerse en letra clara, tipo imprenta, con tinta permanente de color negro.

o) El embalaje del elemento de prueba, con su respectivo rótulo, será conservado y se tendrá en cuenta en el momento de su valoración. Es obligación de los servidores públicos y de las instituciones involucradas en la investigación, garantizar el diligenciamiento del rótulo y demás formatos de registro que hacen parte de la cadena de custodia.

p) Para el traslado de los elementos de prueba, una vez completado el embalaje y rotulado del elemento de prueba, se dispondrá del medio más idóneo de transporte, teniendo en cuenta el tipo, naturaleza y demás características del citado elemento, para que en el menor tiempo posible y en condiciones óptimas llegue a su destino. El traslado de los elementos se hará cumpliendo con el debido registro mediante planilla especialmente diseñada para tal fin.

q) Si por inmediatez fuere necesario realizar algún tipo de estudio del elemento de prueba en la escena, este se realizará con posterioridad a la recolección, siendo necesario que se traslade a lugar diferente, especialmente dispuesto para este fin y en donde se cuente con todas las medidas y elementos de cuidado necesarios para no afectarlo y garantizar la continuidad de la cadena de custodia.

r) En todo momento, el equipo investigador en la escena adoptará un comportamiento tendiente a no poner en riesgo la calidad del elemento de prueba pero, sobre todo, a preservar el estado de salud física y mental del personal que lo integre. Para ello, la entidad adoptará programas, planes y procedimientos y utilizará elementos y equipos que tiendan a minimizar los riesgos de accidentes de trabajo y enfermedad profesional.

Rastros o huellas

Son elementos que por su naturaleza y disposición en la escena no son de fácil percepción (forma, presión, sudor, saliva, semen, etc.), o que por su tamaño requieren análisis microscópico. Su importancia radica en que su presencia puede ser orientadora del curso de la investigación, dándonos a conocer su naturaleza y permitiendo realizar cotejos que conduzcan a reconocerle su capacidad demostrativa.

En el lugar de los hechos deben revisarse todas las aristas, rincones, chapas y demás elementos donde pudieron haber quedado enredados pelos o fibras u otros rastros del sospechoso; antes de retirarlos deben fijarse mediante fotografía, video y descripciones en actas. Las tomas se harán con escalas mediante el uso de testi-

go métrico, en conjunto, semiconjunto y detalle. Deben anotarse todos los datos posibles como textura, color, cantidad, material y localización exacta del elemento de prueba. La recolección se hace individualmente, para lo cual deberán utilizarse guantes desechables y pinzas para ser colocados en bolsas de papel evitando plegarlos porque se deformaría la evidencia.

Entre los elementos donde podemos ubicar estos rastros se encuentran especialmente las prendas de vestir del sospechoso y de la víctima. Para recuperarlos se debe prestar especial cuidado en observarlos y fijarlos antes de retirarlos, procurando hacerlo sobre una sábana blanca donde pueden caer y ser recolectados. El registro de la prenda debe ser cuidadoso, especialmente en las zonas menos expuestas o menos vulnerables como las áreas de costuras, mangas del pantalón y fondos de bolsillos donde pudieron quedar retenidos elementos importantes.

Entre los rastros que podemos encontrar están las hebras, hilos, fibras y pelos que son elementos fácilmente transferibles. Cuando se trata de muestras de pelo, la información obtenida puede orientar su procedencia, por esto es de vital importancia evitar su deformación; tomar muestras del sospechoso y la víctima, enviándolos en forma independiente con el rastro obtenido en el lugar. Cuando se encuentran hilos, cuerdas o sogas deben embalsarse sin cortar nudos y en sobre sellado porque pueden ir adheridos otros rastros. Los envases plásticos, de vidrio o de cartón, deben manipularse en forma cuidadosa para evitar dañar posibles huellas latentes (ocultas).

Es posible encontrar muestras de tierra o minerales en la escena o incluso residuos de materiales de construcción; estos deben ser manipulados y recolectados independientemente, usando pinzas que no los contaminen o deformen y embalados en bolsas de papel. Su importancia está en el cotejo con otros elementos que puedan ser recuperados en otras partes de la escena o en personas relacionadas con ella.

Transporte de los elementos de prueba

Cuando se requiera trasladar el elemento de prueba se seleccionará el medio de transporte que garantice, además de agilidad, inmediatez y disponibilidad para su obtención, la preservación del elemento de prueba ciñéndose a los procesos de la cadena de custodia. Para el caso de traslado de elementos o documentos entre ciudades, se dispondrá de correo certificado, previa valoración de la técnica de embalaje y del sistema de custodia de la entidad transportadora.

Almacenamiento de los elementos de prueba

Cuando la autoridad que adelanta la investigación viere la necesidad de guardar los elementos de prueba y mientras no se cuente con bodegas especializadas para la guarda de los elementos de prueba, procederá a evaluar las condiciones mínimas necesarias para este propósito y, con base en ellas, se designará el espacio físico o

la entidad que garantice las mejores condiciones para la preservación, vigilancia y cuidado del elemento de prueba, teniendo en cuenta la preservación y cuidado del medio ambiente y de las personas a su alrededor. Se ordenará por escrito su custodia, indicando el tiempo y las condiciones específicas requeridas por la misma.

Las condiciones de almacenamiento se darán de acuerdo con el tipo y la naturaleza del elemento de prueba y serán responsabilidad, para su mantenimiento y sostenimiento, de la entidad que ofreciere el servicio, para lo cual asumirá de manera integral la cadena de custodia.

Durante el periodo de almacenamiento es aconsejable realizar inspecciones periódicas a los elementos de prueba, con el fin de constatar el estado del elemento y las condiciones de su custodia.

El acceso al elemento, así como la caducidad de la guarda, serán determinados por la misma autoridad que lo solicitó o a la que ella le hubiere traspasado la investigación. De igual forma a ella se le informará sobre cualquier novedad relativa a este procedimiento.

Estudio de los elementos de prueba

Con base en la hipótesis que se maneje y en el hallazgo, toma o recaudo de elementos de prueba, el equipo investigador de la escena planteará la necesidad de que sobre estos últimos se realice un estudio específico tendiente siempre a demostrar la verdad de los hechos materia de investigación. Para tal evento seleccionará la entidad, laboratorio o perito oficial o particular que ofrezca el mejor servicio e idoneidad en la ciencia, técnica, arte, oficio o idioma, de acuerdo con los principios que rigen la administración de justicia, y se hará solicitud escrita del tipo de estudio que se requiere, a la vez que se le aportará toda la información necesaria para la valoración en contexto del caso.

Manejo de elementos de prueba

El manejo de los elementos de prueba se hará siempre teniendo en cuenta el tipo y naturaleza del elemento y se realizará conforme a los procedimientos de cadena de custodia en lo que tiene que ver con la preservación de la originalidad e inalterabilidad del elemento. De igual forma se velará por la protección al medio ambiente y la integridad de las personas que se encontraren en ese momento o en posteriores en contacto directo o indirecto con el elemento. La responsabilidad sobre el manejo del elemento de prueba será individual de quien lo manipule, por lo que se exigirá que demuestre idoneidad y destreza para la labor a realizar.

Los procedimientos aplicados para la manipulación del elemento de prueba, en cualquier etapa, serán registrados y harán parte integral de la cadena de custodia.

Tipos de elementos de prueba

Con fines procedimentales para su manejo y cuidado, los elementos de prueba se clasificarán en tipos, de acuerdo con su naturaleza, de la siguiente forma:

1. Elementos de prueba de origen físico.
2. Elementos de prueba de origen químico.
3. Elementos de prueba de origen biológico.
4. Elementos de prueba de origen electrónico.

Elementos de prueba de origen físico

Son elementos de prueba de origen físico los documentos (excepción hecha de los electrónicos), muebles e inmuebles, naves, aeronaves, maquinaria, armas de fuego y mecánicas, huellas, rastros y demás objetos cuyo estado físico de existencia sea de la mayor relevancia para la investigación.

Elementos de prueba de origen químico

Son elementos de prueba de origen químico las sustancias sólidas líquidas o gaseosas, huellas, manchas, rastros, residuos y demás elementos cuya existencia química sea de la mayor relevancia para la investigación.

Elementos de prueba de origen biológico

Son elementos de prueba de origen biológico las sustancias o tejidos provenientes de organismo humano, animal o vegetal y demás elementos cuya existencia biológica sea de la mayor relevancia para la investigación.

Elementos de prueba de origen electrónico

Son elementos de origen electrónico los documentos, objetos o medios (grabaciones, filmaciones, fotografía o cualquier otro medio avanzado utilizado como cámaras de vigilancia, en recinto cerrado o en espacio público, mensajes de datos, correo electrónico, Internet, telegrama, télex, telefax, etc.) cuya existencia electrónica sea de la mayor relevancia para la investigación.

Documentos

Se considera documento a todo elemento sensible, que represente un hecho cualquiera o que sea una manifestación del pensamiento. Durante su manipulación

deberá evitarse escribir en él, humedecerlo, aplicar sustancia adhesiva, corrosiva o cualquiera otra que lo deteriore, contamine o modifique; colocar grapas, doblar, arrugar, rasgar, perforar o manipular en exceso.

Para evitar su deterioro por manipulación, en cuanto sea posible, se deberá estudiar mediante copia fotográfica o fotostática, cuidando que el original se conserve en condiciones adecuadas para su preservación. La fijación del documento, como parte de la cadena de custodia, se podrá realizar mediante fotografía, video, fotocopia o cualquier otro medio idóneo.

Manipulación de documentos

La manipulación (especialmente de documento escrito) se hará mediante pinzas y utilizando guantes desechables limpios; el embalaje del documento deberá realizarse teniendo en cuenta que el elemento no se encuentre húmedo (de lo contrario se dejará secar al medio ambiente), en bolsa de papel limpio, en forma independiente, sin que se realicen dobleces. Durante el cierre del embalaje se tendrá cuidado de evitar la contaminación con sustancias pegantes o similares y de no llenar el contenido del rótulo sobre el documento a fin de evitar marcas innecesarias que dificulten la investigación.

Al momento de ser analizado el documento se determinará, de acuerdo con el tipo de evaluación, cuáles procedimientos se adelantarán en primer lugar a fin de no causar deterioro que dificulte posteriores exámenes (Ej.: primero estudios dactiloscópicos y posteriormente químicos o grafológicos). El análisis del documento puede implicar deterioro del mismo, por esta razón se tomarán las medidas necesarias para minimizar el daño y, simultáneamente, se registrarán dichos cambios en la cadena de custodia.

Manejo de títulos valores y documentos de trámite comercial

Cuando se cuente con cheques, letras de cambio, pagarés, bonos, acciones, certificados de depósito, etc., como elementos de prueba, se seguirán las normas básicas para su recolección. En especial se debe limitar al máximo su manipulación, utilizar en todos los casos guantes desechables y pinzas para manipularlos, tomando el documento por los lugares o zonas donde no presente impresos, firmas, sellos, manuscritos u otros, ya que pueden sufrir alteraciones y, por lo tanto, desviar el objetivo de la investigación. De ser posible se debe conservar el documento en lugar especial bajo custodia y manejar en la investigación una copia auténtica, salvo cuando se requiera estudio especial sobre el documento, el que se hará sobre el original.

En los casos en los cuales se requiera realizar estudio para revelado de impresiones dactilares, cotejos de tinta, papel o cualquier otro análisis que implique el deterioro del documento, este se realizará procurando siempre causar el menor daño. En todos los casos, deben tomarse fotografías de los documentos considerados elementos de prueba o, en su defecto, fotocopia; no se le deben efectuar dobleces, marcas, ni perforaciones, deben permanecer siempre dentro de bolsas de papel que les brinden la protección adecuada, en forma individual. Como norma general nunca toque, cambie o altere ningún documento hasta haberlo fotografiado e identificado.

Manejo de papel moneda

Cuando se cuente con papel moneda como elemento de prueba, se deberá señalar el monto total y relacionar individualmente el tipo (dólares, pesos, euros, etc.), denominación, números seriales, fechas y demás características que lo identifiquen, dejando constancia de ello en el formato individual de cadena de custodia y en el acta que se adelante. Como complemento de lo anterior, se fijarán mediante fotografía o video en forma individual y grupal. Para su manipulación se siguen las pautas dadas para cualquier otro documento, el embalaje se hará en bolsas de papel con sistemas de identificación y de seguridad y se procurará su custodia por personas o entidades especializadas en este tipo de valores.

De requerirse estudios grafológicos-documentológicos o de cualquier otra índole se remitirán al laboratorio especializado, con estricto cumplimiento de la cadena de custodia.

Manejo de impresos y manuscritos

Para los impresos o textos manuscritos se seguirán las mismas recomendaciones anteriores; durante la inspección a la escena se deberá recolectar técnicamente todos los documentos que se encuentren, siguiendo las pautas dadas, además de los que se sepa hayan sido elaborados con antelación a la ocurrencia de la conducta que se investiga, ya que serán objeto de comparación. Si se encuentra máquina de escribir se tomarán las muestras siguiendo las indicaciones de este manual.

Conservación de documentos

En la conservación del documento se tendrá en cuenta:

1. Guárdese en lugar sombreado seco bien ventilado.
2. Evite la cercanía con equipos o elementos que generen campos magnéticos (especialmente casetes de audio o video).
3. Evite el polvo o suciedades en el documento; para ello debe proveerle limpieza periódica con paño limpio y seco.

4. Evite cambios bruscos de temperatura o humedad.
5. Presérvelo de condiciones climáticas adversas.
6. En caso de cintas de audio o video se deberán rebobinar periódicamente.
7. Evite manipulaciones excesivas o innecesarias.

Toma de muestras manoescriturales

En caso de requerirse toma de muestras manoescriturales para estudios grafológicos, se tendrán en cuenta las siguientes recomendaciones:

1. Conozca anticipadamente el documento de duda.
2. Identifique el elemento escritor.
3. Identifique el estilo de letra usado.
4. Determine la clase de contenido (firmas, palabras, números).
5. Determine el tipo de papel (lineado, cuadriculado, en blanco, etc.)
6. No le muestre al amanuense los escritos cuestionados.

Para la recolección de muestras manoescriturales-patrón:

1. Ubique al muestradante de manera cómoda.
2. Utilice un elemento escritor y el tipo de papel similar al usado en el documento de duda.
3. No haga sugerencias, no oriente sobre ortografía, puntuación o acentos.
4. Indíquele que elabore primero una autobiografía, luego díctele un texto diferente al de la duda, intercambiando palabras del escrito dubitado, finalmente recepciónele el escrito dubitado al menos tres veces.
5. Obtenga por lo menos un folio de la mano menos diestra.
6. Identifique cada folio recepcionado con lugar y fecha de recepción, nombres y apellidos, firma, cédula de ciudadanía y huella dactilar.
7. Si se trata de rúbricas (firmas que carecen de signos alfabéticos), pídale al muestradante que invente firmas.

En todos los casos de tomas de muestras para estudios grafológicos se tendrá en cuenta cumplir con los siguientes requisitos:

1. Abundancia: para los estudios grafológicos es necesario contar con gran cantidad de muestras manoescriturales, con el propósito de establecer las constantes gráficas que permiten individualizar los escritos de un sujeto.

2. Coetaneidad: para los estudios grafológicos y documentológicos es necesario que el material dubitado e indubitado, sean de la misma época; es importante reco-

lectar y enviar al laboratorio material extraproceso (cheques, cuadernos, agendas, recibos, libretas, etc.) de la misma época en que se presume fue confeccionado el documento objeto de estudio.

3. Similaridad: para la realización de estudios es necesario contar con un patrón de similares características al de duda.

Toma de muestras mecanográficas

En caso de toma de muestras mecanográficas se tendrá en cuenta:

1. Identificar las características de la máquina a la cual le va a tomar las muestras (clase: mecánica, eléctrica —de margarita, o esfera— marca, modelo, número de serie, archivo de mantenimiento, fecha de reparaciones, etc.)

2. Identificar a quién le fue asignada.

3. Transcribir el texto de duda, al menos tres veces, si es extenso, reproduzca un párrafo copiando siempre en igual forma.

4. Plasmar la totalidad de los signos que conforman el teclado, sin dejar espacios en blanco.

5. Tomar una muestra colocando el selector de la cinta en neutro o retirándola de la máquina, en original y copia con papel carbón.

Toma de muestras de sellos

En caso de requerirse la toma de muestras de sellos húmedos, se tendrá en cuenta:

1. Humedezca la almohadilla con abundante tinta.

2. Entinte el sello o portaimagen y proceda a plasmarlo secuencialmente hasta que agote la tinta del mismo.

3. Repita la operación varias veces ejerciendo presiones diferentes.

4. En lo posible enviar el sello o portaimagen al laboratorio.

5. En sellos secos, recepcione varios folios con diferentes presiones.

Manejo de cintas magnetofónicas

Cuando se trate de cintas magnetofónicas, en su manejo se tendrá en cuenta lo siguiente:

1. Evitar la manipulación excesiva.

2. Para el envío al laboratorio, forre el estuche que contiene el casete en papel aluminio y luego en papel limpio.

3. Preserve el elemento de prueba de condiciones climáticas adversas.

- a. Variaciones bruscas de temperatura y humedad
- b. Evite el polvo.
- c. Manténgala distante de campos magnéticos.
4. Las cintas sin estuche de protección no deben ir sujetas entre sí con cinta pegante.
5. Cuando se tenga una cinta con daños físicos en el soporte, es necesario dejar constancia mediante toma fotográfica que muestre el estado de la cinta.
6. Rebobine la cinta periódicamente.

Tomas de muestras de voz

La toma de muestra de voz consiste en la grabación hecha a la persona, la cual tiene como patrón de referencia las emisiones lingüísticas consignadas en las grabaciones dubitadas. Para realizar la toma de muestra de voz se tendrá en cuenta:

1. Las grabaciones deben ser realizadas por personal capacitado y previo estudio del material dubitado.
2. Usar grabadoras con corriente eléctrica y no de pilas, y en buen estado.
3. Utilizar casetes nuevos de 60 minutos.
4. La grabación se debe realizar en lugar insonorizado.

Manejo de armas de fuego

Son armas de fuego las que emplean como agente impulsor del proyectil la fuerza creada por expansión de los gases producidos por la combustión de una sustancia química.

Asegúrese que el arma de fuego no ofrece riesgos para quien la vaya a manipular. El manejo de un arma de fuego desde la escena, se inicia con la fijación mediante fotografía y planos. La manipulación debe ser cuidadosa, se hará por las zonas que no son aptas para captar o fijar, conservar huellas dactilares, como son las cachas labradas y aquellas superficies que por su tamaño tampoco lo son, ejemplo, los bordes del guardamonte; no se deben introducir elementos extraños en la boca de fuego del arma, ya que pueden destruir otras evidencias (residuos de disparo), se debe marcar la posición de los alvéolos, teniendo en cuenta aquel que se encuentra en línea de fuego con el cañón, igualmente se marcará la posición del martillo. Consigne toda adherencia o alteración externa que presente el arma.

Después de descargar el arma se marca, como se dijo anteriormente, indicando la posición de vainillas y cartuchos, se embalan individualmente en bolsas de papel limpias y luego se guardan en cajas de cartón, triplex o madera; asegurándose

de fijar el arma con cordeles a las paredes de la caja para evitar su movimiento. La caja se sella y rotula con todos los datos necesarios. Cuando por circunstancias de la investigación las armas deban remitirse cargadas o como se encuentren, se hará la aclaración de forma visible en el rótulo.

Manejo de cartuchos

Después de documentarse y fijarse adecuadamente el hallazgo, la manipulación deberá hacerse con guantes y utilizando, además, pinzas con las puntas protegidas para no producir ralladuras u otro tipo de impresiones sobre ellas. El embalaje se hace por separado envolviéndolas en papel limpio con marcas de seguridad (la firma del investigador) y luego en bolsas de papel, rotuladas y selladas. No olvide transcribir las letras, números o signos que presente la base del cartucho en el rótulo.

Manejo de proyectiles y vainillas

Para la recolección de estas evidencias, se debe tener cuidado de no emplear elementos que puedan alterar la estructura del mismo, como tampoco dejar o extraer residuos que alteren su análisis. Se embalarán en bolsas de papel y por separado, documentando el sitio o los sitios donde se localizaron. Sobre su superficie no se realizará ningún tipo de marcaciones; estas se harán sobre el rótulo de la bolsa. No emplee algodón ni gasa en su embalaje.

Manejo de elementos de cartucho de carga múltiple

Al igual que en el caso de los proyectiles, el manejo de los elementos de un cartucho de carga múltiple (pistón de potencia, postas perdigones) se hará cuidando de no producir alteraciones en los mismos, para lo cual se manipularán con guantes y pinzas y embalarán por separado en bolsas de papel, documentando los lugares donde se hallaron y cumpliendo con los registros de cadena de custodia.

Explosivos

Se entiende por explosivo todo cuerpo o mezcla que, en determinadas condiciones, puede producir rápidamente una gran cantidad de gases con violentos efectos mecánicos o térmicos.

Manejo de artefactos explosivos

El manejo de los artefactos se limitará única y exclusivamente a quien lo conozca y acredite su idoneidad para ello. Antes de cualquier maniobra se deberá asegurar que el artefacto no ofrezca ningún peligro en su manipulación y transporte. Tome el artefacto después de que haya sido examinado en busca de impresiones digitales latentes si estas se requieren. No haga marcas en el artefacto, embale en caja con la seguridad necesaria para evitar su desplazamiento y/o avería en el transporte, cumpla con los demás requisitos para la cadena de custodia.

Manejo de prendas de vestir

La manipulación de prendas de vestir exige, desde el primer contacto con ellas, el mayor cuidado para evitar la contaminación por mecanismos de transferencia. Para ello, el investigador debe estar protegido con peto u overol y emplear guantes desechables, se debe procurar no manipularlas en exceso. Manipule evitando el desprendimiento y pérdida de cualquier partícula adherida a la prenda, las zonas donde se encuentren rasgaduras u otros signos de violencia, manchas de origen biológico o químico o donde se presuman residuos de disparo o cualquier otro elemento microscópico de prueba; se deben proteger y para ello serán cubiertas con papel limpio antes de hacer dobladuras, de tal forma que se evite el traspaso de elementos de un área a otra dentro de la misma prenda. Finalmente, la prenda de vestir se embalará en bolsas de papel en forma independiente y se rotulará con el estricto seguimiento de los registros de cadena de custodia.

En caso de que la prenda se encuentre húmeda, debe primero dejarse secar al medio ambiente; de no ser así, se embalará en bolsa plástica para aislarla y se transportará lo más pronto posible al laboratorio donde se realizarán los estudios pertinentes y allí se hará el secado de la prenda. Para el embalaje final se podrán emplear cajas de cartón.

La fijación de las prendas de vestir, como en cualquier otro caso, se hará mediante toma fotográfica o de video y descripción de las características que presente, especialmente aquellas que la individualizan.

Residuos de disparo

Se consideran residuos de disparo las partículas provenientes del arma de fuego o del cartucho en cualquiera de sus partes (vainilla, propelente, fulminante o proyectil) que se desprenden en el momento del disparo, por acción del aumento de temperatura y presión al interior del cartucho, las cuales generan una “nube” y que se depositan especialmente en el arma y en la mano del operador de la misma.

Toma de muestras para residuos de disparo

Para la toma de residuos de disparo, independiente de la técnica de análisis que se vaya a emplear (absorción-emisión atómica, microscopía electrónica de barrido, etc.), se sugiere hacerlo en el menor tiempo posible después de hecho el disparo. La persona sospechosa de haber disparado no debe haberse lavado las manos, por lo que se le deben proteger mientras se hace la toma de muestra, utilizando una bolsa de papel para ello. En el momento de la toma de la muestra, ya sea por medio de isopos

de algodón o de papel "contact", el técnico debe utilizar guantes y elementos estériles, al igual que bolsas de papel para el embalaje independiente de las muestras tomadas de cada zona de la mano, incluyendo la muestra blanco o de referencia. Después del embalaje de las muestras se deben rotular siguiendo los procedimientos de cadena de custodia y enviarse al laboratorio de análisis en el menor tiempo posible.

Manejo de armas cortantes y contundentes

Al igual que cualquier otro elemento de prueba, una vez fijadas y fotografiadas las armas cortantes, contundentes o instrumentos similares, se manipularán usando para ello guantes desechables, tomándolas por los extremos, es decir, por la punta y el borde superior del mango, colocando los dedos medio e índice de cada lado de estas regiones. El emble de estos elementos se hará en bolsas de papel o en empaques semirígidos (cartón), fijándolas a él mediante ataduras, cuidando que las huellas o rastros biológicos o químicos que posea no se deterioren o se contaminen. Finalmente el empaque se sella y rotula siguiendo las normas de cadena de custodia.

Los elementos que requieran ser guardados y que no puedan ser enviados directamente al laboratorio, deberán ser manipulados con el cuidado y procedimiento adecuado para evitar la pérdida de rastros. En particular, deberán examinarse cuidadosamente en busca de sangre, cabellos, fibras u otros materiales frágiles que pudieran ser perdidos o destruidos, especialmente si se requiere la búsqueda de huellas digitales mediante exploración.

Manejo de huellas de marcas de herramientas

En caso de hallar en un objeto huellas de marcas de herramientas y que dicho hallazgo constituya un elemento de prueba, se debe proceder de acuerdo con los criterios que rigen el manejo de la escena. Se fijan mediante la toma de fotografías de conjunto y detalle (incluyendo el testigo métrico) que demuestren no solamente la ubicación exacta de la huella sino las posibles relaciones con otros elementos de prueba, rotule las fotografías en el dorso con toda la información pertinente, haga lo mismo con todas las marcas encontradas de interés en la investigación. Cuando el objeto que tiene la marca pueda ser remitido al laboratorio debe embalsarse y rotularse adecuadamente. La marca debe cubrirse con papel suave para evitar daños, no deben hacerse señales sobre la marca de la herramienta.

Emble los objetos que contienen las marcas en empaques que garanticen la preservación y eviten alteraciones, rotule muy bien cada empaque. Para cotejo envíe para su estudio las herramientas sospechosas de haber producido las marcas, cumpliendo con los requisitos de cadena de custodia.

Manejo de herramientas

Es importante tener en cuenta que la herramienta puede contener rastros biológicos (pelos, sangre, sudor, etc.), químicos o huellas dactilares latentes. Por ello, la manipulación de la herramienta debe realizarse con guantes desechables, procurando sujetarla por áreas donde se considere que no existe probabilidad de contener este tipo de elementos; en todo momento se debe evitar su manipulación excesiva. El embalaje se hará en bolsas de papel o en cajas de cartón, protegiendo con papel suave las caras que pudieran haber producido marcas; si es necesario se procurará un contenedor. Se debe evitar que dentro del contenedor pueda existir movimiento que conduzca al deterioro de la herramienta.

Manejo de huellas o impresiones

Frente al hallazgo de huellas de origen diferente a las dactilares, se debe procurar la protección de las mismas evitando su deterioro. La fijación de la huella se hará mediante descripción detallada de sus características y la toma de fotografías de conjunto y detalle, teniendo cuidado de incluir las relaciones de la huella con otros elementos de prueba, incluyendo el uso de testigo métrico. De ser posible, tome moldes o implantes de las impresiones después de fotografiarlas. Rotule el dorso de las fotografías con la información correspondiente a la cadena de custodia. En el caso de moldes, estos pueden marcarse por el lado opuesto al que contiene la huella.

Torne suficiente número de fotografías para mostrar la impresión completa desde todos sus ángulos. Al enviar los moldes o implantes tomados, cuide de protegerlos usando algodón o varias capas de papel, utilice un empaque rígido; luego del cerrado rotule el elemento. No limpie el molde. En todos los casos es necesario que el investigador recolecte una muestra de la zona aledaña a donde se ha encontrado la huella, ya sea en forma directa o a través de tela o algodón limpios. Esta muestra tendrá por objeto el poner en evidencia los elementos extraños al sitio de la huella y que sean parte de ella. En caso de hallar elementos sospechosos de haber producido las huellas, su manejo corresponde al descrito para las "herramientas".

Manejo de elementos o fragmentos de vidrio

Ante el hallazgo de elementos o fragmentos de vidrio en la escena se debe proceder a la fijación según los procedimientos ya establecidos. En su manipulación se debe tener cuidado de usar guantes desechables, no tocarse las superficies planas para no alterar, contaminar o destruir huellas o rastros de cualquier origen que pudiese contener. Utilice pinzas en los casos en que el tamaño o el peso del elemento lo permitan. Cuando sea necesario realizar exploraciones sobre el elemento en la

misma escena, se hará en lugar diferente de ella y haciendo los registros necesarios para la cadena de custodia; en orden de prioridad se procesarán, si existieren, primero los rastros biológicos, luego los dactilares y, posteriormente, cualquier otro de origen químico o físico.

Cuando se trate de fragmentos de vidrio, estos deben ser colectados en bolsas de papel en forma independiente; si se encuentran húmedos se deben dejar secar al medio ambiente antes de su embalaje. Igualmente, se indicará cuál es la cara interna y la externa del fragmento. El rotulado de las bolsas se hará siguiendo el procedimiento descrito para garantizar la cadena de custodia. Cuando el número de fragmentos recolectados sea grande, exista uniformidad en ellos y se requiera estudio químico o físico de ellos, se podrá optar por seleccionar un número representativo de muestras seleccionadas aleatoriamente; de lo contrario se seleccionarán los más grandes o los que presenten signos, huellas o rastros significativos para la investigación.

Manejo de vehículos o sus partes

El manejo de un vehículo o partes de este como elemento de prueba deberá hacerse siguiendo los procedimientos que se describen para la escena, es decir, que se inicia el manejo con la protección, la observación minuciosa previa a cualquier manipulación, la fijación de los elementos de prueba hallados y el registro directo del vehículo o alguna de sus partes. El registro se hará en un lugar adecuado para ello, en lo posible no es recomendable que se haga en el mismo sitio en el que haya sido hallado el vehículo; se procurará que este sea transportado mediante grúa de plataforma a un lugar amplio y aislado en donde se cuente con elementos que permitan su mejor inspección (gatos hidráulicos, herramientas para mecánica, etc.). El investigador encargado de la inspección lo hará usando overol y guantes desechables, se tendrá cuidado de no realizar manipulaciones excesivas antes de haber realizado las exploraciones tendientes a recuperar rastros o huellas dactilares, biológicas, físicas o químicas.

El examen del vehículo debe hacerse en forma metódica, iniciándose por la parte exterior y procurando descubrir rastros o huellas de interés; luego se realiza el examen del interior de vehículo, buscando elementos significativos como pudiesen ser la presencia de huellas digitales, cabellos, fibras, drogas, armas, sustancias extrañas, manchas de sangre o semen y otros elementos que puedan considerarse como de prueba; de ser posible se utilizarán elementos apropiados tales como pinzas, linternas, aspiradora manual con bolsa individual rotulada. Requite el baúl, teniendo en cuenta que es el lugar donde se podrían ocultar o guardar elementos importantes de prueba.

La exploración mecánica se hará en forma ordenada, de acuerdo con la selección de los sistemas de funcionamiento del vehículo que se haga previamente. En caso de requerirse estudio especial de cualquier componente del vehículo o elemento hallado en él, el procedimiento de recolección, embalaje, rotulado y envío se hará siguiendo los procedimientos descritos con anterioridad.

Manejo de sogas o cuerdas

Las sogas o cuerdas halladas como elemento de prueba, tendrán el mismo manejo general de cualquiera otro. Sin embargo, deberán tener en cuenta las siguientes recomendaciones: manipulación con guantes si es necesario hacer cortes por parte del investigador, se marcará el sitio cortado para distinguir los cortes hechos de los realizados por el sospechoso o víctima, no desatar nudos ni retirar elementos que se encuentren adheridos a ella (los elementos adheridos se deben retirar en el laboratorio).

El embalaje se hará en bolsa de papel, si su volumen lo exige, se deberán proteger las partes de la cuerda que presenten rastros o huellas de importancia para la investigación, cubriendo el segmento con papel blanco, previo a su embalaje. En casos de comparación envíe los patrones debidamente rotulados e identificados.

Manejo de elementos físicos relacionados con sustancias contempladas en la Ley 30/86

En escenas donde se investiguen conductas relacionadas con el cultivo, producción, tráfico y comercialización de sustancias contempladas en la Ley 30 de 1996 cuando se encuentren elementos físicos se procederá, además de lo contemplado como procedimiento para cualquier escena, a:

1. Registrar el estado físico del elemento (sólido, líquido, gaseoso, coloidal).
2. Identificar grupos con todas las características similares de embalaje, estado físico, color, apariencia, etc.
3. Fijar mediante plano, fotografía y/o video cada elemento de prueba hallado, además, registrar los datos relativos a su estado físico como aspecto, peso, volumen, densidad, color, empaque, etc.
4. Verificar los pesos (bruto y neto) y volúmenes, utilizando para ello equipos de medición debidamente estandarizados y con mantenimiento vigente (se deberá registrar, igualmente, la marca y demás datos que identifiquen el equipo).
5. Secuenciar en orden los elementos de prueba ya identificados en cada grupo.

6. Proceder, frente a cada grupo identificado, a muestrear en forma aleatoria un número representativo de elementos (para ello puede guiarse por el procedimiento desarrollado y aplicado respecto a las "pruebas de Identificación homologada" para la identificación de sustancias controladas).

7. Manipular cada muestra seleccionada por separado, utilizando para ello elementos desechables (guantes, pinzas, cuchillos, portamuestras, etc.), o procurando un lavado y limpieza eficientes.

8. Tomar una parte de la muestra si esta es de gran tamaño; si la muestra es compacta, romper el bloque en mitades y desde las paredes internas, raspar profundo para tomar varias muestras, luego proceder a homogeneizar el tamaño de las partículas, mezclar bien y dividir la muestra en dos partes.

9. Realizar la "prueba de identificación preliminar homologada" (PIPH) sobre una pequeña parte de una de las dos muestras anteriores y registrar los resultados con los pasos del procedimiento.

10. Embalar las dos muestras (aprox. 5 gramos), en bolsas plásticas por separado, cerrarlas herméticamente y rotularlas indicando una de ellas como "contramuestra".

11. Diligenciar los formatos individuales de cadena de custodia, registrando, además, el resultado de la prueba PIPH.

12. Diligenciar el traslado de las muestras al laboratorio especializado. La contramuestra podrá enviarse a un laboratorio diferente o al mismo donde se solicita el examen, pero en cada caso se advertirá que se trata de una contramuestra y que se requiere de orden de la autoridad que sea competente para que se abra y estudie su contenido.

13. Llevar registro escrito, fotográfico o fílmico del proceso de manipulación del elemento de prueba.

Manejo de sustancias liquidas relacionadas con Ley 30/86

En caso de hallazgo de sustancias en estado líquido, relacionadas con conductas contempladas en la Ley 30 de 1986, se procederá de la siguiente forma:

1. Determine el pH del líquido.

2. Si es ácido o alcalino, tome por duplicado diez (10) ml. de muestra con una pipeta Pasteur.

3. Si el pH. es neutro, utilice una manguera sujetándola por uno de sus extremos, e introdúzcala en forma vertical hasta cerca del fondo del recipiente, tape el extremo libre del tubo y saque la manguera y envase por duplicado cerca de cincuenta (50) ml. del líquido. Utilice envases de vidrio color ámbar con tapas de seguridad (tapa y contratapa).

4. Realice las "pruebas de identificación preeliminar homologada" (PIPH) sobre una alícuota del líquido.

5. Coloque contratapas, tapas y asegúrese de que el frasco no queda con gotera.

6. Marque cada uno de los dos frascos con el número correspondiente a la secuencia de elementos de prueba, diligencie los respectivos rótulos y formatos individuales de cadena de custodia.

7. Envuelva cada elemento de prueba en papel embreado y coloque una banda de seguridad a lo largo del cuerpo del frasco y diligencie el rotulo exterior.

8. Al momento de dar traslado a los elementos de prueba, asegúrese del medio de transporte a utilizar y deje constancia de ello y de los responsables.

Manejo de plantas relacionadas con Ley 30/86

En caso de hallazgo de plantas como elementos de prueba, estas se manipularán de la siguiente forma:

1. Tome la planta en su totalidad o seleccione tallo con hojas de las partes bajas, media y alta; seque la humedad externa, extienda y cubra con papel periódico las hojas. Envuelva separadamente en papel los frutos y semillas en papel periódico limpio.

2. Cubra las caras externas con cartón, a manera de herbario y ate con cinta adhesiva. Para su envío introdúzcalo en caja de cartón.

3. Diligencie el rótulo para cadena de custodia y fíjelo al elemento de prueba.

4. Envíe el elemento de prueba al laboratorio, asegurándose del medio de transporte a utilizar.

En todos aquellos casos de manejo de elementos de prueba de tipo químico, se deben tener en cuenta las siguientes recomendaciones:

1. Absténgase de oler o probar las sustancias sospechosas.

2. Para todas las actividades relacionadas con este tipo de investigaciones, utilice guantes, tapa bocas, bata u overol y gafas de seguridad.

3. Al realizar las pruebas de PIPH, escoja un lugar ventilado, a la sombra y con buena iluminación.

4. No fume o coma durante el periodo de manipulación de los elementos de prueba.

5. En la escena desconecte la electricidad existente en el lugar.

6. Evite el contacto de la boca y la tapa del frasco gotero con las sustancias sospechosas, puesto que la contaminación puede conducir a resultados erróneos.

7. Evite el intercambio de tapas al cerrar los frascos.

8. Limpie y seque los elementos de trabajo inmediatamente después de su uso.

Manejo de tóxicos

En caso de producirse el hallazgo de una sustancia que se presuma tóxica, se procederá cuidando de no entrar en contacto directo con ella y usando elementos personales de bioseguridad (overoles, guantes, tapabocas, gorro, gafas protectoras, botas de caucho, etc.). Desde su hallazgo se seguirán los procedimientos tendientes a mantener la cadena de custodia ya descritos, atendiendo las etapas de fijación, recolección embalaje y envío de muestras.

En lo posible, deje la sustancia en el envase original. Si se encuentra en estado líquido podrá extravasarse a frascos plásticos de cierre hermético; para ello utilice mangueras nuevas o pipetas limpias con peras para evitar que pueda existir contacto directo en el momento de la toma de muestra. Si la muestra corresponde a agua, identifique la fuente, el punto de muestreo y la temperatura de la misma; envíe al laboratorio entre 100 y 500 mililitros. Cierre el envase herméticamente y envíelo lo más pronto posible, cumpliendo con todos los registros de cadena de custodia. En caso de bebidas en vasos, transvase en frascos plásticos y también envíe el vaso sin lavarlo, embalado en bolsa de plástico.

Si el estado de la sustancia es sólido o en polvo, se tomarán muestra y contramuestra de aproximadamente entre 5 y 10 gramos de sustancia, embalándose en bolsas de plástico con todos los requisitos de cadena de custodia. De ser posible, se deberán enviar los envases, contenedores o elementos usados para embalar las sustancias, o una muestra de ellos.

En el caso de alimentos, estos se deben dejar en su envase original. Tome en cuenta las condiciones físicas y de medioambiente en que se encuentran en el momento del hallazgo. Si el traslado al laboratorio no se hace inmediatamente, se

debe procurar mantenerlos refrigerados. Cuando no se puedan remitir en las mismas condiciones en que se encuentran, se deben recolectar en envases plásticos de boca ancha, lavados y esterilizados previamente y con cierre hermético. Igualmente, se remitirán el o los elementos que contenían el alimento utilizando bolsas de plástico con el lleno de todos los requisitos de la cadena de custodia.

Para la remisión es importante especificar el tiempo transcurrido entre la toma de muestra y el envío. Por el crecimiento rápido de bacterias deberá trasladarse la muestra lo más rápidamente posible.

El almacenamiento de los remanentes de sustancias que se sospechen tóxicas, deberá hacerse por entidades y bajo la responsabilidad de personal experto en el tipo de tóxico que se sospeche, a quienes se les instruirá sobre la importancia y responsabilidad de mantener la cadena de custodia.

Manejo de huellas dactilares

En toda escena, los partícipes de la conducta están sujetos a leyes de intercambio, y en consecuencia el sujeto interactúa con la escena dejando huellas o rastros y, a su vez, de la escena toma elementos o rastros. De esta forma es de esperarse que en la escena se encuentren huellas dactilares latentes (que no se observan a simple vista). En la búsqueda objetiva de dichos elementos estará el éxito de la investigación.

En esta búsqueda lo más importante será poner cuidado tanto en las vías de acceso y salida del lugar cuando se trate de sitios cerrados (puertas, ventanas, techos), así como en los elementos más cercanos al elemento afectado directamente (ya se trate de un cadáver, de una escena de hurto, etc.). El éxito de esta búsqueda radica en la minuciosa inspección del lugar para poder descartar estos elementos. Es así como deben buscarse documentos, superficies cercanas a las entradas o salidas, objetos como vasos, platos, jarras, etc. que hubiesen podido ser usados por el sujeto de la conducta, así como objetos que se hubiesen utilizado para cometer el crimen, (herramientas, objetos contundentes, armas, etc.), también aquellos elementos que se encuentran en desorden en la escena.

Todo elemento que pueda ser objeto de exploración dactiloscópica, o donde las huellas ya estén reveladas, por contacto con este, por el sujeto untado con sustancias que dejen las huellas impregnadas y reveladas (sangre, aceites, tintas, etc.), se manipulará con el mayor cuidado, debiéndose contar con guantes desechables y pinzas; en el caso de vasos, botellas, pocillos y similares se pueden manipular por la parte interna y apoyarlos por su base. Otros elementos como vidrios, trozos de madera o metales, láminas o similares se pueden tomar por los extremos. En cuanto a los documentos, pueden ser manipulados por sus puntas pero con las pinzas.

Para la búsqueda y protección de huellas y rastros en la escena se debe tener en cuenta lo siguiente:

1. La ubicación de lugares y objetos que puedan tener huellas de origen lofo-cópico deben ser fijados mediante fotografía, video y plano antes, durante y después de moverse o de explorarse con reactivos.

2. Examinar las superficies a explorar con el objeto de determinar cuál es el reactivo apropiado que debe utilizarse para obtener resultados óptimos.

3. Tomar solo la cantidad necesaria de reactivo en una cubeta plástica, de papel aluminio o sobre una hoja de papel. Los sobrantes se desechan totalmente, sin contaminar otros objetos o superficies.

4. Se deben conservar los reactivos en sus envases originales, manteniéndolos siempre tapados y en lugar seco.

5. Destinar una brocha exclusiva para cada reactivo y nunca introducirla directamente en el envase original.

Las huellas reveladas con iodina desaparecen rápidamente, por lo cual deben realizarse los siguientes procedimientos:

1. Aplicar resaltador y proceder a tomar las respectivas fotografías.

2. Aplicar fijador de iodina si se desea preservarlas por más tiempo.

3. Para efectuar las exploraciones con iodotes se debe usar una bolsa plástica de seguridad, o una bolsa de buen calibre para que no haya escape de gases tóxicos. Además, la prueba debe realizarse al aire libre y, después de practicada, todos los elementos deben desecharse dentro de otra bolsa plástica sellada y marcada como "tóxico".

Recomendaciones generales:

1. Toda huella debe ser fotografiada antes de intentar trasplantarla.

2. Cuando se haga uso de luz ultravioleta, se deben tomar las fotografías en el cuarto oscuro y es obligatorio el uso de gafas de protección (color naranja).

3. No se debe olvidar hacer inversión de color cuando se copien fotografías tomadas a impresiones o huellas reveladas con reactivos fluorescentes o claros sobre superficies oscuras.

4. Para la manipulación de los elementos que contengan huellas se requiere el uso de guantes con el fin de evitar la contaminación involuntaria. Al manejar estos

objetos deben ser sujetados por los bordes aristas o lugares no aptos para el asiento de huellas.

5. La manipulación de documentos, sobres, bolsas, cintas de todo tipo, acetatos, fotografías y materiales similares debe hacerse por medio de pinzas (las manos protegidas con guantes), ya que el excesivo roce o la transferencia accidental de contaminantes pueden alterar o deteriorar las posibles huellas latentes.

Durante la reseña dactiloscópica se deben seguir las siguientes recomendaciones:

1. Limpiar los dedos antes de proceder a la reseña, mediante el uso de gasa con alcohol, glicerina, agua jabonosa u otra sustancia limpiadora que no lesione al reseñado.

2. Entintar hasta la falange media incluso, utilizando tinta apropiada y ejecutando una perfecta distribución de la misma sobre la planchuela. No debe usarse ningún tipo de almohadillas.

3. Se deben utilizar siempre las dos manos para sujetar y dirigir los dedos del reseñado, buscando una posición tal, que no se dificulte el rodamiento, sin permitir que el reseñado guíe sus propios dedos.

4. Entintar nuevamente los dedos para registrar las impresiones simultáneas, incluyendo los pulgares.

Durante la toma de necrodactilia se deben seguir las siguientes recomendaciones:

1. Aseo cuidadoso de los dedos con el fin de evitar las manchas de sangre y demás elementos contaminantes, para lo cual se deben lavar los dedos, especialmente la falange distal (pulpejo) con agua y jabón y luego secarla cuidadosamente. También se puede usar otro limpiador que no cause lesiones a la superficie del dedo.

2. Utilizar únicamente tinta adecuada para la reseña, la cual debe esparcirse en capa fina, siguiendo las mismas técnicas para la reseña.

3. Las falanges se pueden entintar directamente con el rodillo o mediante la planchuela.

4. Para la toma de la necrodactilia es preferible utilizar un soporte metálico o acrílico sobre el cual se coloquen las tarjetas.

5. Se debe ejecutar un rodamiento completo sobre el dedo de extremo a extremo, en un solo sentido, buscando imprimir todo el relieve de la falange distal.

6. Se debe verificar que no se hayan omitido o repetido impresiones, o que la mano derecha haya quedado reseñada en los espacios para la mano izquierda y viceversa.

Cuando se observa deshidratación cadavérica y la epidermis del pulpejo se fija a planos profundos, modificándose de esta forma la superficie de contacto y por consiguiente el dactilograma, se hace necesario “desarrugar” y suavizar la zona; por lo que después del lavado con agua se procede a inyectar agua, glicerina, vaselina líquida, etc., con una jeringa hipodérmica en el espacio subcutáneo sobre el pliegue de flexión interfalángico distal. La filtración de la sustancia permitirá que la superficie del pulpejo se redondee y se eliminen así las rugosidades, permitiendo la obtención de una buena necrodactilia.

Cuando la descomposición del cadáver sea avanzada, impidiéndose por esta razón la toma de una adecuada necrodactilia, el técnico investigador dejará constancia de esto en el acta de inspección y procederá a realizar el retiro de los pulpejos para que se practique el respectivo tratamiento que permita lograr una adecuada toma del dactilograma y, seguramente, la identificación del cuerpo. Los pulpejos obtenidos se depositarán en envases de vidrio independiente, debidamente rotulados y marcados para evitar confusiones; el envase deberá contener solución preservante de los tejidos como formol entre el 10 y 90% o alcohol absoluto.

Para el embalaje se deben tener en cuenta los siguientes aspectos:

1. Si los objetos están húmedos se deben dejar secar a temperatura ambiente, o utilizar medios artificiales sin que intervengan directamente con la impresión latente.

2. Cuando la superficie no se deja trabajar en el lugar, se debe embalar en bolsa de papel y transportar al laboratorio.

3. En documentos o papeles se debe proteger la huella revelada con cinta transparente o papel “contact”.

4. Al transplantar la huella se debe fijar en cartulina o papel no poroso.

5. En todos los casos se debe tomar fotografía del sitio donde se encontró la huella, antes, durante y después de tomarla.

6. Todos los objetos o elementos deben ser embalados en bolsa de papel.

7. No se recomienda embalar en bolsa plástica, ya que esta al ser sellada, mantiene la humedad y daña la huella.

8. Se debe conocer qué tipo de reactivo utilizar en las diferentes superficies para dar mayor efectividad y rendimiento.

9. Para los elementos que no sea posible transportar, se debe realizar la exploración dactiloscópica de acuerdo con los pasos anteriores, utilizando el método adecuado, fotografiando y transportando correctamente para poder ser embalados y enviados al laboratorio para su estudio y confrontación.

Manejo de tejidos o fluidos biológicos

Cuando se ingresa a la escena, pueden hallarse elementos de prueba representados en tejidos o fluidos biológicos humanos tales como: piel, músculo, hueso, sangre, semen, saliva, sudor, orina, pus, leche humana, etc. Todos pueden encontrarse en forma sólida, de mancha o líquidos. El resultado del estudio depende de la destreza en la aplicación de procedimientos que garanticen la naturaleza del elemento de prueba durante la búsqueda, la recolección, el embalaje y el transporte.

Los elementos biológicos de prueba son los más perecederos y exigen del investigador un gran conocimiento para evitar su deterioro o contaminación, pero adicionalmente, son los elementos que ofrecen los mayores riesgos latentes para el personal que los manipula o para quienes entran en contacto con ellos. La fragilidad de estos elementos hace necesaria tanto la aplicación de procedimientos rigurosos, como el uso adecuado y específico de elementos de trabajo (overoles, gorros, tapabocas, guantes, pinzas, tubos de ensayo, termos refrigerados, soluciones y reactivos específicos, algodón, gasa, etc.)

En la actualidad los elementos de prueba de origen biológico tienen una gran importancia investigativa, toda vez, que el avance en la ciencia y tecnología ha puesto al alcance de todo investigador los análisis de ADN, que por su gran sensibilidad se puede obtener a partir de muestras mínimas de elementos, con el único requisito de haberse manipulado y preservado adecuadamente la muestra en el momento del hallazgo, recolección y envío. De lograrse este objetivo, el resultado del estudio de esta molécula, permitirá individualizar a la persona que tenga algún tipo de relación con la conducta investigada.

Durante la recolección, conservación y envío, debe evitarse la contaminación, ya que cualquier material orgánico procedente de los manipuladores puede imposibilitar el estudio. En este sentido, deben seguirse las siguientes normas generales:

1. Procurar las máximas condiciones de esterilidad, usando guantes, overoles, gorros, tapabocas, polainas —si se entra en la escena del crimen— al igual que instrumentos estériles o técnicamente lavados.

2. Volver a limpiar o utilizar un nuevo instrumento para recoger un indicio diferente. En caso de que se estén utilizando guantes, cambiarlos.

3. Usar diferentes recipientes de papel o cartón para cada elemento de prueba, aunque hayan sido recogidos en lugares muy próximos o estuviesen juntos.

4. Enviar lo más rápidamente posible al laboratorio, asegurando que las muestras que lo necesiten se transporten en las condiciones adecuadas (frío).

5. Es fundamental y básico tomar muestras testigo o patrón de la víctima y/o sospechoso o de lugar próximo a donde se encontró el elemento de prueba. A las personas se les tomarán extrayéndoles sangre, o en su defecto mediante un frotis de la cavidad bucal (siempre con autorización de la persona implicada).

6. Tomar la filiación de todas las personas que han intervenido o colaborado en la recolección de los elementos de prueba, por si se produce algún problema de contaminación cruzada.

Estas normas generales se complementarán con aquellas que sean específicas para determinados vestigios orgánicos y su forma de presentación.

Manejo de muestras de sangre

La sangre es vehículo y fuente de numerosos agentes infecciosos. Además de degradarse fácilmente por acción de factores medioambientales (temperatura, humedad) o por microorganismos (bacterias), su preservación requiere cierto número de cuidados en su manipulación y guarda. El investigador debe procurar disminuir al máximo los riesgos de daño tanto a su integridad, como a la del elemento materia de prueba, mediante el uso de elementos de bioseguridad y tomando en cuenta las siguientes recomendaciones:

1. Toma de muestras de sangre. La toma de muestras de sangre se deberá realizar por personal experto en los procedimientos, en lugar especialmente dispuesto para ello y con el uso de elementos y condiciones apropiadas. En los casos en que el objetivo de la muestra sea el análisis de alcoholemia, se debe evitar el uso de antisépticos que contengan alcohol. En todos los casos la muestra será recolectada utilizando instrumentos estériles y en envases (tubos de ensayo, frascos) de vidrio, a los cuales con anterioridad se les haya adicionado sustancia anticoagulante del tipo de "EDTA". La muestra deberá mantenerse refrigerada hasta el momento de su análisis en el laboratorio. En todo momento se velará por el cumplimiento de la cadena de custodia y el lleno de sus registros.

2. Manchas líquidas de sangre. Al encontrar una mancha de sangre es importante fijarla mediante plano, fotografía, o video, haciendo una descripción minuciosa de su ubicación exacta con dimensiones, forma, tamaño, distancia entre manchas, dirección o sentido en que se presenta y su relación con el cuerpo u objeto que se esté investigando. Es necesario que como resultado de la observación se pueda clasificar la mancha por: caída, salpicadura, arrastre, contacto, impregnación, escurrimiento, limpieza, etc. La recolección posterior a la fijación y descripción se hará utilizando guantes e instrumentos estériles, procediendo de la siguiente forma:

- a. Usando copo de algodón o gasa estéril, se impregna con la sangre de la mancha.
- b. El copo de algodón o gasa, ahora manchado, se dejará secar al medio ambiente.
- c. El copo de algodón o gasa seco se introducirá en bolsa estéril de papel, luego se cerrará y rotulará de acuerdo con la cadena de custodia.
- d. La muestra recolectada no requiere refrigeración.
- e. Con la misma técnica anterior se realizará la toma de muestra patrón de lugar cercano a donde se encontraba la mancha de sangre, para ello se humedecerán el copo de algodón o la gasa con agua o solución salina estéril y se hará un frotis de la zona. El embalaje y rotulado de esta muestra se hará como el de la de sangre.
- f. Si la mancha se encuentra sobre objetos que se puedan enviar al laboratorio, se dejará secar para luego recolectar técnicamente el objeto y embalarlo con el cumplimiento de las normas de cadena de custodia.

3. Manchas secas de sangre. Ante el hallazgo de mancha de sangre seca, después de su fijación y descripción, siguiendo los mismos presupuestos que para la mancha líquida, se procederá a:

- a. Manipular usando guantes e instrumentos estériles.
- b. Evaluar si la mancha se encuentra sobre objetos que se puedan enviar al laboratorio. En tal caso se recolectará técnicamente el objeto y se embalará con el cumplimiento de las normas de cadena de custodia.
- c. En caso de no ser posible, se procederá a raspar la mancha con cuchilla y a colocar la muestra sobre un papel blanco estéril, que se embalará en sobre de papel estéril, en donde también se incluirá la cuchilla utilizada para el raspado.
- d. Como alternativa se podrá remover la mancha con copo de algodón o gasa impregnado con agua o solución salina estéril, la que posteriormente deberá dejar-

se secar al medio ambiente para luego depositarse en bolsa de papel estéril que se cerrará y rotulará de acuerdo con las normas de cadena de custodia.

e. En cualquiera de los dos casos anteriores se procederá luego a la recolección de muestra de referencia de un lugar cercano a donde se encuentra la mancha de sangre, para ello se humedecerá un copo de algodón o la gasa con agua o solución salina estéril y hará un frotis del área. El embalaje y rotulado de esta muestra se hará como el de la de sangre.

4. Si la mancha está en tierra, recolecte tierra con y sin mancha en forma independiente en dos bolsas de papel, séllelos y envíelos al laboratorio. Nunca mezcle muestras provenientes de áreas diferentes. En prendas con manchas de sangre, debe evitarse la contaminación del resto de la prenda, para esto se debe proteger el lugar manchado con papel limpio y envolver en forma cuidadosa. De ser necesario, tome muestras de sangre al sospechoso o sospechosos y envíelas al laboratorio para cotejos.

Para todos los casos de manipulación de sustancias o tejidos biológicos, pero en especial cuando se trate de sangre, se requiere que después de haber manipulado la muestra el investigador cambie los elementos utilizados incluyendo los guantes desechables o que les provea una adecuada limpieza para evitar la transmisión de material biológico que conlleve a contaminación de otras muestras. También se dispondrá de bolsas o recipientes especialmente marcados para el desecho de residuos biológicos o de instrumental o de elementos contaminados, dichos desechos tendrán un tratamiento especial por parte del personal investigador.

Manejo de muestras de semen

El semen es un fluido que coagula con facilidad, en fresco posee una apariencia aperlada y al coagular forma manchas "geográficas" de aspecto brillante que se revelan con luz ultravioleta si se examina en las primeras 72 horas. Sin embargo, debe considerarse por parte del investigador que se pueden producir falsos positivos al revelarse en piel, las manchas de leche o de fórmulas lácteas, orina y algunas lociones suavizantes. La detección microscópica de espermatozoides tiene su mayor sensibilidad en las primeras 24 horas. El manejo de la mancha de semen en su recolección y embalaje sigue los mismos procedimientos que para las manchas de sangre.

Las manchas de semen en forma húmeda son muy resistentes, pero ya secas son muy frágiles, por lo tanto cuando sean localizadas debe enviarse el elemento que las contenga en un envase rígido o semirrígido. Cuando sea en prendas, estas no deben mezclarse, se debe cubrir con papel blanco limpio la zona donde se encuentra

la mancha y luego embalsarse y enviarse por separado; las sábanas deben marcarse como se encontraban en la cama (cabecera-pies). Cuando se encuentran manchas de semen húmedas pueden ser recolectadas en forma similar a la sangre. Toda prenda debe ser manipulada en forma cuidadosa para no perder fibras, cabellos o vellos que estén adheridos.

Para enviar las manchas de semen secas en una superficie, también pueden ser raspadas como las de sangre. En forma líquida se recolecta en envase de vidrio estéril sin preservantes o impregnando gasa o algodón estéril. Aprovechando las características fluorescentes de las manchas de semen, es útil el rastreo con una luz ultra violeta; sin embargo, evite la exposición de la muestra a la luz ultravioleta por un tiempo mayor de un minuto, esto por el riesgo de degradación de la molécula del ADN. El embalaje de las muestras es individual y debe cumplir con las normas de cadena de custodia.

Manejo de muestras de pelos

El pelo como elemento de prueba es muy frágil y puede alterarse con mucha facilidad, el manejo no difiere en mucho respecto al de las demás muestras biológicas, su recolección debe hacerse utilizando pinzas, depositándolos en bolsas de papel en forma individual, pese a que aparezcan todos juntos e incluso parezcan, microscópicamente, proceder de una misma persona.

Una vez recogido, el indicio debe conservarse en ambiente frío y seco, dentro de la bolsa cerrada que lo contenga. Su estudio puede comprender aspectos morfológicos cromáticos, químicos y de ADN, para lo cual no es necesario que siempre cuente el pelo con bulbo (ya que puede extraerse ADN mitocondrial).

Manejo de estructuras dentarias

El hallazgo y posterior manipulación de las estructuras dentarias se realizará siguiendo el contexto general para las muestras biológicas, salvo las consideraciones siguientes:

1. Las estructuras anatómicas se deben dejar secar al medio ambiente, si existen tejidos blandos adheridos se debe prever la forma de retirarlos para la obtención de muestra adicional para ADN.
2. Limpieza minuciosa de las estructuras, sin uso de agua y solamente con cepillo suave.
3. Fijar mediante fotografía y video, de ser posible, cada paso de la manipulación, partiendo del estado original de los elementos.

4. Recolectar posibles fragmentos de restauraciones rotas o de reconstrucciones de prótesis desprendidas.

5. Embalar en forma individual cada estructura en papel blanco limpio y llenar adecuadamente la cadena de custodia.

Manejo de restos óseos

El hallazgo de restos óseos en la escena puede presentarse como restos en superficie o en enterramientos. De ser encontrados en superficie, el manejo inicial dentro de la escena corresponde al de un elemento de prueba, especialmente en lo que se refiere a la fijación mediante la fotografía, video, topografía, y a la descripción de la posición original del cuerpo y de todos los elementos asociados a él. Todas las osamentas serán señalizadas "in situ" para mejor reconocimiento y evitar que sean pisadas o destruidas. Para la manipulación que lleve a la recolección, embalaje y transporte de los restos óseos se deben seguir las siguientes recomendaciones:

1. El recolector debe usar overol desechable, guantes, tapabocas, gafas protectoras y gorro.

2. El área del hallazgo debe ser mapeada, demarcada y dividida en cuadrículas debidamente señalizadas, para mayor precisión en la ubicación de cada hueso (coordenadas cartesianas orientadas con el norte), además se fijará un punto a partir del cual se tomarán todas las mediciones; igualmente se precisa cuando exista algún grado de profundidad en el hallazgo, determinando un "nivel cero" que corresponde al nivel de superficie del terreno.

3. Una vez fijados los restos óseos, se deben manipular en forma independiente, al momento de retirarlos de su posición original en la escena, se debe hacer un inventario minucioso de cada osamenta indicando el nombre del hueso que se va a retirar y el número consecutivo que le corresponda como elemento de prueba.

4. Si la osamenta presenta algún grado de humedad, se debe dejar secar al medio ambiente antes de proceder a su embalaje y transporte.

5. En lo posible, se debe evitar limpiar la osamenta en la misma escena, esta labor se debe realizar en el laboratorio. En cualquier caso, no se debe utilizar agua, ni cualquier otra sustancia, para la labor de limpieza; esta se debe realizar en forma mecánica mediante cepillado o raspado de sus superficies, y los desechos de esta limpieza deben conservarse para posterior análisis en caso de requerirse.

6. Cada hueso se debe recolectar y envolver en papel periódico limpio procurando que durante el procedimiento no se produzca ningún tipo de deterioro,

especialmente fracturas por una inadecuada manipulación. Si existen fragmentos pequeños de hueso que se presuman correspondan a la misma estructura, se pueden recolectar en conjunto procurándoles una sola envoltura de papel hasta ser analizados en el laboratorio.

7. Una vez envuelto en papel, se le debe proteger con una segunda envoltura en material semirrígido (caja de cartón o de icopor) cuidando que no se mueva o golpee dentro de él. En este embalaje final se pueden ubicar las osamentas halladas en el lugar, las que previamente hemos envuelto en forma independiente en papel limpio. Finalmente, el recipiente (caja de cartón o icopor) debe ser rotulado conforme a las normas de la cadena de custodia.

8. En casos de hallazgos colectivos se debe tener el cuidado de garantizar un manejo sistemático de las osamentas, evitando que se mezclen huesos de diferentes individuos. Para ello cada individuo debe quedar embalado en forma independiente y su rotulado debe incluir toda la información del hallazgo.

9. En todos los casos se debe contar con una muestra patrón del terreno más próximo al hallazgo de las osamentas, con el fin de estar en capacidad de evaluar el grado y tipo de contaminación de los restos óseos. Esta muestra irá en bolsa de papel marcada.

10. El transporte de estos elementos de prueba debe realizarse en el menor tiempo posible para evitar al máximo que factores medioambientales o de embalaje contribuyan al deterioro de los elementos.

En caso de que el hallazgo corresponda a un enterramiento, se deberá tener en cuenta lo siguiente:

1. Realizar sobre el terreno una minuciosa labor de “prospección” del terreno, entendida como el estudio de las características del sitio que precisen la ubicación exacta del enterramiento. La labor de prospección incluye:

a. Examen visual del área, prestando atención a posibles transformaciones del paisaje.

b. Relevamiento (fijación del relieve) gráfico, topográfico, fotográfico y fílmico.

c. Análisis de los antecedentes que se tengan sobre el terreno, aportados por el testigo y de cualquier otra información sobre la zona.

d. Recolección del material hallado en superficie y limpieza del área.

2. Determinar el tipo de enterramiento, así:

a. Individual, si contiene restos de un solo individuo.

b. Común, cuando el enterramiento contiene más de un cuerpo. Este, a su vez, puede ser:

c. Sincrónico, si los cuerpos hallados corresponden todos a un mismo momento de muerte.

d. Diacrónicos, si los cuerpos hallados corresponden a diferentes momentos de muerte.

e. Primario, si los restos hallados se encuentran en posición anatómica original tal como fuese inhumado el (los) cuerpo(s), es decir, cuando las osamentas no han sido removidas.

f. Secundarios, si las osamentas se encuentran en posición diferente a la anatómica que indique que fueron removidos en algún momento. En este caso se pueden considerar dos formas:

g. Enterramientos alterados, si se demuestra que los restos han sido removidos por acción humana.

h. Enterramientos perturbados, si se demuestra que los restos han sido removidos por acción de animales.

3. Realizar un “plan de excavación”, con base en la información recogida en las etapas anteriores y de factores como situación geográfica, social, de orden público, recursos y tiempo disponible, acceso al sitio, etc. La excavación es un procedimiento que destruye los contextos originales porque requiere que se disponga de procedimientos de gran precisión.

4. La excavación deberá realizarse dentro del marco de un trabajo arqueológico que propenda a:

a. Una recuperación completa y precisa de los restos óseos y de los elementos de prueba asociados.

b. Evitar daños postmortem a los restos.

c. Recuperación del contexto de inhumación.

d. Documentación completa y detallada de las condiciones de los hallazgos que lleve a la reconstrucción histórica de los hechos.

5. Una vez hallados los restos óseos se procederá del mismo modo descrito para los restos en superficie.

6. De todo el procedimiento deberá existir un registro fílmico, fotográfico, topográfico y descriptivo que contemple las diferentes etapas a las que se alcanzó.

Manejo del cadáver en la escena

El hallazgo del cadáver en la escena se convierte en el mayor elemento probatorio a tener en cuenta. Respecto a él se tomarán todas las acciones atinentes a la protección y conservación de las condiciones del hallazgo de los elementos que se encuentren relacionados. El estudio que se haga sobre el cadáver cumplirá con los siguientes objetivos:

1. Identificación de la víctima.
2. Determinación de la manera y la causa de la muerte.
3. Identificación de las lesiones, su mecanismo y el elemento causal.
4. Establecimiento de las situaciones de abuso, maltrato o tortura sobre la víctima.
5. Determinación del tiempo de muerte.
6. Establecimiento de la expectativa de vida.
7. Establecimiento de la supervivencia.
8. Identificación del victimario.
9. Establecimiento de responsabilidades en la conducta.
10. Establecimiento de situaciones de interés sanitario.
11. Establecimiento de situaciones de interés laboral o de salud ocupacional.
12. Establecimiento de responsabilidad profesional médica.
13. En gestantes, establecimiento de si ocurrió aborto y su modalidad.
14. Establecimiento de condiciones para donación de órganos.

Para alcanzar los objetivos propuestos se requiere que el estudio del cadáver se realice en el contexto en donde se produce el hallazgo; su manejo en la escena se inicia con la fijación y estudio de los elementos que guardan relación con él. El estudio del cadáver en la escena es opcional según las necesidades investigativas. Si se realiza debe hacerse después de haberse realizado su fijación topográfica, fotográfica, por video y en forma descriptiva. Para ello el cadáver debe ser movilizado fuera de la escena y en lugar aislado se realizará su descripción externa, indicando aquellos aspectos que sean visibles a simple vista sin que se realicen grandes manipulaciones,

se describirán las prendas de vestir, su apariencia general e igualmente aquellos traumatismos que se evidencien fácilmente, indicando su ubicación anatómica y el posible elemento causal.

En lo posible el investigador debe continuar el reconocimiento del cuerpo en la morgue, con la asistencia del médico que va a llevar a cabo la necropsia; es importante que el investigador esté presente durante la autopsia. Tomará notas de la causa de la muerte, la localización de las heridas y el elemento con el que se causaron. Se deberá tomar nota del cálculo estimatorio de la hora de la muerte.

Antes de desvestir a la víctima, deberá examinarse una vez más la vestimenta, con el fin de cotejar las manchas de sangre, desgarros o soluciones de continuidad y presencia de residuos de disparo u otros materiales que constituyan prueba. En caso de tratarse de un cuerpo no identificado tome la foto de filiación, con prendas de vestir y de marcas o señales particulares.

En lo posible no corte las prendas, pero si es necesario hacerlo, evite cortar las zonas ensangrentadas, manchas y partes de daños obvios; particularmente, los puntos de entradas de proyectiles o armas cortopunzantes o punzantes. No deberán sacudirse las prendas al desvestir a la víctima. Si una prenda está mojada o empapada con sangre es mejor ponerla a secar, antes de guardarla; para esto deberá empacarla por separado en una bolsa de papel y rotularla.

Una vez desnudo el cuerpo de la víctima, se examina nuevamente y se registran todas las marcas o heridas. Deberán tomarse fotografías de primer plano de las heridas y/o marcas que incluyan el testigo métrico y el número del caso.

De ser necesario se reunirán muestras de diferentes partes del cuerpo como pueden ser de cabello, de vello de debajo de las uñas, frotis de diferentes áreas, tratando de recuperar alguna huella o rastro que pueda significar un elemento de prueba. Si se deben determinar residuos de disparo en las manos, hágalo antes de tomar las huellas digitales.

Con los elementos de prueba recuperados del cuerpo, siga el procedimiento de cadena de custodia para su envío al laboratorio y posterior análisis.

Obtenga al final el informe completo del resultado de la necropsia.

Manejo de muestras de saliva

Las muestras de saliva en la escena se podrán recuperar en forma líquida o de mancha, sobre cualquier tipo de superficie incluso sobre la piel de la víctima. La

importancia de la recuperación de este tipo de fluido biológico radica en la posibilidad de que el fluido se acompañe de células epiteliales desprendidas de la boca y que pueden ser las aportantes de material genético que permita obtener perfiles que conduzcan a una identificación plena.

La manipulación de la saliva se hace siguiendo las técnicas para la recolección y embalaje de sangre.

Manejo de elementos de prueba electrónicos

El manejo de elementos de prueba electrónicos, como discos duros de computador, C.D., disquetes, equipos de telefonía, calculadoras, rastreadores, posicionadores satelitales, etc., contempla los procedimientos generales para un documento, pero adicionalmente se recomienda:

1. No realizar manipulaciones excesivas al elemento.
2. El manejo directo del elemento debe hacerse preferiblemente con guantes de hilo evitando contaminarlo con sustancias grasosas y polvo.
3. Deben evitarse ambientes húmedos y cálidos, así como la cercanía a campos magnéticos o de radiación.
4. En lo posible, la información contenida en el elemento debe copiarse y generar copias de respaldo, dejando las respectivas anotaciones que garanticen la originalidad de la copia.
5. Para su estudio se utilizarán equipos en buen estado de funcionamiento, con el fin de evitar cualquier daño o deterioro sobre el elemento de prueba.
6. La recolección, embalaje, rotulado y transporte se realizará siguiendo las indicaciones descritas para los documentos.

Síntesis de la Unidad

Inicialmente el manejo de los “elementos materiales” probatorios obedece al tipo de elemento que se trate y, en forma específica, a como decida el investigador desarrollar su “capacidad demostrativa”, de tal forma que debe existir coherencia entre la actividad investigativa representada en el manejo dado al elemento y el objetivo perseguido de llegar a la verdad a través del elemento. Sin embargo, a pesar de que se requieren procedimientos específicos para cada caso en particular de manejo de elementos, existen conductas generales a tener en cuenta, tales como:

1. Los elementos materiales probatorios se deben proteger de los enemigos naturales: humedad, temperatura y contaminación.

2. Sea cual fuere el procedimiento a aplicar para el adecuado manejo del elemento, se debe recordar manipularlo lo menos posible.

3. El manejo oportuno del elemento material probatorio contribuye a preservar su capacidad demostrativa y permite, por esta vía, su utilidad en el momento de la audiencia de juicio.

4. La preservación, embalaje y almacenamiento de un elemento debe corresponder al interés de mantener y desarrollar la capacidad demostrativa descubierta por el investigador.

Por parte del discente se deben realizar las siguientes actividades:

Ca

A. Responder y argumentar las siguientes situaciones:

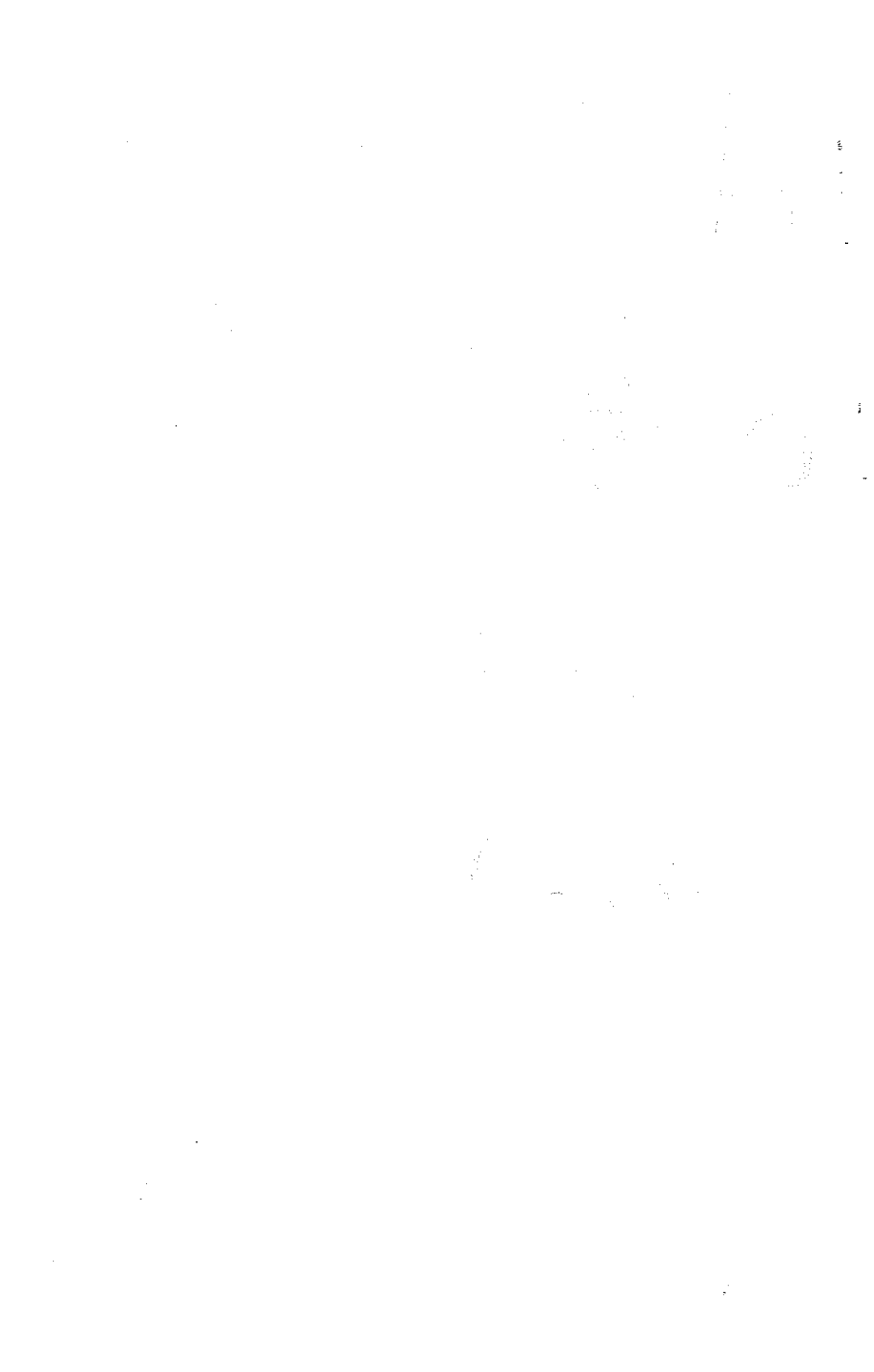
1. Si durante el examen de la escena usted halla un elemento biológico, ¿qué aspectos tomaría en cuenta antes de iniciar su manipulación?

2. ¿Qué aspectos tendría usted en cuenta en el momento de iniciar la recolección del elemento material probatorio clasificado como "documento"?

3. En caso de decidir el embalaje correcto para un elemento de prueba de tipo químico, usted tendría en cuenta los siguientes aspectos:

B. Señale el orden lógico de los procedimientos a aplicar en caso de:

1. Manejo de prendas de vestir con destino a análisis de ADN.
2. Otorgar un almacenamiento a un elemento material probatorio de tipo químico.



BIBLIOGRAFÍA

BÁSICA

Constitución Política de Colombia, 1991.

Código de Procedimiento Penal – Ley 600 de 2000.

Código de Procedimiento Penal – Ley 906 de 2004.

Dirección Nacional de Instrucción Criminal, Manual del Manejo investigativo del lugar de los hechos.

Fiscalía General de la Nación. Manual de Investigación Criminal.

Fiscalía General de la Nación. Manual de Policía Judicial.

Escuela de Oficiales de Policía General Santander. Manual de Plan de Estudios de Criminalística. Sistema Nacional para la Prevención y Atención de Desastres en Colombia. Decreto 919 de 1989.

Ministerio del Interior-Colombia. Generalidades sobre la guía de actuación en caso de un desastre súbito y natural de cobertura nacional.

Manejo de cadáveres en desastres en masa, Instituto Nacional de Medicina Legal-Colombia.

GONZÁLEZ, Jorge. Manual para manejo de desastres en masa – Cuba.

FARINELLI FIERRO, Marcela. Identificación of human remains.

GARCÍA VALENCIA, Jesús Ignacio. Teoría General de la Prueba Judicial,

ARENAS SALAZAR, Jorge. Las Pruebas en el proceso Penal.

Departamento del Tesoro de los Estados Unidos-ATF. Manual de Ciencias Forenses, Departamento de Justicia de los Estados Unidos-FBI; Identificación y rastreo de explosivos.

Departamento del Tesoro de los Estados Unidos-ATF. Manual de campo para identificación de armas de fuego.

Departamento de Justicia de los Estados Unidos-FBI. Pautas para la recolección de evidencias.

BRIONES G. Métodos y técnicas en la investigación para las ciencias sociales- México.

CASTRO MONGE, Rodrigo. Manual básico de recolección de indicios en el sitio del suceso.

SANZ ABALOS, Alejandro. La inspección técnico policial en el lugar del delito-España.

SODERMAN H. Y O'CONNELL J. Métodos modernos de investigación policiaca. México.

LÓPEZ CALVO, Pedro, Investigación criminal y Criminalística.

TÉLLEZ RODRÍGUEZ, Nelson Ricardo. Medicina Forense: Manual Integrado. Ed. Universidad Nacional de Colombia-Sede Bogotá, 2002.

SIMONIN. Medicina Legal Judicial, Ed. Interamericana. 1990.

VARGAS ALVARADO, Eduardo. Introducción a la Medicina Legal. Ed. Interamericana. 1996.

RODRÍGUEZ, José Vicente. Antropología forense.

GIRALDO, César Augusto. Medicina Forense, Librería Señal Editora, 2000.

SOLÓRZANO Roberto. Medicina Legal. Ed Temis, 2003.

SÁNCHEZ, María Dolores. Manual de lesiones personales, Publicación del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

LORENTE, José Antonio. El ADN y la identificación en la Investigación Criminal, Editorial Comares.

REFERENCIA

www.journalforensicscience.com

www.police2.urc.edu/forensic.htm

www.fbi.gov/library

www.fbi.gov/hq/lab/fsc/current/index.htm

www.doctor.co.il/052spec.htm

www.icsia.com

www.redwop.com/minutiae.asp

www.amadeo.com

www.doyma.es

www.lab314.com

www.peritajes.com

www.celera.com/

www.forensic-science-society.org.uk/

www.nature.com/genomics/

www.whybiotech.com/

NOTAS DE ACTUALIZACIÓN DEL MÓDULO POR PARTE DEL COMITÉ ACADÉMICO DE LOS PROGRAMAS DE FORMACIÓN JUDICIAL ESPECIALIZADA DEL ÁREA PENAL DE LA ESCUELA JUDICIAL “RODRIGO LARA BONILLA”

El análisis teórico argumentativo que hace el autor en el presente módulo constituye, sin duda, un avance en la comprensión de las temáticas que aborda; no obstante, el paso del tiempo hace necesario advertir a los discentes sobre los cambios normativos y desarrollos jurisprudenciales más significativos que se han presentado a partir de la fecha de la primera publicación del trabajo, motivo por el cual el Comité Académico de los Programas de Formación Judicial Especializada del área Penal de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, ofrece los siguientes comentarios y referencias que, sin ser exhaustivos, corresponden a los más notorios avances legislativos y jurisprudenciales que han surgido a partir de la fecha de publicación hasta el momento de esta nueva edición del módulo, los cuales deben ser complementados, en todo caso, por el lector atendiendo al propósito de mantener el modelo educativo de la Escuela, en el sentido de que todos los módulos, como expresión de la construcción colectiva, democrática y solidaria de conocimiento en la Rama Judicial y particularmente de la sistemática penal acusatoria, están sujetos a un permanente proceso de retroalimentación y actualización, especialmente ante la evolución jurisprudencial que emerge de los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional y que, no pocas veces, implica para los magistrados y magistradas, jueces y juezas abordar discusiones conceptuales de gran calado y hondas consecuencias para la praxis judicial.

PRUEBA TÉCNICA Y TESTIMONIAL

Autores: Jorge Isaac Arenas Salazar y Carlos Eduardo Valdés

Un primer tema es el de la prueba de referencia, testimonial y técnica, que el módulo trata someramente al hacer la clasificación de los testigos (página 33) afirmando que esta clase de testigo quedó excluido en el nuevo Código de Procedimiento Penal colombiano (página 34); sin embargo, la Sala de Casación penal de la Corte Suprema de Justicia ha emitido varios pronunciamientos en un sentido diverso, tales como la Sentencia del 30 de marzo de 2006, R. 24468 y la Sentencia del 21 de febrero de 2007, R. 25920, en las que se predica la validez de la prueba testimonial indirecta, de oídas o de referencia, así como su utilidad de manera excepcional cuando no se cuenta con prueba directa. El pronunciamiento más reciente es la Sentencia del 6 de marzo de 2008, R. 27477, en la cual se hace un estudio más amplio de la prueba de referencia y sus distintas clases.

El segundo acápite se dedica al juramento, tema que se trata en la primera Unidad del Módulo en dos apartes diferentes, el primero al referirse al falso testimonio (página 48) y el segundo dedicado específicamente al juramento (páginas 62-63); en esta oportunidad se destaca la Sentencia del 28 de mayo de 2008, proferida dentro del radicado No. 22.476, en la que se analiza ampliamente esta figura, tanto en el ordenamiento anterior (Ley 600 de 2000) como en el actual (Ley 906 de 2004), al tiempo que se diferencian las consecuencias penales derivadas de su violación, respecto de los efectos relacionados con la validez misma del testimonio.

En tercer lugar se aborda el tema de las entrevistas y su valor probatorio, para lo cual se transcribe parcialmente la Sentencia del 7 de febrero de 2007, dentro del radicado No. 26.727. Si bien este tema no aparece tratado de manera expresa en el Módulo, es de gran importancia, dada su íntima relación con la prueba testimonial y especialmente con la impugnación del testigo y la posibilidad de que se consulten documentos necesarios para refrescar la memoria (página 67 del módulo), entre los cuales puede haber entrevistas.

El cuarto acápite de este documento se dedica al interrogatorio, que se trata en el módulo bajo los títulos “Examen de testigos” (páginas 63 a 66) y “Reglas del Interrogatorio” (páginas 66 a 69); en este documento se destaca el auto del 26 de octubre de 2007, proferido por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, dentro del Radicado No. 27.608, en el cual se hacen precisiones sobre las posibilidades de una de las partes de someter a interrogatorio directo al testigo de

la contraparte y especialmente, la posibilidad que tiene la Fiscalía de interrogar directamente al acusado cuando este ha ofrecido su testimonio en el juicio oral; sobre este último tema el módulo contiene un aparte sobre el “Acusado como testigo” (páginas 72-73).

En el quinto punto de esta adenda de actualización, se transcribe parcialmente la sentencia del 3 de mayo de 2007, proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, dentro del Radicado No. 26.467, que trata sobre el contrainterrogatorio, tema al cual le dedica el autor del módulo el acápite titulado “Reglas sobre el contrainterrogatorio” (páginas 69 a 72). El acápite sexto se dedica conjuntamente al interrogatorio y contrainterrogatorio, en la perspectiva de la exclusión de la víctima de participar en estos escenarios probatorios, interrogando o contrainterrogando a los testigos, efecto para el cual se transcribe la Sentencia C-343 de 2007, Expediente D-6474, por la cual fueron declarados exequibles los artículos 391 y 395 de la Ley 906/04, por la Corte Constitucional.

El séptimo punto de este documento se dedica al testigo común y testigo único, tema este tratado, aunque en una perspectiva muy diferente, en el módulo bajo el título “Testigo común y testigo técnico” (páginas 35-36). Al respecto, la Sentencia del 8 de noviembre de 2007, proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, dentro del Radicado No. 26.411, en la cual se hace referencia al testigo común como aquel que es solicitado por ambas partes y se analizan las consecuencias del desistimiento de la prueba testimonial por quien la solicitó, así como la renuencia del testigo, por efectos de su fuga, tema este último que ocupa la atención del autor del módulo en los apartes dedicados a las “Medidas especiales para asegurar la comparecencia de testigos” (páginas 45 a 47) y las “Consecuencias para el testigo que persiste en su renuencia y no declara” (páginas 48 a 50).

Finalmente, en armonía con el tema tratado en la Unidad Uno bajo el título “Amenazas a testigo” (páginas 49-50), se dedica un último numeral al tema de la protección de testigos, siguiendo la Sentencia de Casación Penal del 9 de noviembre de 2006, R. 25.738, en la cual se hace un llamado de atención a la Fiscalía para que ponga un mayor empeño en la protección de los testigos amenazados o en situación de riesgo por causa de sus manifestaciones a la administración de justicia, luego de constatar en un caso concreto la falta de apoyo en seguridad para un testigo.

Sobre la prueba pericial o técnica, se tratan dos temas: el primero es el de la cadena de custodia, en relación con la prueba pericial médica, que ocupa la atención del autor del módulo en la segunda unidad (La Prueba Técnica) y especialmente

en el capítulo primero (“Cadena de custodia y manejo de elementos materiales probatorios”), para el cual se cita la sentencia del 21 de febrero de 2007, dentro del Radicado No. 25920, reiterada en la Sentencia del 23 de abril de 2008, R. 29.416, en la que se agregan algunas precisiones sobre esta materia.

El segundo es el de los requisitos para la valoración de la prueba técnica, analizados por la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia de Casación Penal del 11 de abril de 2007, Radicado No. 26.128, complementada con la Sentencia del 20 de febrero de 2008, R. 28.862, en la cual se reclama la valoración integral del informe con la declaración del perito. Finalmente, como un punto adicional de valoración de la prueba técnica, se cita la Sentencia del 29 de febrero de 2008, R. 28.257, sobre un caso de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, en la cual se descarta que la prueba pericial técnica sea una prueba de referencia, pues aunque los expertos no hayan presenciado los hechos, dan cuenta de lo observado por ellos personalmente, sobre la víctima y así sus dichos resultan ser prueba directa.

1. PRUEBA DE REFERENCIA – TESTIMONIAL Y TÉCNICA

CSJ, SCP, Sentencia del 30 de marzo de 2006, R. 24468, M.P. Édgar Lombana Trujillo.

“1. ALGUNOS ASPECTOS DE LAS PRUEBAS DE REFERENCIA:

1.1. En Colombia, el régimen de procedimiento penal adoptado con la Ley 906 de 2004 consagra la prueba testifical directa como norma general, al prever en el artículo 402 (*conocimiento personal*) que el “*testigo únicamente podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar y percibir*”. Ello es así, por cuanto forma parte del *principio de inmediación*¹ en materia probatoria que el contenido de la declaración se circunscriba a lo visto o escuchado en forma personal y sin intermediarios, para no romper la conexión directa que debe existir entre el sujeto que percibe y el objeto de la percepción. En virtud de aquel principio, en el juicio oral únicamente se estimarán los contenidos probatorios que se hubiesen producido e incorporado en forma pública, oral y ante el juez de conocimiento, con excepción de los eventos en que se admite la prueba anticipada y la prueba de referencia².

1 Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, artículo 16.

2 Artículos 15, 378 y 379 *ibídem*.

1.2. Sin embargo, no siempre es factible que los testigos comparezcan personalmente al juicio, caso en el cual, acreditada en términos razonables la imposibilidad de recaudar el testimonio de la fuente directa, por razones constitucionales vinculadas a la realización de la justicia material, se confiere cierto grado de validez al *testigo de referencia*, que también suele llamarse testigo de oídas o testigo indirecto, y es una especie del género de pruebas de referencia admisibles en la legislación³. Acreditar en modo razonable la imposibilidad de que el testigo directo comparezca, forma parte de las exigencias legales que condicionan la pertinencia, el decreto y la práctica excepcional del testimonio de referencia. Similar tipo de condicionamientos, *mutatis mutandi*, se predica en general de todas las pruebas de referencia. En el anterior sentido, el artículo 375 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) señala que el elemento material probatorio, la evidencia física y el medio de prueba serán pertinentes cuando se refieran directa o indirectamente, a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva y a sus consecuencias, así como a la identidad o a la responsabilidad penal del acusado; y cuando solo sirvan para hacer más o menos probable uno de los hechos o circunstancias mencionados, o se refiera a la credibilidad de un testigo o de un perito. Y en el mismo orden de ideas, el artículo 379 dice una vez más que es excepcional la admisibilidad de las pruebas de referencia, porque la regla general es el acatamiento del *principio de inmediación*.

1.3. Las particularidades de la prueba de referencia y la dificultad práctica de controvertir los contenidos referidos determinan que a ese género de pruebas la legislación reconozca un poder suasorio restringido, al estipular en el artículo 381 que “*la sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia*”, consagrando así una tarifa legal negativa, cuyo desacatamiento podría configurar un falso juicio de convicción⁴. Quiere decir lo anterior que el aporte del testigo de referencia no es suficiente por sí solo como medio de conocimiento válido para desvirtuar la presunción de inocencia, pues para tal efecto es indispensable la presencia de otros medios probatorios para verificar o confirmar el contenido del relato indirecto. Así es que, la entidad suasoria de la prueba de referencia no depende de sí misma, sino del respaldo que le brinden las otras pruebas, aunque sea a través de la construcción de inferencias indiciarias.

1.4. La admisibilidad excepcional del testimonio de referencia, y el valor menguado que la ley le asigna, se explica, de una parte, porque recorta el derecho a la

3 Artículos 437 y ss. *Ibidem*.

4 Cfr. Sala de Casación Penal, Sentencia del 24 de noviembre de 2005, radicación 24.323.

defensa, en cuanto no es factible interrogar al autor directo del relato que hace quien lo oyó; y de otra, porque al Juez se le dificulta la labor de confeccionar raciocinios adecuados sobre la credibilidad del testimonio indirecto, cuando no es posible confrontarlo con la fuente directa del mensaje transmitido por el declarante de referencia.

1.5. De otro lado, la *prueba de referencia* también es válida si se aduce para corroborar la credibilidad de otros medios, o para impugnar esa credibilidad; y es válida también como elemento de partida de inferencias indiciarias, según se desprende de los artículos 437 y 440 de la Ley 906 de 2004. Por lo demás, superadas las exigencias legales de pertinencia y aducción de la *prueba de referencia*, su contenido se apreciará en conjunto, con el resto de medios de conocimiento⁵, sin más limitación que la impuesta por los parámetros de la sana crítica.

1.6. Ahora bien, el artículo 438 del mismo Código enlista unos casos como los únicos en los cuales es admisible la *prueba de referencia*. No obstante, dicha norma no puede interpretarse aisladamente, sino en el marco constitucional y en armonía con la sistemática probatoria del nuevo régimen de procedimiento penal, uno de cuyos fines superiores consiste en la búsqueda de la verdad compatible con la justicia material, por lo cual, el juez en cada evento determinará cuándo es pertinente alguna *prueba de referencia* que pretendan aducir las partes; y en todo caso, el Juez queda obligado a otorgar a ese género de pruebas un valor de convicción menguado o restringido, como lo manda el artículo 381. Es que la problemática real sobre la *prueba de referencia* gira esencialmente en torno de su credibilidad o poder suasorio, antes que en torno de su pertinencia o legalidad. En tratándose de testigos de referencia, el problema central lo constituye la credibilidad que pueda otorgarse a la declaración referenciada, pues estos testigos son transmisores de lo que otros ojos y oídos han percibido, por lo cual, se insiste, la credibilidad que pudiese derivar de ese aporte probatorio queda supeditada al complemento con otro género de pruebas, y condicionada a que no sea posible la intervención de los testigos directos.

1.7. Es factible que se decrete un testimonio, a solicitud de la Fiscalía, la defensa o el Ministerio Público (por excepción), y que en su desarrollo el testigo directo relate además de sus percepciones personales, algunos contenidos referidos o escuchados a otros. Frente a tal eventualidad, de no extraña ocurrencia, la prueba no deviene ilegal, ni improcedente, sino que compete a los intervinientes, como partes con intereses opuestos, ejercer el derecho de impugnación, por ejemplo, sobre la

5 Artículo 382 ibídem.

credibilidad del testigo en esas condiciones; y al juez toca identificar los contenidos de declaración directa y los relatos de oídas para efectos de la apreciación de dicha prueba. Lo anterior, por cuanto, se insiste, la problemática esencial de la prueba de referencia no radica en la pertinencia ni en la legalidad determinada *ex ante*, sino en la posibilidad de controvertirla, y en la valoración o fuerza de convicción que de ella pudiere derivarse.

1.8. Ahora bien, que el testigo directo pueda comparecer, no sólo implica que esté en posibilidad de asistir físicamente al juicio oral, o a través de un medio electrónico —televideo conferencia—;⁶ sino que, lo realmente importante es que pueda acudir con uso y goce de sus facultades físico-mentales, pues si no está en tales condiciones, quizá no sea idóneo como testigo y entonces será factible apoyarse en la prueba indirecta para que otros relaten lo que aquel expresó. ...

1.10. En síntesis, las pruebas de referencia—el testimonio de oídas o indirecto, entre ellas—, solo son pertinentes por excepción cuando por alguna razón acreditada en términos razonables no se pueda recaudar la prueba directa; y como tal, la prueba indirecta no es válida por sí sola, ni en conjunto de pruebas indirectas, para desvirtuar la presunción de inocencia más allá de toda duda razonable, sino que siempre será necesaria la presencia de otros medios de conocimiento.

1.11. No está por demás recordar que la legislación procesal penal colombiana otorga a la prueba de referencia un tratamiento que en términos generales acompasa con los parámetros establecidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuyas sentencias de alguna manera informan el estado de la cuestión en el concierto de las naciones. A manera de ejemplo del estudio del tema en el derecho comparado, se trae la Sentencia del 31 de octubre de 2000, proferida por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid⁷: *“Es cierto que la regulación de la ley responde, como tendencia, al principio de inmediación de la prueba, entendiéndose por tal la utilización del medio de prueba más directo y no los simples relatos sobre este, pero ello no significa que deban rechazarse en forma absoluta los testimonios de referencias u oídas, porque no siempre es posible obtener y practicar la prueba original y directa, que en muchos supuestos puede devenir imposible, y, en definitiva, la problemática que plantea la prueba de referencia es, como en cualquier otra prueba, el relativo a su veracidad y credibilidad. ...*

6 Artículo 146, numeral 5, *ibidem*.

7 Fuente: Internet. <http://www.sc.ehu.es/dpwlona/legislacion/Jurisprudencia/Tribunal%20del%20Jurado/Jurisprudencia%20-%20Jurado%20-%20ad%20quem%20-%2083.htm>).

El Tribunal Constitucional Español sigue la tesis jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, exigiendo para desplazar o sustituir totalmente la prueba testifical directa, que se trate de casos de prueba sumarial anticipada o de imposibilidad material de comparecencia del testigo presencial a la llamada al juicio oral (Sentencia del Tribunal Constitucional 303/93). En este punto la doctrina de este Tribunal sigue el canon hermenéutico proporcionado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (artículo 10.2 CE en relación con el artículo 6° del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos caso Delta, de 19 diciembre 1990; caso Isgro, de 19 de febrero 1991; caso Asch, de 26 abril 1991, entre otras). ... El Tribunal Constitucional Español reconoce que su doctrina sobre la prueba sumarial anticipada o la imposibilidad material de comparecencia del testigo presencial en el juicio oral tiene su base y precedente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que había declarado como contraria a lo dispuesto en el artículo 6° del Convenio Europeo de Derechos Humanos, la sustitución del testigo directo por el indirecto sin causa legítima que justifique la inasistencia de aquel al juicio oral (entre otras, Delta c. Franci Elena, 19 diciembre; Isgro c. Italia, 19 febrero 1991; Asch c. Austria, 26 abril 1991 en particular; sobre la prohibición de testigos anónimos Windisch c. Austria de 27 septiembre 1990 y Ludl c. Suiza de 15 junio 1992)”.

En la siguiente sentencia de febrero de 2007, la Corte siguió desarrollando la doctrina sobre la prueba de referencia, así:

CSJ, SCP, Sentencia del 21 de febrero de 2007, R. 25920, M.P. Javier Zapata Ortiz.

“3.3. Marco jurídico conceptual

La *prueba de referencia* es, quizá, una de las temáticas más controversiales del derecho actual, tanto en el área civil como en la penal, y especialmente en los sistemas de enjuiciamiento acusatorio.

3.3.1. El régimen de procedimiento penal colombiano (Ley 906 de 2004) exige —por principio general— el conocimiento personal directo, al prever en el artículo 402 que el “*testigo únicamente podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar y percibir*”.

Acorde con tal imperativo, el *principio de inmediatez*⁸ en materia probatoria presupone que las pruebas se practiquen en forma oral y pública en el juicio⁹, y

8 Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, artículo 16.

9 Con excepción de las pruebas que se hubiesen producido o incorporado anticipadamente ante el juez de control de garantías.

que las declaraciones se circunscriban a lo visto o escuchado en forma personal y sin intermediarios, de modo que no se pierda la conexión directa que debe existir entre el sujeto que percibe y el objeto de la percepción. Aun así, por excepción, es factible admitir pruebas que no se hubiesen practicado en el juicio oral —*pruebas de referencia*— a las cuales el legislador asigna un mérito menguado o restringido, al punto que no podrán servir por sí solas para fundamentar la sentencia condenatoria. En Puerto Rico opera una especie de *regla de exclusión* contra la *prueba de referencia*. Tal exclusión, que en principio fue severa, ha ido cediendo paulatinamente ante la realidad práctica y la necesidad de administrar justicia en términos racionales, hasta generar una serie de “*excepciones*” que permiten el ingreso de ese género de pruebas al debate oral, claro está, con valor o peso suasorio menguado. Tal el caso de los sistemas de enjuiciamiento federal de los Estados Unidos de Norte América y de Puerto Rico, donde el catálogo de excepciones pasa de cuarenta posibilidades¹⁰.

3.3.2. El artículo 437 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) ofrece la siguiente noción: “*Se considera como prueba de referencia toda declaración realizada fuera del juicio oral y que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate, cuando no sea posible practicarla en el juicio.*” La *prueba de referencia* también es válida si se aduce para corroborar la credibilidad de otros medios o para impugnar esa credibilidad y como elemento de partida de inferencias indiciarias, según se desprende de los artículos 437 y 440 *ibidem*.

3.3.3. En la Sentencia del 30 de marzo de 2006 (*radicación 24468*), la Sala de Casación Penal inició el estudio de lo concerniente a la prueba de referencia, destacando, entre otros, estos aspectos: “*1.3. Las particularidades de la prueba de referencia y la dificultad práctica de controvertir los contenidos referidos determinan que a ese género de pruebas la legislación reconozca un poder suasorio restringido, al estipular en el artículo 381 que “la sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia”, consagrando así una tarifa legal negativa, cuyo desacatamiento podría configurar un falso juicio de convicción*”¹¹... *Es que la problemática real sobre la prueba de referencia gira esencialmente en torno de su credibilidad o poder suasorio, antes que en torno de su pertinencia o legalidad. En tratándose de testigos de referencia, el problema central lo*

10 CHIESA, Ernesto L. Tratado de Derecho Probatorio. Reglas de Evidencia de Puerto Rico y Federales. Publicaciones JTS. USA. 2005. Tomo III, pág. 38.

11 Cfr. Sala de Casación Penal, Sentencia del 24 de noviembre de 2005, *radicación 24.323*.

constituye la credibilidad que pueda otorgarse a la declaración referenciada, pues estos testigos son transmisores de lo que otros ojos y oídos han percibido, por lo cual, se insiste, la credibilidad que pudiere derivar de ese aporte probatorio queda supeditada al complemento con otro género de pruebas, y condicionada a que no sea posible la intervención de los testigos directos”...

1.7. Es factible que se decrete un testimonio, a solicitud de la Fiscalía, la defensa o el Ministerio Público (por excepción), y que en su desarrollo el testigo directo relate además de sus percepciones personales, algunos contenidos referidos o escuchados a otros. Frente a tal eventualidad, de no extraña ocurrencia, la prueba no deviene ilegal, ni improcedente, sino que compete a los intervinientes, como partes con intereses opuestos, ejercer el derecho de impugnación, por ejemplo, sobre la credibilidad del testigo en esas condiciones; y al Juez toca identificar los contenidos de declaración directa y los relatos de oídas para efectos de la apreciación de dicha prueba. Lo anterior, por cuanto, se insiste, la problemática esencial de la prueba de referencia no radica en la pertinencia ni en la legalidad determinada *ex ante*, sino en la posibilidad de controvertirla, y en la valoración o fuerza de convicción que de ella pudiere derivarse.”

3.3.4. Los anteriores lineamientos jurisprudenciales permiten colegir que una vez practicada la prueba –testimonial, pericial o documental– no es atinado ni suficiente alegar en las instancias, ni en el recurso extraordinario de casación, que una prueba es *de referencia*, y por ende, reclamar su *exclusión* del acopio probatorio sin más argumentos.

Lo anterior, toda vez que en el régimen de la Ley 906 de 2004, detectar que una prueba ya practicada es *de referencia* o que tiene contenidos *de referencia* no la torna ilegal. Por ello, la parte interesada debe cuestionar su mérito o eficacia demostrativa, en lugar de demandar su *exclusión*. Lo que se espera es que para el juzgamiento todas las pruebas sean directas. No obstante, a menudo llegan a los juicios *contenidos probatorios de referencia*, por la manera como suceden las cosas en la realidad. Corresponde a las partes actuar con diligencia en el juicio oral para detectar las *pruebas de referencia* o los contenidos referidos de alguna prueba –testimonial por ejemplo–.

La objeción a las *respuestas de referencia* es el camino correcto para evitar que ese tipo de contenidos ingrese al conjunto probatorio, o para que el Juez los advierta en la apreciación. Como se observa, es un problema que atañe esencialmente a los adversarios; muchas veces el Juez no identifica *prima facie* las manifestaciones de referencia, sin que ello comporte una falta al deber funcional. Es más, puede ocurrir que la parte oferente de la prueba sea consciente que contiene algunas expresiones de referencia; no por ello toma distancia del principio de lealtad, ya que para garantizar la transparencia, la declaración se rinde en público, frente a la contraparte y al Juez. Y aun, es factible que la contraparte identifique la prueba de referencia y que no objete

ni solicite al Juez interrumpir el discurso del testigo, para cuestionar posteriormente la credibilidad del mismo.

3.3.5. Cuando ya se ha practicado la prueba y esta se cataloga *de referencia* o con contenidos de *referencia*, no por ello la prueba se torna ilegal y nunca lo ha sido. Por lo tanto, no es atinado solicitar sea excluida del acervo probatorio, pues la *regla de exclusión* solo puede recaer sobre *pruebas ilícitas* o *pruebas ilegales*, como se explicó en los capítulos anteriores. De ahí que, en el marco del recurso extraordinario de casación, cuando se atacan las *pruebas de referencia*, se precisa identificar en cada una los contenidos de referencia y demostrar en cada caso concreto que el Juez le asignó un mérito excesivo, contrario al que la ley admite, desconociendo la tarifa legal negativa, por sucumbir en el error de derecho denominado *falso juicio de convicción*.

3.5.6. En apartes anteriores, al estudiar el problema de los videocasetes, se dijo que las filmaciones o grabaciones de voz e imagen por cualquier medio técnico, de acontecimientos al mismo tiempo que ocurren, cuando se aducen como medios probatorios, conforman una categoría especial de evidencias, denominada en la doctrina "*testigo silente*". Es factible que el "*testigo silente*" opere como evidencia autónoma, como, por ejemplo, en tratándose de fotografías para difundir pornografía infantil, donde la imagen gráfica es el objeto mismo del ilícito; o puede utilizarse también para el interrogatorio de testigos, si fuere necesario, como en el caso de un hurto registrado en las cámaras de seguridad de un almacén, para identificar personas, determinar acciones, etc.

Por vía de ilustración, cuando una persona acude a una sala de cine, y al salir se le pregunta qué vio en la película, dicha persona contestará según sus percepciones directas, sobre lo que acaba de observar en pantalla. Si la película, fotografía o registro filmico es un "*testigo silente*" de la comisión de un delito, que se proyecta o exhibe en el juicio oral, y se pregunta por lo observado en esas imágenes, las respuestas que versen sobre las percepciones obtenidas en esas imágenes constituyen prueba directa y no *prueba de referencia*. En la eventualidad anterior se podrá polemizar en torno de la autenticidad del documento filmico, de la calidad de las imágenes, de la cadena de custodia, de la capacidad visual del testigo, de su condición mental, etc., o del mérito que pudiese concederse a lo declarado, temas todos vinculados con la estimación probatoria; mas, no será adecuado alegar que se está frente a una *prueba de referencia* para desestimar su mérito.

3.3.7. No ha sido pacífica la discusión jurídica en torno de la actividad de los peritos con relación a la *prueba de referencia*, en el sentido que en muchas ocasiones

emiten sus opiniones expertas sobre la base de información suministrada por otros. Los peritos médicos, por ejemplo, suelen conjugar entre sus elementos de estudio el relato de los pacientes, lo consignado en las historias clínicas, resultados de exámenes de laboratorio y literatura científica de variada índole. Se trata de resolver el siguiente problema jurídico: En tales condiciones, ¿cuando el perito rinde su testimonio en audiencia pública, actúa como *testigo de referencia*; o la prueba pericial así producida puede tenerse como *prueba de referencia*?

3.3.8. Importa distinguir entre el *informe pericial* y la *prueba pericial*. El *informe pericial* (artículo 415 Ley 906 de 2004) es la base de la opinión pericial, generalmente expresada por escrito, que contiene la ilustración experta o especializada solicitada por la parte que pretende aducir la prueba. Este informe debe ser puesto en conocimiento de las otras partes por lo menos con cinco (5) días de anticipación a la audiencia pública; y cuando se obtiene en la fase investigativa, se sujeta a las reglas de *descubrimiento y admisión en la audiencia preparatoria* (artículo 414 *ibídem*). Sin embargo, es factible también que el informe pericial se rinda en audiencia pública, cuando así se solicita por la parte interesada (artículo 412 *ibídem*). La *prueba pericial* es un acto procesal que normalmente se lleva a cabo en la audiencia del juicio oral, mediante la comparecencia personal del experto o expertos, para salvaguardar los principios de contradicción e inmediación; y se rige por las reglas del testimonio (artículo 405 *ibídem*), pues las partes interrogan y contrainterrogan a los peritos sobre los temas previamente consignados en el informe.

3.3.9. En *ningún caso* —dice perentoriamente el artículo 415— el informe pericial será admisible como evidencia, si el perito no declara oralmente en el juicio. Si el perito estuviese impedido para comparecer físicamente a la audiencia, podrá utilizarse el sistema de televideo conferencia— para que las partes, desde el recinto de la audiencia pública hagan el interrogatorio; si no se dispone del sistema de audiovideo, la prueba pericial “se cumplirá en el lugar que se encuentre —el experto—, en presencia del juez y de las partes que habrán de interrogarlo” (artículo 419 *ibídem*). El interrogatorio tiene como finalidad que el perito explique a cabalidad su informe previo, que traduzca sus notas y razonamientos a conclusiones prácticas sencillas, entendibles por las partes, la audiencia y el Juez. En suma, el informe escrito equivale a una declaración previa del perito, que se entrega con antelación a la contraparte, en salvaguarda del principio de *igualdad de armas*, para que pueda preparar el contrainterrogatorio; y puede servir también para refrescar la memoria del perito y para ponerle de presente contradicciones entre lo anotado en el informe y lo declarado actualmente en la audiencia del juicio oral.

3.3.10. Entre las labores de los médicos forenses oficiales, como los del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, se encuentra la de examinar pacientes a solicitud de la autoridad competente, a petición de la Fiscalía o de la defensa (*artículo 204 Ley 906 de 2004*). Generalmente, los médicos forenses estudian la historia clínica del paciente y analizan la información por él suministrada y otros datos o documentos, con el fin de tenerlos como elementos de su praxis profesional. Los resultados del examen son vertidos en un informe técnico-científico. Este informe —como se ha señalado— no tiene la calidad de evidencia por sí mismo y, por tanto, no es apropiado impugnarlo, como si se tratara de una prueba, y menos catalogarlo como *prueba de referencia*, por el hecho de que los peritos estudian la historia clínica escrita por los médicos tratantes y analizan la información suministrada por el mismo paciente. Lo correcto es dirigir la crítica hacia la prueba pericial misma y no al informe base; vale decir, a la declaración testimonial que hace el perito en la audiencia pública cuando es interrogado y contrainterrogado sobre el contenido del informe técnico-científico; porque es en esta oportunidad cuando el experto ayuda a comprender el tema especializado sobre el cual versan las preguntas.

3.3.11. Con la salvedad anterior, se precisa dilucidar si la prueba pericial médica se torna en *prueba de referencia*, por el hecho de que el experto analiza, entre los elementos de estudio, la historia clínica, que contiene diversas declaraciones y notas plasmadas por profesionales de la salud, por fuera de la audiencia pública. En el sistema procesal penal de Estados Unidos y Puerto Rico, en principio se entendía que se presentaba un problema de *prueba de referencia*, frente al perito que emitía sus opiniones o informes tomando como elementos de análisis informes y conclusiones de otras personas, desconocidas en el juicio.

La restricción, sin embargo, evolucionó hacia la admisión de ese tipo de prácticas periciales, en los eventos en que esos informes y elementos de análisis suministrados por terceros, son de aquellos que generalmente utiliza el perito en el ejercicio de su profesión. Así lo explica CHIESA¹², en su Tratado de Derecho Probatorio, mencionando los casos concretos conocidos por el Tribunal Supremo de Puerto Rico: “*En Reyes Acevedo se había dicho que “el perito médico no puede basar su opinión en informes y conclusiones de otras personas desconocidas por el jurado y no sostenidas por la prueba, o en informes de otros médicos, o récords de hospital, o en récords de la oficina del fiscal o en reseñas del juicio publicadas por la prensa, que no han sido admitidos en evidencia”.* Como se admite en Rivera Robles, esto ya no es sostenible bajo la Regla 56. Esta permite el testimonio pericial basado en la información obtenida antes del juicio o vista si es el tipo de información en la que generalmente

12 CHIESA, op. cit. Tomo I, pág. 522.

descansaría el perito en el ejercicio de su profesión. Que sea prueba de referencia es inadmisibile para excluir la opinión pericial por estar fundada en base impermisible.”

El mismo arquetipo de solución reflexiva se adopta ahora jurisprudencialmente para Colombia, donde también es una realidad, como en todas las latitudes, que los peritos —no solo médicos— tienen como parte de sus elementos de trabajo información obtenida por fuera de la audiencia pública.

La experticia médica es uno de los ejemplos más sobresalientes a ese respecto, pero no el único. El fundamento lógico del anterior aserto, en el caso de las pericias médicas, consiste en que si en la vida cotidiana los profesionales de la salud toman decisiones importantísimas para la vida de los pacientes, guiados por lo dicho en la historia clínica, lo explicado por otros médicos y lo relatado por el mismo paciente o por terceros, no se vislumbran argumentos razonables para descartar o enervar, por ese mismo motivo, la opinión pericial en el juicio oral basada en aquel tipo de información. El médico cirujano cree en las anotaciones que el anestesiólogo y el cardiólogo hacen en la historia clínica, y el cirujano procede contando con esa información. Si esa información es decididamente útil en la actividad médica normal en búsqueda de la recuperación del paciente, ¿por qué no admitirla entonces como base de la experticia que se rinde por otro facultativo en la audiencia del juicio oral, so pretexto de la configuración de una *prueba de referencia*? Por supuesto, en el anterior, como en todos los casos, es factible enderezar la crítica contra la prueba pericial en igualdad de condiciones que respecto de todas las pruebas; no porque se trate de una *prueba de referencia*, sino por cualquiera de los factores que deben sopesarse en la apreciación de la prueba pericial (*artículo 420 Ley 906 de 2004*).

3.3.12. Lo que es imprescindible y no admite excepciones es la garantía de los principios de *igualdad de armas y contradicción*. En los casos anteriores, el informe técnico-científico debe integrarse al proceso de descubrimiento probatorio, admitirse como evidencia con destino a la futura prueba pericial y debe ser real y efectivamente conocido por la contraparte, para que pueda diseñar una estrategia, si fuese de su interés. Y, por supuesto, la prueba pericial ha de tener lugar en el juicio oral, donde las partes pueden intervenir en el interrogatorio cruzado, sin más limitaciones que las derivadas de la constitución y la ley.”

CSJ, SCP, Sentencia del 6 de marzo de 2008, R. 27477, M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

En esta sentencia la Corte aborda de manera más amplia el estudio de la prueba de referencia, estableciendo la diferencia entre sus distintas clases.

2.1. Tratamiento de la prueba de referencia en el Código de Procedimiento Penal colombiano.

2.1.1. Noción

Por definición legal, la *prueba de referencia* es toda declaración realizada fuera del juicio oral y que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza o extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate, cuando no sea posible practicarla en juicio¹³. En términos menos abstrusos, puede decirse que *prueba de referencia* es la evidencia (medio probatorio) a través de la cual se pretende probar la verdad de una declaración realizada al margen del proceso por una persona determinada, no disponible para declarar en el juicio, que revela hechos de los cuales tuvo conocimiento personal, trascendentes para afirmar o negar la tipicidad de la conducta, el grado de intervención del sujeto agente, las circunstancias de atenuación o agravación concurrentes, la naturaleza o extensión del daño ocasionado, o cualquier otro aspecto sustancial del debate (antijuridicidad o culpabilidad, por ejemplo).

Para que una prueba pueda ser considerada *de referencia*, se requiere, por tanto, la concurrencia de varios elementos: (i) una declaración realizada por una persona fuera del juicio oral, (ii) que verse sobre aspectos que en forma directa o personal haya tenido la ocasión de observar o percibir, (iii) que exista un medio o modo de prueba que se ofrece como evidencia para probar la verdad de los hechos de que informa la declaración (testigo de oídas, por ejemplo), y (iv) que la verdad que se pretende probar tenga por objeto afirmar o negar aspectos sustanciales del debate (tipicidad de la conducta, grado de intervención, circunstancias de atenuación o agravación punitivas, naturaleza o extensión del daño causado, entre otros).

La doctrina comparada coincide en señalar, con criterio general, que la declaración que se realiza por fuera del juicio oral puede ser verbal o escrita, o provenir incluso de otras formas de comunicación normalmente aceptadas, como ademanes o expresiones gesticulares que provoquen en quien las percibe la impresión de asentimiento, negación o respuesta. También conviene en precisar que la declaración que informa de los hechos cuya verdad se pretende probar, debe provenir de una persona determinada, entendida por tal, la que se halla debidamente identificada, o cuando menos individualizada, con el fin de evitar que a través de la

13 Artículo 437 de la Ley 906 de 2004.

prueba de referencia se introduzcan al proceso rumores callejeros o manifestaciones anónimas, sin fuente conocida. La exigencia consistente en que la declaración realizada por fuera del juicio oral verse sobre hechos de los cuales la persona que hace la declaración ha tenido *conocimiento personal*, responde a los requerimientos del principio de inmediación objetiva, previsto en el artículo 402 del Código, que impone como condición para la admisión a práctica de un testimonio en el juicio, que el testigo informe de hechos o circunstancias que haya tenido la ocasión de observar o percibir en forma directa y personal: (“Artículo 402. **Conocimiento personal.** El testigo únicamente podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar o percibir. En caso de mediar controversia sobre el fundamento del conocimiento personal podrá objetarse la declaración mediante el procedimiento de impugnación de la credibilidad del testigo”.)

La prueba testimonial llamada *indirecta, de oídas, hearsay o ouï dire* (oir decir), es por antonomasia una especie de prueba de referencia, pero no la única. Existen otros modos o medios, igualmente admisibles, a través de los cuales puede intentarse probar la verdad de la declaración emitida por fuera del juicio oral, como por ejemplo una evidencia escrita (una carta) o un medio técnico (una grabación). Lo importante es que se trate de un medio legítimo, legalmente admisible, a través del cual se aspire llevar al proceso un conocimiento personal ajeno (de un tercero).

Una de las particularidades más sobresalientes de la prueba de referencia, y la que, a no dudarlo, marca la diferencia con la prueba directa, es que tenga por objeto probar la verdad de una declaración rendida por fuera del juicio oral por una persona que tuvo conocimiento personal y directo de aspectos que interesan a la justicia, quien no concurre al proceso. O lo que es igual, que la prueba tenga por finalidad introducir al debate oral conocimientos personales ajenos. Si A, por ejemplo, escuchó a B decir que C fue el autor del homicidio de Z, y A es llevado a juicio para probar la verdad de la afirmación hecha por B, es decir, que C fue el autor del homicidio, se estará frente a una prueba de referencia, pues lo buscado, a través de ella, es probar la verdad de un conocimiento personal ajeno. Pero si lo pretendido es simplemente acreditar que B hizo la manifestación, o que esta simplemente existió, independientemente de que su contenido sea o no veraz, se estará frente a una prueba directa, porque el aspecto que se pretende probar (que la manifestación se hizo) fue personalmente percibido por el testigo. Esta especial característica la diferencia también de la llamada *prueba de referencia con fines de impugnación*, a través de la cual no se busca probar la verdad de la declaración realizada por una persona que no está disponible para concurrir al juicio oral, como de ordinario acontece con la evidencia que se utiliza con propósitos estrictamente probatorios, sino simplemente con el

fin de cuestionar la credibilidad de un determinado testigo, en los casos previstos en el artículo 403 del Código.

Adicionalmente a estos requerimientos, la normatividad exige que la verdad que se pretende probar, a través de la prueba de referencia, tenga adicionalmente la virtualidad de definir aspectos sustanciales del proceso, como las categorías del delito, o las circunstancias de atenuación o agravación concurrentes; exigencia que no responde en estricto sentido a las notas características de la prueba de referencia, sino a una condición de admisibilidad de las pruebas en general, en virtud de su pertinencia objetiva y funcional.

2.1.2. Admisibilidad

Históricamente la prueba de referencia ha sido considerada una evidencia no confiable. Se ha sostenido, con razón, que los riesgos en el proceso de valoración se multiplican por diversos factores, como por ejemplo la ausencia de intermediación objetiva y subjetiva, la imposibilidad de confrontar directamente en juicio el testigo que tuvo conocimiento personal del hecho, y la falta de análisis de los procesos de percepción, memoria, sinceridad y narración del mismo, todo lo cual redundaría negativamente en su consistencia probatoria. Esto ha dado lugar a que reciba tratamiento diferenciado en lo que tiene que ver con su admisibilidad a práctica o su posterior valoración, o en relación con ambos aspectos, y que alrededor de su forma de regulación se hayan esbozado diferentes tesis, que van desde la que propugna por su libre admisibilidad y valoración, hasta la que propone su exclusión absoluta, pasando por posturas intermedias como la que se sustenta en el principio de *la mejor prueba disponible*, o la que postula su admisión discrecional, o su admisión solo en casos normativamente tasados, o las que combinan cláusulas generales de exclusión de la prueba con excepciones categóricas y residuales, entre otras.

Los sistemas de corte acusatorio acogen generalmente como regla el principio de exclusión de la prueba de referencia, permitiendo su admisibilidad a práctica solo en casos excepcionales normativamente tasados, o cuando el juzgador, dentro del marco de una discrecionalidad reglada, lo considere pertinente, atendiendo a factores de diversa especie, como la indisponibilidad del declarante, la fiabilidad de la evidencia que se aduce para probar el conocimiento personal ajeno, la necesidad relativa de la prueba o el interés de la justicia. Con frecuencia estas formas de regulación se combinan, y a la par de la prohibición general de admisión a práctica se establecen no solo excepciones incluyentes de carácter categórico, sino también, una de índole residual, con la que se busca distensionar o flexibilizar la estructura

inamovible de las excepciones tasadas, permitiendo que el juez, discrecionalmente, decida sobre la admisión de la prueba, cuando esté frente a situaciones especiales no reguladas por las excepciones tasadas, pero *similares* a ellas.

El proyecto original del Código de Procedimiento Penal Colombiano, convertido en Ley 906 de 2004, acogía como forma de regulación de la prueba de referencia la tesis de la cláusula general excluyente, alternada con una compleja lista de excepciones categóricas de admisibilidad, agrupadas en tres categorías: (i) casos de admisibilidad cuando el declarante no se hallaba disponible, (ii) casos de admisibilidad cuando el declarante se hallaba disponible, y (iii) casos de admisibilidad en virtud de la existencia de garantías circunstanciales de confiabilidad de la prueba¹⁴.

Del primer grupo, que es el que interesa para el estudio que la Sala viene realizando, hacían parte las siguientes excepciones: **a)** Rehúsa rendir testimonio a pesar de ser compelido para ello por el Juez; **b)** Se encuentra eximida de prestar la declaración en razón de un privilegio, salvo el secreto profesional; **c)** Manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación; **d)** Se encuentra en un lugar desconocido, inaccesible, o en el exterior; **e)** Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar; **f)** Padece una grave enfermedad que le impide declarar; **g)** Ha fallecido; **h)** Si la declaración se hizo en condiciones tales que habría de suponer que se encontraba en peligro inminente de muerte, ya sea por enfermedad, accidente, intento de suicidio, o por actos del acusado; **i)** Si la declaración se hizo en manifiesta oposición al interés de naturaleza económica, familiar, social, legal o penal del autor.

El texto finalmente sometido a debate en el Congreso y que se convirtió en norma positiva, suprimió todas las excepciones incluidas dentro del grupo correspondiente a los casos de admisibilidad cuando el declarante se hallaba disponible; conservó del grupo de las excepciones establecidas en virtud de la existencia de garantías circunstanciales de confiabilidad de la prueba únicamente *las declaraciones registradas en escritos de pasada memoria o archivos históricos*; y mantuvo las excepciones relacionadas en los literales c), e), f) y g) del grupo correspondiente a los casos de admisibilidad cuando el declarante no se hallaba disponible.

La norma aprobada, dice: “Artículo 438. **Admisión excepcional de la prueba de referencia.** Únicamente es admisible la prueba de referencia cuando

14 Proyecto de ley estatutaria número 01 de 20 de julio de 2003, artículo 470. Gaceta del Congreso 339 de 23 de julio de 2003, página 49.

el declarante: “a) Manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación; “b) Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar; “c) Padece de una grave enfermedad que le impide declarar; “d) Ha fallecido. “También se aceptará la prueba de referencia cuando las declaraciones se hallen registradas en escritos de pasada memoria o archivos históricos”.

Se mantuvo, así, como principio general, la cláusula de exclusión o prohibición de la prueba de referencia¹⁵, alternada con un catálogo de excepciones tasadas, agrupadas en dos categorías: Las relacionadas en sus literales a), b), c) y d), que tienen como factor común justificativo de su inclusión, la indisponibilidad del declarante. Y las previstas en el último inciso del artículo (registros escritos de pasada memoria y archivos históricos), cuya inclusión se justifica porque se reconoce en relación con ellas la existencia de garantías indiciarias o circunstanciales de confiabilidad. Paralelamente a ello, la norma introdujo una excepción residual admensiva o cláusula residual incluyente, de carácter discrecional, en la hipótesis prevista en el literal b), al dejar en manos del Juez la posibilidad de admitir a práctica en el juicio, pruebas de referencia distintas de las allí reseñadas, frente a *eventos similares*.

La expresión *eventos similares* indica que debe tratarse de situaciones parecidas a las previstas en las excepciones tasadas, bien por su naturaleza o porque participan de las particularidades que le son comunes, como lo es, por ejemplo, que se trate de casos en los que el declarante no se halle disponible como testigo, y que la indisponibilidad obedezca a situaciones especiales de fuerza mayor, que no puedan ser racionalmente superadas, como podría ser la desaparición voluntaria del declarante o su imposibilidad de localización.

La primera condición (que se trata de eventos en los cuales el declarante no está disponible) emerge de la teleología del precepto, pues ya se vio que la voluntad de sus inspiradores fue la de permitir la admisión a práctica de pruebas de referencia solo en casos excepcionales de no disponibilidad del declarante, y de no autorizarla en los demás eventos propuestos por el proyecto original (eventos de disponibilidad del declarante y de pruebas ungidas por particulares circunstancias de confiabilidad), con la única salvedad de las declaraciones contenidas en los registros

15 Esta cláusula aparece reafirmada en el artículo 379 ejusdem: “**Inmediación**. El Juez deberá tener en cuenta como pruebas únicamente las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia. *La admisión de la prueba de referencia es excepcional*.”

de pasada memoria y los archivos históricos, que quedó incluida. La segunda (que la indisponibilidad obedezca a casos de fuerza mayor) surge del carácter insuperable de los motivos que justifican las distintas hipótesis relacionadas en la norma, y de su naturaleza eminentemente exceptiva, que impone que la admisión de la prueba de referencia por la vía discrecional se reduzca a verdaderos casos de necesidad, y que la excepción no termine convirtiéndose en regla, ni en un mecanismo que pueda ser utilizado para evitar la confrontación en juicio del testigo directo.

Esta interpretación ya había quedado en cierta forma planteada, de manera general, en decisiones anteriores de la Corte, que ahora se retoman con las precisiones y limitaciones que se dejan expuestas, en las que se dijo, con relación al contenido y naturaleza de las excepciones previstas en el artículo 438 del Código, que esta norma no podía interpretarse aisladamente, sino en armonía con el marco constitucional y la sistemática probatoria del nuevo régimen, y que el juzgador, dentro de esta hermenéutica, tenía la posibilidad de determinar cuándo era procedente una prueba de referencia: “Ahora bien, el artículo 438 del mismo Código enlista unos casos como los únicos en los cuales es admisible la *prueba de referencia*. No obstante, dicha norma no puede interpretarse aisladamente, sino en el marco constitucional y en armonía con la sistemática probatoria del nuevo régimen de procedimiento penal, uno de cuyos fines superiores consiste en la búsqueda de la verdad compatible con la justicia material, por lo cual, el juez en cada evento determinará cuándo es pertinente alguna *prueba de referencia* que pretendan aducir las partes; y en todo caso, el juez queda obligado a otorgar a este género de pruebas un valor de convicción menguado o restringido, como lo manda el artículo 381”¹⁶.

En relación con las excepciones previstas en el último inciso del artículo en mención (registros escritos de pasada memoria y archivos históricos), es oportuno precisar que su admisibilidad procede con independencia de que el declarante esté o no disponible para declarar en juicio, pues como ya se dejó visto, dichas hipótesis exceptivas a la regla general de prohibición de la prueba de referencia tienen un factor de justificación distinto: la existencia de garantías circunstanciales de confiabilidad de la prueba. Si se entendiera que para la admisión de las pruebas relacionadas en el último inciso de la norma (registro de pasada memoria y archivos históricos) es adicionalmente necesario probar que el declarante no está disponible, el agregado sería absolutamente innecesario, porque la simple demostración del hecho de la indisponibilidad por alguna de las razones señaladas en sus cuatro literales, habilitaría

16 Casación 24468 de 30 de marzo de 2006 y casación 26089 de 2 de noviembre del mismo año.

la introducción al juicio de la prueba de referencia, cualquiera que ella fuere, incluidas las documentales que la norma expresamente refiere.

Por *escrito de pasada memoria* la doctrina entiende “toda declaración contenida en un escrito o grabación en relación a una materia sobre la cual el testigo una vez tuvo conocimiento, pero al presente 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”¹⁷. Y por *archivo histórico*, aquel donde reposan documentos que, por su valor para la investigación, la ciencia o la cultura, han sido declarados de conservación permanente. Adviértase, finalmente, que la admisibilidad a práctica de la prueba de referencia no opera por la mera circunstancia de concurrir los presupuestos señalados en el artículo 438 del Código. Paralelamente a ello, el juzgador debe examinar si la prueba satisface las exigencias de legalidad, oportunidad, pertinencia objetiva, pertinencia funcional, conducencia y conveniencia exigidos por el Código para la admisión de las distintas categorías probatorias (artículos 360, 374, 375 y 376 ejusdem), conclusión que se obtiene de interrelacionar no solo las disposiciones generales que regulan la admisibilidad de las pruebas, sino del claro texto del artículo 441, inciso segundo, ejusdem: “Lo anterior no obsta para que la prueba de referencia, en lo pertinente, se regule en su *admisibilidad y apreciación*, por las reglas generales de la prueba y en especial por las relacionadas con el testimonio y lo documental”.

2.1.3. Valoración

Las prevenciones generales alrededor de la fiabilidad de la prueba de referencia, por las razones que se dejaron expuestas en el capítulo anterior, y por muchas otras que no es el caso entrar a analizar en este momento, han determinado que la gran mayoría de los sistemas procesales, pero por sobre todo los acusatorios, intervengan la apreciación de su mérito mediante la tasación de su valor o de su eficacia probatoria, a través de reglas precisas inamovibles.

Colombia no es la excepción. El artículo 381 del Código prohíbe condenar con fundamento exclusivamente en pruebas de referencia. Dice la norma: “**Conocimiento para condenar.** Para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado,

17 CHIESA APONTE, Ernesto L. Derecho Procesal de Puerto Rico y Estados Unidos, Edt. Forum, 1995, Volumen III, página 350.

fundado en las pruebas debatidas en el juicio. *“La sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia”*.

Esto significa que la prueba de referencia, en términos de eficacia probatoria, es para el legislador una evidencia precaria, incapaz por sí sola, cualquiera sea su número, de producir certeza racional sobre el delito y la responsabilidad penal del acusado, y que para efectos de una decisión de condena, requiere necesariamente complementación probatoria. La norma no tasa la clase de prueba que debe complementarla, como sucede en otras legislaciones, por lo que ha de entenderse que puede ser cualquier medio de prueba (testifical directa o indiciaria, por ejemplo), siempre y cuando sea de naturaleza distinta, y que el conjunto probatorio conduzca al conocimiento, más allá de toda duda razonable, de la existencia del delito y la responsabilidad del procesado. Si la prueba de referencia (única o múltiple), complementada con la prueba de naturaleza distinta, no permite llegar a este nivel o estadio de conocimiento, el juzgador debe absolver, pues el artículo 381 no contiene una tasación positiva del valor de la prueba, en el sentido de indicar que una prueba de referencia más una de otra naturaleza es plena prueba, sino una tasación negativa, en los términos ya vistos, es decir, que no es posible condenar con fundamento únicamente en pruebas de referencia.

Importante es precisar, igualmente, que la limitación de la eficacia probatoria de la prueba de referencia que consagra el artículo 381, es exclusivamente para dictar sentencia condenatoria, y por tanto, que las decisiones de otro tipo que deban adoptarse en el curso del proceso penal con fundamento en elementos materiales probatorios, o evidencia física, o información legalmente obtenida, que participen de sus características, no están cobijadas por ella.

2. EL JURAMENTO

CSJ, SCP, Sentencia del 28 de mayo de 2008, R. 22.476, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

“3. De las prohibiciones de valoración probatoria

3.1. Tradicionalmente, el juramento judicial ha sido entendido como la afirmación de decir la verdad que una persona hace ante el funcionario competente de manera previa a la declaración que va a rendir dentro del proceso cuyo propósito es lograr que dicha actuación se revista de una específica solemnidad en la que el deponente esté impelido a no alejarse del deber jurídico al que ha acabado

de comprometerse. En otras palabras, el juramento es una forma de garantizar la veracidad del testimonio. Dicha garantía de veracidad ha evolucionado con el transcurrir de los años, pues, en sus orígenes, el juramento como requisito previo a la declaración judicial ostentaba incuestionables fundamentos religiosos, en los cuales se apelaba al temor del individuo de incurrir en pecado, o de verse sometido a la ira divina, en el caso de que jurase teniendo como testigo a Dios y faltase a la verdad. En la medida en que se fue consolidando la separación –propugnada por el pensamiento filosófico ilustrado– entre derecho y moral, el juramento se redujo a un acto estrictamente jurídico, laico y previsto en la ley, por lo que en la actualidad su razón de ser está circunscrita, por lo menos teóricamente, en el deber normativo de todo asociado de decir la verdad ante las autoridades y en la consecuencia penal que acarrearía faltar a ella dentro de una declaración judicial.

Tal evolución se aprecia en la manera como los últimos estatutos procesales penales han contemplado el procedimiento para la adopción del juramento. Así, por ejemplo, en el Decreto 409 de 1971, que estuvo vigente hasta 1987, el juramento se prestaba con la siguiente fórmula: *“A sabiendas de la responsabilidad que con el juramento asume usted ante Dios y ante los hombres, jura decir toda la verdad en la declaración que va a rendir?”* En el inciso 2° del artículo 153 del Decreto 50 de 1987 la fórmula del juramento para los testigos se redujo a la siguiente frase: *“A sabiendas de la responsabilidad penal que asume con el juramento, jura usted decir toda la verdad en la declaración que va a rendir?”*.

El Decreto 2700 de 1991, por su parte, no incluyó fórmula o ritualidad alguna para la prestación de juramento, sino tan solo señalaba, en su artículo 285, que este debía prestarse una vez hechas las amonestaciones previas al mismo:

“Artículo 285. Amonestación previa al juramento. Toda autoridad a quien corresponda tomar juramento amonestará previamente a quien debe prestarlo acerca de la importancia moral y legal del acto y las sanciones penales establecidas contra los que declaren falsamente o incumplan lo prometido. Acto seguido se tomará el juramento”.

Finalmente, los artículos 269 de la Ley 600 de 2000 y 389 de la Ley 906 de 2004 incluyeron idénticas disposiciones a la anterior, pero con la inclusión de que el funcionario encargado debía leerle al testigo las normas que fueren del caso:

“Artículo 269 [Ley 600 de 2000]. Amonestación previa al juramento. Toda autoridad a quien corresponda tomar juramento amonestará previamente

a quien debe prestarlo acerca de la importancia moral y legal del acto y las sanciones penales establecidas contra los que declaren falsamente o incumplan lo prometido, *para lo cual se leerán las respectivas disposiciones*. Acto seguido se tomará el juramento.

“Artículo 389 [Ley 906 de 2004]. *Amonestación previa al juramento.* Toda autoridad a quien corresponda tomar juramento amonestará previamente a quien debe prestarlo acerca de la importancia moral y legal del acto y las sanciones penales establecidas contra los que declaren falsamente o incumplan lo prometido, *para lo cual se leerán las respectivas disposiciones*. Acto seguido se tomará el juramento por medio del cual el testigo se compromete a decir toda la verdad de lo que conoce” (negritas de la Sala).

En otras palabras, más allá de que se presente de manera solemne o sacramental una fórmula para prestar el juramento, lo que el legislador ha pretendido con las últimas reformas es que, con la prestación del mismo, el declarante fuese realmente consciente, antes de rendir la declaración judicial, del deber normativo que le asistía de decir la verdad, así como de la sanción penal que le representaría faltar a dicha obligación. Así lo entendió la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando en la sentencia C-616 de 1997, que declaró exequibles varias disposiciones relativas a la presentación formal e informal del juramento, adujo que este podía prestarse de diversas formas:

“[...] por juramento no debe entenderse la fórmula o el rito, sino el compromiso, la afirmación, la promesa, el protesto, la certificación, la afirmación, la palabra, el voto, el honor, el homenaje, el testimonio, que se realice en forma expresa o tácita que implique la convicción íntima de manifestar la verdad. Por tanto, debe entenderse que se parte del principio de la buena fe y que lo manifestado corresponde a la verdad, de lo contrario, la persona que ha comprometido su palabra y lo expresado en sus términos no corresponde a la verdad, deberá responder penalmente”¹⁸.

En este orden de ideas, el juramento judicial ha pasado de ser una manifestación eminentemente religiosa a constituir el requisito previo de una sanción jurídica, de acuerdo con la cual el deponente se muestra conforme con el deber de decir la verdad y, al mismo tiempo, entiende que si se aleja de ella incurrirá en la realización de una conducta punible, de modo que es con tal compromiso, adoptable de manera

18 Corte Constitucional, sentencia C-616 de 1997, citando a la sentencia T-547 de 1993.

expresa o tácita (y en todo caso bajo ningún formalismo o ritualidad), con el cual se busca garantizar la veracidad de su declaración.

En armonía con lo anterior, la Sala ha señalado que, a partir de la constancia en las actas del expediente de que a la persona se le advirtieron las consecuencias penales del deber de faltar a la verdad en su declaración, puede deducirse que esta ha prestado en forma debida el juramento: “Y aunque en su texto no aparece que hubiera sido escuchado bajo juramento, las prevenciones que en el documento se indica le fueron hechas sobre las consecuencias de la falsa denuncia en términos de los artículos 166 y 167 del Código Penal que entonces regía, el de 1980, permite concluir que así se procedió, pues no sería lógico que a alguien que no hubiera jurado decir verdad en su narración, se le advirtiese que denunciar bajo juramento un ilícito que no se ha cometido constituye delito”¹⁹.

Por otro lado, la Sala ha establecido de manera pacífica y reiterada una línea jurisprudencial según la cual la ausencia de la prestación del juramento del testigo no impide la valoración probatoria de su relato: “En relación con las objeciones sobre la licitud de la prueba pese a que el instructor no juramentó a la víctima y no le advirtió sobre la aptitud moral y legal del testimonio, si bien la Sala constata la informalidad, también observa que la prueba materialmente satisface su finalidad porque el examen interno y externo del relato dan cuenta de su fidelidad; el estado de salud del deponente apremió a la instructora a buscar lo esencial y renunciar a los aspectos formales de la diligencia, sin que con ello se quebrantaran garantías judiciales fundamentales... Sobre esta materia son relevantes los aportes del Ministerio Público en el sentido de que, tras el testimonio, existe una presunción de buena fe que lo ampara, por lo tanto la omisión del juramento no resta aptitud demostrativa a la prueba ni presume mendacidad o ineptitud moral por esa sola circunstancia”²⁰.

En el mismo sentido, la Sala también ha precisado que “*aunque el juramento apunta a garantizar la verdad en la declaración del testigo, la ausencia del mismo no significa que el deponente voluntariamente no pueda ser fiel a la misma*”²¹ y, por consiguiente, el “*único efecto adverso de la falta del juramento es la imposibilidad de investigar a quien declaró falsamente*”²²...

19 Sentencia de 6 de julio de 2005, radicación 23198.

20 Sentencia de 12 de septiembre de 2007, radicación 23352.

21 Sentencia de 29 de julio de 1999, radicación 10615.

22 Sentencia de 25 de febrero de 2004, radicación 21587.

En primer lugar, tal como lo ha dicho esta Corporación en anterior oportunidad, sería absurdo que a alguien que no hubiese prestado juramento se le advirtiese del deber jurídico que bajo tal condición tenía de decir la verdad y de la consecuencia penal que en caso de incumplimiento le acarrearía faltar a la misma...

En segundo lugar, si como se analizó en precedencia, el juramento no se circunscribe a una fórmula ceremonial, ni tampoco a un rito expresamente previsto en la ley, sino a la manifestación expresa o tácita de decir la verdad en la declaración judicial, tampoco es irrazonable concluir que si una persona a la que se le ha advertido de la obligación legal de decir la verdad, así como del delito en el que incurría en caso de incumplirla, rinde a continuación su respectivo testimonio sin expresar objeción alguna al respecto, lo hizo en el entendido de que estaba prestando una declaración bajo la gravedad del juramento, que es lo que habría sucedido con cada uno de los deponentes respecto de la forma como lo prestaron.

En tercer lugar, dado que la finalidad del juramento consiste en garantizar la veracidad del testimonio en el sentido del deber legal y la responsabilidad jurídico-penal que podría representarle al declarante, es obvio que dicho propósito se satisfizo con la lectura de las disposiciones en comento, o que por lo menos los deponentes no se vieron incitados de manera alguna a faltar a la verdad, sino todo lo contrario, como bien lo adujo el representante del Ministerio Público en su concepto.

En cuarto lugar, incluso en el evento de que ninguno de los testigos hubiese prestado de manera alguna el juramento, la ausencia del mismo no impide la valoración probatoria de sus relatos, tal como lo ha reiterado la jurisprudencia de la Sala, y, por lo tanto, no es posible predicar de tales pretermisiones un error de derecho por falso juicio de legalidad."

3. ENTREVISTAS

CSJ, SCP, Sentencia del 7 de febrero de 2007, R. 26.727, M.P. Marina Pulido de Barón y Jorge Luis Quintero Milanés.

Por lo demás, bien está puntualizar que sobre esta particular temática en reciente sentencia de casación la Sala se ocupó de precisar la connotación probatoria que revisten las declaraciones previas en las actuaciones surtidas bajo la égida del estatuto procesal regulado en la Ley 906 de 2004, señalando mayoritariamente que aun cuando ellas no tienen el carácter de prueba autónoma e independiente, según los términos del artículo 347 de la precitada disposición legal, sí pueden ser valoradas

en su contenido por el juez cuando frente a las mismas se haya ejercido el derecho de contradicción durante el juicio oral, mediante la impugnación de la credibilidad del testigo, pues en tal caso esas exposiciones se entienden incorporadas al testimonio rendido en dicha fase procesal²³.

Bien puede decirse entonces que la Corte ya fijó su posición sobre el tema, sin que se haga necesario volver sobre el mismo, si se tiene en cuenta que ninguna incidencia reviste en la definición de este asunto, pues, como lo puso de presente el Tribunal de Medellín en el fallo, la defensa omitió impugnar la credibilidad del testimonio rendido por *Juan Felipe Cárdenas Pineda* en el juicio oral, a través de las declaraciones previas ofrecidas por este ante la Policía Judicial y la propia Fiscalía, limitándose durante el correspondiente contrainterrogatorio a formularle algunas preguntas relacionadas con el apodo o alias con que era conocido el acusado, la participación del mismo en los hechos y la presencia del testigo.

Como se observa, no se cumplió en este caso el presupuesto del cual partió la Sala para fijar su postura, esto es, la impugnación del testimonio mediante el uso de las declaraciones previas, situación que es suficiente para concluir en la imposibilidad de tenerlas como prueba para cimentar con ellas la sentencia.”

4. INTERROGATORIO

CSJ, SCP, Auto del 26 de octubre de 2007, R. 27.608, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

1. ¿Puede una de las partes, sin establecer ningún objeto de prueba específico, someter a interrogatorio directo al testigo de su contraparte?

Para responder a esta pregunta se hace necesario, en primer término, recordar, así parezca ya un lugar común, cómo la sistemática penal de corte acusatorio implementada en nuestro país con la vigencia de la Ley 906 de 2004, marca una definida y si se quiere radical diferencia con la forma en que se venían tabulando las pretensiones penales en sistemas de corte mixto o francamente inquisitivos. Dentro de esta nueva perspectiva, no puede pasarse por alto que el trámite acusatorio comporta, cuando menos de la forma en que fue diseñado por el legislador patrio, un franco contenido adversarial, dentro de lo que ha dado en llamarse proceso de partes.

23 Casación No. 25738. Sentencia del 9 de noviembre de 2006.

Bajo la connotación adversarial que se destaca, ya no es posible hablar de una fiscalía que adelante la “investigación integral” a la cual alude, como principio básico, la Ley 600 de 2000, entre otras razones, porque ahora, en sede de la Ley 906 de 2004, despojado de su potestad judicial amplia, del ente instructor se pide, como así quedó sentado en la exposición de motivos del Acto Legislativo 03 de 2002, una dedicación exclusiva a la investigación, dirigiendo la tarea que permita allegar los datos suficientes para demostrar la existencia del delito y la participación en el mismo del vinculado penalmente. Y de la defensa se predica similar tarea —aunque, desde luego, sea posible aun adelantar la que se llama “defensa pasiva”, acorde con lo dispuesto en el numeral 8° del artículo 125 del C. de P.P.—, bajo el entendido de que la igualdad de armas que gobierna el proceso de partes, implica otorgar a esta similares herramientas que le permitan sustentar probatoriamente la concreta teoría del caso que signa la que debió entenderse mejor estrategia.

Específicamente, la auscultación de los principios y normas de ritualidad insertas en la Ley 906 de 2004, permite advertir, para efectos de otorgar facultades investigativas y de recolección de prueba a la defensa, las siguientes pautas:

- El artículo 4° consagra la igualdad de los intervinientes en la acción penal, que debe hacer efectiva el funcionario judicial.

- El artículo 8°, literales i) y j), desarrolla para la defensa la posibilidad de disponer de tiempo y medios adecuados para adelantar su tarea, así como solicitar, conocer y controvertir las pruebas.

- El artículo 15, estatuye el principio de contradicción, dentro del cual se faculta a las partes *“intervenir en su formación”*.

- El artículo 204, definiendo al Instituto Nacional de Medicina Legal, como un órgano técnico-científico, advierte que esa institución debe prestar auxilio y apoyo técnico-científico, no solo a la Fiscalía, sino al *“imputado y su defensor cuando estos lo soliciten”*.

- El Capítulo VI, del Título I, del Libro II, rotulado “Facultades de la defensa en la investigación”, hace radicar en el indiciado o imputado, o su defensor, la potestad de buscar, identificar empíricamente, recoger y embalar elementos materiales probatorios, así como hacerlos examinar por peritos particulares o adscritos al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (arts. 267 y 268); de igual manera, los artículos 271 y 272, regulan la forma en que el imputado o su

defensor pueden recibir entrevistas o declaraciones juradas, estas últimas ante alcalde municipal, inspector de policía o notario; y el artículo 274 hace radicar, también en cabeza del imputado o su defensor, la posibilidad de solicitar ante el Juez de Control de Garantías, la práctica de prueba anticipada.

-En seguimiento de los postulados anteriores, el Título II, referido a los medios cognoscitivos, advierte en el inciso segundo del artículo 277, que la autenticidad del elemento material probatorio o evidencia física ha de ser demostrada por la parte que lo presenta.

-En desarrollo de las etapas que componen el enjuiciamiento, el artículo 344, inciso segundo, otorga a la Fiscalía la facultad de que requiera a la defensa, en desarrollo de la audiencia de formulación de acusación, para que exhiba los elementos materiales probatorios, evidencia física y declaraciones juradas que pretenda hacer valer en el juicio; a su vez, el artículo 347 regula la forma en que cualquiera de las partes puede aducir al proceso declaraciones juradas encaminadas a impugnar la credibilidad del testigo; en igual sentido, el artículo 356, ordinal 2º, refiere el descubrimiento de la defensa, en la audiencia preparatoria, de sus elementos materiales probatorios o evidencia física; y, por último, el artículo 357 regula lo concerniente a las solicitudes probatorias que hacen las partes en esa audiencia preparatoria.

Suficiente, el recuento probatorio efectuado en precedencia, para advertir inconcuso el carácter adversarial que informa la Ley 906, dentro de la perspectiva probatoria concreta de que la defensa y la Fiscalía adelantan a la par, con similares facultades y prerrogativas, la investigación que favorezca a su particular teoría del caso. Dentro de esta perspectiva, si bien, constitucional y legalmente se impone para la Fiscalía la obligación de dar a conocer a la defensa todos los elementos materiales probatorios, evidencia física e informes recolectados en su tarea investigativa —véase lo consignado en el último inciso del artículo 250 de la Carta Política, modificado por el Acto Legislativo 03 de 2002, así como los artículos 15 y 125-3 de la Ley 906 de 2004—, ello no significa que su tarea se encamine a probar la inocencia o allegar medios de prueba favorables al procesado.

Precisamente, se tiene claro que si dentro de los principios de objetividad y lealtad que informan la tarea investigativa de la Fiscalía, su representante en el caso concreto estimó contar con elementos de juicio suficientes para acusar al imputado, el desarrollo de las audiencias que competen al juicio irá encaminado, en el campo probatorio, a demostrar su teoría del caso, desde luego, emparentada con la existencia del delito y la

responsabilidad en este del procesado. Por tal razón, aunque debe dar a conocer a la defensa todos los elementos materiales probatorios, evidencia física e informes recopilados, ello no significa que, a la par, esté en la obligación de solicitarlos como pruebas de su parte en la audiencia preparatoria y luego presentarlos en la audiencia del juicio oral. Debe la defensa, si lo estima conveniente y ellos soportan su teoría del caso, hacer expresa solicitud, determinando la conducencia, pertinencia y licitud del medio.

Así las cosas, la dinámica adversarial adoptada por el legislador colombiano, determina para cada parte no solo la facultad investigativa individual, sino la potestad particular de demostrar con sus propios medios de prueba la teoría del caso adoptada como propia. A su vez, una detenida auscultación de las normas que en la Ley 906 de 2004 regulan la solicitud, aprobación y aducción probatoria, permite observar que es esta una actividad rogada de las partes y, además, que su práctica no opera de libre elección para ellas. En efecto, como lo anotó la Corte en ocasión anterior²⁴, cuando se resolvió en este mismo caso idéntico recurso al que ahora ocupa la atención de la Sala, la audiencia preparatoria se erige en el escenario que por antonomasia regula el tópico probatorio, dentro de una estricta actuación reglada que demanda de varias fases o etapas claramente delimitadas. Al efecto, para concentrarnos apenas en el tema de la solicitud probatoria, para la parte que demanda allegar un determinado medio de prueba a la audiencia de juicio oral, corre como carga procesal aquella de argumentar en torno de su pertinencia y conducencia, esto es, para decirlo en términos elementales, dar a conocer claramente cuál es su objeto, o mejor, qué se pretende, de manera general, demostrar con ese medio, dentro del espectro preciso de la teoría del caso que sustenta su posición dentro del proceso.

El cariz particular, único o individual de la prueba solicitada por los contradictores en el juicio, surge indubitable de lo dispuesto por el artículo 357 del C. de P.P., en cuanto dispone que la palabra se concede a la Fiscalía y luego a la defensa, en aras de que soliciten las pruebas requeridas para **“sustentar su pretensión”**. En otros términos, lo requerido como elemento suasorio se halla inescindiblemente ligado a los intereses, soportados en una específica teoría del caso, de cada parte, los cuales, por razones obvias, las más de las veces reflejan controversia o disonancia entre ellos.

La lógica del discurso probatorio, entonces, advierte en principio incompatible la posibilidad de que ambas partes, cuando su teoría del caso diverge sustancialmente, reclamen para sí la práctica de la misma prueba, pues, su objeto concreto necesariamente aparece también disonante. Y si sucede que existen puntos

24 Auto del 29 de junio de 2007.

de encuentro respecto del tema central de debate o los accesorios a este —dígase, para citar un ejemplo, que exista acuerdo respecto de la autoría material, pero la discusión resida en el tipo de responsabilidad o, en contrario, que se discuta la autoría material, pero no exista controversia en torno, de la presencia en el lugar de los hechos—, lo que jurídicamente cabe no es solicitar la prueba por cada parte o practicarse esta en dos ocasiones, sino acceder al mecanismo de las estipulaciones probatorias, cuyo sentido y finalidad apunta en concreto a evitar discusiones inanes, con claro desmedro de los principios de economía, celeridad y eficiencia, como también se dejó sentado en la decisión de segunda instancia atrás referenciada.

Nótese, igualmente, para reforzar la naturaleza adversarial del tema probatorio, cómo el artículo 361 de la Ley 906 de 2004, prohíbe expresamente, en todos los casos, el decreto de prueba de oficio por parte del juez, en regulación declarada recientemente exequible por la Corte Constitucional. Y solo por vía excepcional, se agrega, al Ministerio Público se le faculta para que, agotadas las solicitudes probatorias de las partes, si conoce de un medio suasorio que pueda tener especial influencia en las resultas del juicio, pueda solicitar su práctica. Ahora bien, además de definirse incontrastable la naturaleza individual o propia de cada parte, de la prueba solicitada, la sistemática acusatoria adoptada por nuestro país, como se anotó, reclama del peticionario sustentar su pertinencia, conducencia y, eventualmente, licitud.

Ello se constata evidente de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 357, en cuanto estipula que la declaratoria de pruebas a cargo del juez ha de estar prevalida de la evaluación referida al objeto de la acusación, su pertinencia y admisibilidad; el artículo 359, al consagrar la posibilidad de que las partes y el Ministerio Público soliciten del juez de conocimiento la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de los medios de prueba solicitados que se reporten inadmisibles, impertinentes, inútiles, repetitivos o encaminados a probar hechos notorios o que no requieren prueba, disponiendo, además, que la manifestación de inadmisión debe ser motivada y admite los recursos ordinarios; lo dispuesto por el artículo 360, ordenando al juez rechazar la prueba ilegal; el artículo 375, que directamente refiere el tópico de pertinencia, en cuanto señala que el elemento probatorio, la evidencia física y el medio de prueba deben referirse directa o indirectamente a los hechos, la participación en ellos del acusado o la mayor o menor probabilidad de estas circunstancias, o la credibilidad de testigos y peritos; y, el artículo 376, que en punto de admisibilidad de la prueba, ata esta a su pertinencia, estableciendo tres excepciones sobre el particular.

Aquello, entonces, de que la prueba pertenece al proceso, tiene amplios matices en lo que respecta a una sistemática acusatoria que desarrolla el principio

adversarial, dado que, como ya se vio, la solicitud de los medios de convicción obedece a un típico querer e interés de parte, conforme la pretensión que esta tabula en el proceso, y su aducción viene mediada necesariamente por una amplia regulación que demanda de esa parte, a título de carga específica, no solo verificar su objeto específico, sino defender su legalidad y utilidad. Y si ello es así, mal puede una parte reclamar como su testigo —para efectos de someterlo a un interrogatorio directo— a aquel presentado por la contraparte, solamente aduciendo que eventualmente pueden quedar temas sin abordar cuando lo interroga esta, o puede surgir un específico interés de conformidad con las respuestas que vaya entregando el declarante.

Ello contraviene de manera expresa los fundamentos que atrás se reseñaron, pues, ya no se trata, cuando así sucede, de una prueba que represente la particular teoría del caso de quien la solicita, o se encamine a demostrar su concreta pretensión, sino apenas de una especie de albur que corresponde más a la típica postura procesal de quien no cuenta con sólidos fundamentos argumentales o probatorios y decide esperar que el trámite de la audiencia le ofrezca las herramientas que por su molicie investigativa o contundencia de lo recogido por la contraparte, no fue posible utilizar en el momento procesal adecuado. En este sentido, estima la Corte de alguna manera desleal esta suerte de comportamiento procesal, dado que, si la Fiscalía no contaba con suficientes elementos probatorios, avistados en la tarea investigativa que le correspondió adelantar previo o con posterioridad a la formulación de imputación, pues, simplemente, no debió acusar o hubo de solicitar preclusión.

Y, a su turno, si la defensa, también dentro de los presupuestos investigativos que el principio de igualdad de armas le ofrece, advierte que la Fiscalía cuenta con sólidos elementos de juicio que demuestran la materialidad del delito y la responsabilidad del procesado, por un elemental principio de lealtad debe así darlo a conocer a su representado legal, para ver de recurrir a formas de terminación anticipada del proceso que redunden en beneficios punitivos, en lugar de empecinarse en tratar de hallar, en curso la audiencia del juicio oral, yerros u omisiones del declarante que le faculten construir a último momento una bastante deleznable teoría del caso.

Junto con lo anotado, si se ha demostrado claro que a cada parte corresponde argumentar en pro de la práctica probatoria solicitada, dentro de los presupuestos de licitud, conducencia, pertinencia y licitud que regulan la decisión del juez de conocimiento, de ninguna manera puede decirse que ello ha ocurrido, respetando lo que expresamente demanda la ley sobre el particular, cuando la contraparte se limita a significar que el interrogatorio directo que solicita asomará solo eventual y

respecto de temas que le puedan interesar una vez se halle rindiendo su declaración el testigo. En este caso, huelga anotar, ningún objeto específico se ha significado respecto de la prueba pedida, ni mucho menos ha sido postulada su utilidad o conducencia, careciendo el juez de conocimiento, por sustracción de materia, de elementos de juicio necesarios para admitir o inadmitir su práctica.

Se atenta, no cabe duda, contra los principios de economía procesal, celeridad y eficiencia, cuando, sin que se conozca de pretensión específica u objeto concreto, de manera farragosa e innecesaria el juez de conocimiento permite que todos los testigos de una parte —que en un primer momento son sometidos a interrogatorio directo, contrainterrogatorio, nuevo interrogatorio y último contrainterrogatorio, para no hablar de las preguntas complementarias que para claridad hagan el Ministerio Público o el juez—, de nuevo sean llamados por la contraparte como sus testigos, adelantándose otra vez la mecánica de interrogatorios y contrainterrogatorios, solo para que esta pueda intentar hallar allí lo que nunca encontró para su teoría del caso. Y, además, se desnaturaliza completamente el sentido y efectos del contrainterrogatorio, erigido por antonomasia en el medio legal estatuido para ejercer el derecho de contradicción respecto de la prueba allegada en contra, cuando paralelamente se erige el nuevo interrogatorio directo como la mejor manera de controversia.

Ahora, puede suceder, como lo postuló la fiscal en curso de la audiencia preparatoria, que en otras latitudes donde se adoptó el sistema acusatorio, se permita que una parte pida, sin definir su objeto concreto, como suyo, para efectos de someterlo a interrogatorio directo, al testigo de la contraparte. Pero, el método de interpretación comparado empieza a resentirse cuando ya se tiene claro, de un lado, que sistemas acusatorios puros no existen, y del otro, que la configuración dada por el legislador patrio a la sistemática procesal, dista mucho de emular detalladamente alguno de los dos sistemas —anglosajón o continental europeo— que, como término general, se considera han servido de matriz a las demás legislaciones. Es este un tópico que ya parece superado si se revisan los debates del proyecto en el Congreso de la República, así como las decisiones puntuales que en torno del sistema y sus proyecciones han proferido la Corte Constitucional y esta Corporación.

Así las cosas, la definición de cómo debe adelantarse la práctica probatoria, comprendiendo ello su solicitud, ha de verificarse a través de los principios y normas específicos consagrados en la ley y no por vía del derecho comparado, cuando se ha demostrado, y en líneas precedentes se hizo amplia referenciación de ello, que el tema ha sido regulado en ella de manera amplia, suficiente y clara, razón por la cual deviene improcedente el método de interpretación al cual aludió la Fiscalía. Lo

anotado en precedencia, permite a la Corte responder al interrogante planteado, de manera negativa, pues, si la parte no demuestra un objeto específico, consustancial a su pretensión, que permita al juez evaluar los presupuestos de pertinencia, conducencia, licitud y necesidad, ha incumplido la carga procesal que se le impone y, en consecuencia, al funcionario no le queda camino diferente del de negar la solicitud.

Sin embargo, de lo anotado surge otro cuestionamiento:

1.1. ¿En todos los casos, está vedado que la contraparte pida interrogar directamente al testigo citado por una parte?

No. De lo expuesto en precedencia fácil se colige que la prohibición opera únicamente para los casos en los cuales, como viene sucediendo reiteradamente en la práctica de las audiencias preparatorias, la manifestación opera abierta, aleatoria y genérica. No soslaya la Sala que en determinadas circunstancias un mismo testigo puede conocer hechos que soportan algún aspecto de la teoría del caso de las partes contrarias —dígase, para citar un ejemplo elemental, el declarante vio cuando el procesado atacó a la víctima, y ello es fundamental para la pretensión de la Fiscalía, pero también conoce que desde tiempo atrás el occiso venía haciendo objeto de amenazas al acusado, tópico que sin duda interesa a la defensa—, y no se duda que en estos eventos se hallan más que legitimadas ellas para valerse del testigo como propio.

Eso sí, como se viene reiterando, para que se cumpla la carga procesal establecida en la ley, cada una de las partes debe expresar con claridad cuál es el objeto específico para el que se llamará al declarante en interrogatorio directo, dentro de su particular pretensión, y corresponde al juez de conocimiento, seguidamente, verificar los aspectos de pertinencia, conducencia, licitud y necesidad, a efectos de admitir o inadmitir el medio deprecado. Ello, por lo demás, desarrolla adecuadamente lo dispuesto en el artículo 375 de la Ley 906 de 2004, en cuanto reseña amplios y variados aspectos respecto de los cuales puede declarar el testigo, en términos de pertinencia de la prueba.

2. ¿Puede la Fiscalía solicitar y obtener, sin especificar el objeto de ello, que se le permita realizar interrogatorio directo al acusado, cuando este ha aceptado concurrir a la audiencia del juicio oral como testigo?

Los criterios generales expresados en el tema anterior permiten responder negativamente al cuestionamiento, pues, mirado en su contexto de testigo, es claro que la Fiscalía, sin señalar cuál es el objeto específico de la solicitud, no puede genéricamente reclamar se le permita interrogar al acusado, que, se reitera, ha sido

presentado por la defensa. Se reitera, para el caso concreto, evidente se observa que la Fiscalía no cumplió con la tarea o carga procesal, ampliamente dilucidada en líneas anteriores, de significar la pertinencia y conducencia de su solicitud probatoria, razón suficiente para que deba inadmitirse lo deprecado.

Pero, puede suceder que, en efecto, precisamente en atención a la directa vinculación que lo ata con los hechos atribuidos, la Fiscalía soporte argumentalmente, en punto de pertinencia, conducencia y necesidad, su solicitud para que se le permita interrogar directamente al procesado. En este caso, advierte la Corte, efectivamente habrá cubierto la Fiscalía su carga procesal de solicitar adecuadamente ante el Juez de Conocimiento, la práctica probatoria y corre decisión de este, luego de evaluados los factores atrás citados, aceptar o negar la práctica probatoria, facultando, desde luego, la posibilidad de impugnar su decisión, en caso de que opere negativa.

Solo así, razona la Sala, pueden respetarse a cabalidad los principios de igualdad de armas, transparencia y verdad, pues, si se tiene claro que con su renuncia al derecho de guardar silencio, el procesado asume a la par el rol de testigo, facultando a la defensa interrogarlo sobre hechos y circunstancias trascendentes a la acusación, apenas natural se observa que en frente de este específico medio probatorio se otorgue a la contraparte, Fiscalía, la posibilidad de ejercer su derecho de contradicción o, para ser más exacto, de probar a través de este testigo aspectos relevantes de su teoría del caso.

Desde luego, se agrega, si a la defensa, cuando cumpla con los presupuestos procesales de demostrar la conducencia y pertinencia de lo pedido, se le faculta para que pueda interrogar directamente al testigo solicitado por la Fiscalía, ya que lo requiere para sustentar algún aspecto de su teoría del caso, igual debe ocurrir con su contraparte, a efectos de que quede en pie el principio de igualdad de armas y se respete el equilibrio que ha de gobernar el trámite del juicio. Junto con ello, los principios de transparencia y lealtad imponen que, si al procesado se le permite renunciar en cualquier momento a su derecho de guardar silencio, no se sorprenda en el último minuto a la Fiscalía con la presentación en el estrado del acusado, pudiendo el ente investigador ejercer en este momento su derecho y rol como parte, en búsqueda de la verdad, a través del mecanismo de interrogarlo sobre hechos trascendentes que quizás, por estrategia defensiva, no sean tratados por su contraparte.

Porque, si la facultad de renunciar al derecho de guardar silencio, opera únicamente en cabeza del acusado, razón por la cual la Fiscalía no puede solicitar como prueba el testimonio de este, así pueda sustentar su conducencia y pertinencia, cuando

menos, en aras de equilibrar la posición de las partes en el debate público, ya de suyo puesta en entredicho, debe permitirse que el fiscal, ante la citada renuncia y visto que la defensa pretende hacer valer esa como prueba a su favor, actúe de forma similar, de advertir que ese mismo testigo posee información que soporta su propia pretensión.

Por lo demás, si se trata, a su vez, de respaldar y hacer respetar los derechos de la víctima a la verdad, justicia y reparación, ello debe materializarse a través de la posibilidad de que esa verdad se obtenga de manera legítima, incluso por boca del acusado, aquí paralelamente estimado en su papel de testigo. En este punto, debe anotarse que no se trata de privilegiar los derechos de una parte sobre la de la otra, o mejor, imponer por sobre los de el acusado, aquellos de la víctima. Al efecto, mírese cómo el artículo 8° de la Ley 906 de 2004, que regula los derechos del procesado, de ninguna manera señala algún tipo de limitación para que, renunciando a su derecho de guardar silencio y acudiendo como testigo, no pueda ser objeto de interrogatorio directo por parte de la Fiscalía. A su turno, el artículo 11 *ibídem*, garantiza los derechos de la víctima, entre los cuales destacan, para lo que se debate, el de acceso a la justicia, a ser oídas y que se les facilite aportar pruebas, dentro de los postulados generales de verdad, justicia y reparación (art. 137, Ley 906 de 2004).

En consecuencia, no se afectan los derechos constitucionales y legales del procesado cuando se permite, dentro de los postulados de conducencia y pertinencia, que la Fiscalía lo interroge directamente acerca de los hechos. Añádase, a lo anotado, que esa facultad de la Fiscalía para conocer previamente a su aducción las pruebas que la defensa pretenda hacer valer en el juicio, y a partir de allí edificar su concreto mecanismo de controversia o enrutar la mejor manera de soportar su teoría del caso —incluso, huelga anotar, citando a ese testigo para que, en interrogatorio directo exponga el apartado o circunstancia específico que sustentan su pretensión, en términos de conducencia, pertinencia y licitud—, dimana expresa de lo consignado en el inciso segundo del artículo 344 de la Ley 906 de 2004, así redactado:

“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 el hubieren sido practicados al acusado”.

Ahora, como queda claro que el acusado puede renunciar en cualquier momento a su derecho de guardar silencio —desde luego, si se trata de presentarse en calidad de testigo, ello tiene como límite la fase probatoria de la audiencia de

juicio oral, en virtud del principio preclusivo de los actos procesales—, a la Fiscalía le compete la carga procesal, si desea hacer uso del interrogatorio directo, esto es, presentarlo a su vez como su propio testigo, de sustentar la pertinencia y conducencia de lo deprecado —en otras palabras, indicar adecuadamente al juez cuál es el objeto concreto de la prueba—, asunto que, a despecho de lo decidido por el Tribunal en primera instancia, solo puede operar cuando la defensa o el acusado hagan una dicha manifestación de renuncia al derecho de guardar silencio.

No resulta adecuado, entonces, el argumento presentado por el A quo para rechazar lo pedido por la Fiscalía, basado en el supuesto descubrimiento probatorio que debió haber efectuado la Fiscalía desde el escrito mismo de acusación, o cuando menos, en la audiencia de formulación de acusación, que faculta adicionar el libelo, sencillamente porque para ese momento el representante del organismo investigador no conocía que el acusado sería presentado en el juicio en calidad de testigo.

Es necesario precisar, sin embargo, que en virtud de lo decidido por la Corte Constitucional al momento de revisar la constitucionalidad de lo consagrado en el artículo 394 de la Ley 906 de 2004 —Sentencia C-782 de 2005—, si bien, como se anotó en precedencia, la Fiscalía cuenta con la facultad de solicitar interrogar directamente al procesado, si cumple con las exigencias de demostrar la pertinencia y conducencia de la prueba, ello no significa que, ya sentado en el estrado de los testigos el procesado, este tenga la obligación de responder a sus cuestionamientos o el funcionario pueda impelerlo a confesar o decir la verdad, como quiera que, así lo anotó el alto Tribunal, el derecho a guardar silencio sigue vigente y la confesión, para que valga como tal, ha de ser libre, voluntaria y espontánea:

“En la filosofía que orienta la adopción de un determinado sistema penal, ahora el acusatorio, existen garantías constitucionales producto de luchas de la humanidad que no son renunciables; por el contrario, deben ser maximizadas por estar de por medio el principio constitucional a la libertad individual y el respeto a la dignidad humana. Ahora, no significa lo anterior, que el procesado no pueda optar dentro de su libre autonomía, por confesar el delito por el cual se le inculpa, caso en el cual previo el cumplimiento de los requisitos legales, al juez le corresponderá valorar ese medio de prueba, pero solamente sobre el supuesto de la absoluta libertad y espontaneidad de quien confiesa, pues en caso contrario se trataría de la provocación forzada de una confesión, circunstancia que se traduce en un verdadero atentado contra la dignidad humana, la libertad y la autonomía de la voluntad. Para la Corte es claro que la persona a la que se le imputa la comisión de un hecho

delictivo, tiene el derecho de guardar silencio y de reservarse datos o hechos que puedan resultar perjudiciales para sus intereses y los de sus allegados.”

Resalta la Sala, conforme lo transcrito y en refutación de lo argumentado por la Fiscalía y la representación de la víctima, que el derecho a guardar silencio no se elimina de manera absoluta por el solo hecho de acceder a acudir el acusado como testigo, y que, además, esa declaración debe garantizar que no se le induzca o provoque su confesión, en cuanto límites concretos que ha de respetar el fiscal al momento de interrogar, y hacer cumplir el juez de conocimiento, en cuanto máximo garante de los derechos de las partes y, en especial, del acusado.

Sin embargo, acorde con las precisiones realizadas en precedencia, dado que la funcionaria no expuso en la audiencia preparatoria, al momento de hacer la solicitud, cuál es la conducencia y pertinencia de la prueba, o en otras palabras, cuál es el objeto concreto de presentar como su testigo a la acusada, y no por las razones esgrimidas en la decisión atacada, se confirma la negativa del Tribunal Superior de Bogotá, a permitir que la Fiscalía someta a interrogatorio directo a la acusada, en caso de que esta siga en su empeño de concurrir a declarar en la audiencia de juicio oral.

S. CONTRAINTERROGATORIO

CSJ, SCP, Sentencia del 3 de mayo de 2007, R. 26.467, M.P. Jorge Luis Quintero Milanés.

“No obstante, en el nuevo esquema de procesamiento, como debe ser, la carga de la prueba para desvirtuar la presunción de inocencia del acusado le corresponde a la Fiscalía General de la Nación, razón por la cual, solo constituye un imperativo para el ente investigador presentar “la teoría de caso”, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 371 de la Ley 906 de 2004. Empero, tal regla no impide que la defensa también lo haga dentro de la personal estrategia defensiva que pretende hacer valer en el juicio oral y dentro del rol que dicho esquema le otorga, razones por las cuales a dicho sujeto procesal la ley le otorga discrecionalidad para presentar o no su teoría del caso, según sus conveniencias.

De otro lado, con el ánimo de ejercitar el contradictorio de las pruebas incorporadas en el juicio oral, especialmente lo atinente al testimonio, no necesariamente se requiere que los intervinientes hagan uso del contrainterrogatorio para cumplir con dicho cometido, puesto que puede suceder que a veces tal medio de contradicción resulte beneficioso ejercerlo de manera silenciosa, esto es, que

se declina de hacer uso de tal prerrogativa por múltiples razones, por ejemplo, en precisos supuestos las respuestas suministradas por el testigo pueden resultar desfavorables frente a la teoría del caso.

En tales circunstancias, el mejor contrainterrogatorio es el que no se hace. O, también puede suceder que con el fin de ejercitar el contradictorio y dentro de la estrategia el interrogatorio se debe sujetar a lo que la doctrina llama contrainterrogatorio aparente, según el cual, se hace uso del derecho a repreguntar, pero dejando deliberadamente por fuera ciertos temas o materias, reduciendo el contrainterrogatorio a unos pocos puntos sin mayor importancia y que no va a perjudicar la teoría del caso del interviniente que formula las preguntas.

Sin embargo, tal como está diseñado el procedimiento en el nuevo esquema procesal con tendencia acusatoria, la labor del litigante no se limita a su simple presencia e intervención en el trámite procesal, esto es, en las audiencias regladas para realizar la imputación, la formulación de la acusación y del juicio oral, entre otras, sino que también, a fin de cumplir con el mandato conferido, está facultado para realizar tareas de investigación con el correspondiente apoyo de los organismos estatales, evento en el cual podrá realizar entrevistas a las personas que percibieron los hechos y demás circunstancias referentes que interesen a sus pretensiones y, de esta manera, construir la teoría del caso, situación que obviamente está sujeta a su discrecionalidad.

Lo anterior quiere decir que la actividad de la defensa dentro del esquema procesal consagrado en la Ley 906 de 2004, como en los anteriores, no se reduce a que el apoderado del acusado presente la teoría del caso, solicite pruebas en el lapso correspondiente, contrainterrogue al testigo de la contraparte o presente alegatos finales.

Por consiguiente, con el fin de verificar la inactividad del profesional del derecho, como lo viene diciendo la Corte desde antaño, para que tal situación se adecue como motivo de nulidad se hace indispensable que se evidencie que la presunta inactividad no corresponde a una estrategia defensiva sino que se debió a una desidia que afectó, de manera grosera, los derechos y garantías judiciales del acusado, al punto que resulta procedente la declaratoria de invalidez de todo lo actuado.”

6. INTERROGATORIO Y CONTRAINTERROGATORIO. EXCLUSIÓN DE LA VÍCTIMA (ARTÍCULOS 391 Y 395 DE LA LEY 906/04)

Corte Constitucional, Sentencia C-343 de 2007, Expediente D-6474, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

“3. La acusación formulada en contra de los artículos 390 y 395 y el problema jurídico a resolver

Dado que, según lo anotado, la acusación se basa en los mismos cargos esgrimidos en la demanda que ya fue objeto de decisión, la Corte tendrá en cuenta las consideraciones con base en las cuales en esa ocasión efectuó el juicio de constitucionalidad. El problema jurídico que entonces se planteó consistía en determinar si resultaba inconstitucional no prever la participación directa de la víctima en el debate probatorio ni permitirle controvertir los elementos probatorios aportados por las partes en las distintas fases de la actuación penal y, del mismo modo, respecto del artículo 390 y del artículo 395 se plantea ahora si es contrario a la Carta no haber previsto la posibilidad de permitirle a la víctima participar en la práctica del testimonio durante la audiencia del juicio oral.

3.1. La Sentencia C-454 de 2006 y las facultades probatorias correspondientes a las víctimas

Para absolver el interrogante formulado la Corte reitera los criterios que ha vertido en su jurisprudencia en relación con los derechos de las víctimas del delito al interpretar los artículos 1, 2, 15, 21, 93, 229 y 250 de la Constitución y, en lo atinente a las facultades de la víctima, estima de especial relevancia volver a recordar lo que en la Sentencia C-454 de 2006 la Corporación expuso sobre el alcance del derecho de las víctimas a solicitar pruebas en la audiencia preparatoria, regulada en el artículo 357 de la Ley 906 de 2004.

En la referida sentencia la Corte constató la existencia de una omisión legislativa de carácter relativo que comportaba un trato diferenciado contrario al derecho a acceder a la justicia y al derecho a la verdad y que, por lo tanto, debía ser subsanada permitiéndole a la víctima o a su apoderado solicitar pruebas en la audiencia preparatoria²⁵. Respecto de esta audiencia la Corporación señaló que ‘constituye, dentro del nuevo sistema, el acto procesal por excelencia para el trámite

25 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-454 de 2006. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

de las solicitudes de pruebas que habrán de practicarse en el juicio oral' y después de verificar que el artículo 357 sólo le permitía solicitar pruebas al fiscal y a la defensa, la Corte concluyó que el legislador había omitido 'incluir al representante de las víctimas dentro de las partes o intervinientes con facultad para realizar solicitudes probatorias en la audiencia preparatoria'²⁶.

A juicio de la Corporación, el derecho a acceder a la justicia 'se encuentra en una relación directa con el derecho a probar', el derecho a conocer la verdad 'está inescindiblemente vinculado con la posibilidad de probar', el derecho a la justicia 'resulta inconcebible al margen de una posibilidad real de incidir probatoriamente en el esclarecimiento de los hechos y la determinación de responsabilidades' y el derecho a la reparación 'se consolida a partir de la determinación de la responsabilidad por el hecho punible'²⁷.

En razón de la interdependencia de los mencionados derechos, la Corte estimó que la solicitud de pruebas sobre el hecho mismo, así como sobre las circunstancias, la determinación de los autores y partícipes y la magnitud del daño constituye 'un presupuesto inexcusable del derecho de las víctimas a acceder efectivamente a la justicia', motivo por el cual, precisó la Corporación que no era razonable excluir a las víctimas de la posibilidad de realizar solicitudes probatorias y, en garantía del derecho de acceso a la administración de justicia, indicó que la 'naturaleza bilateral del derecho a la tutela judicial efectiva, impone que se reconozcan a la víctima garantías de acceso a la justicia similares a las que se reconocen al imputado o acusado', además, porque los intereses defendidos por el Ministerio Público en el proceso penal 'son muy distintos a los intereses que agencia el representante de las víctimas'²⁸.

3.2. La Sentencia C-209 de 2007

Como quedó anotado, el actor pretende que empleando un razonamiento igual al efectuado en la Sentencia C-454 de 2006, la Corte verifique la existencia de una omisión legislativa relativa en los artículos 390 y 395 del Código de Procedimiento Penal, constate su inconstitucionalidad y, en consecuencia, disponga que a las víctimas les asiste el derecho a participar en la práctica de la prueba testimonial que se adelante en la audiencia del juicio oral, pues, en su opinión, no tiene sentido que en la providencia citada se les haya concedido la posibilidad de solicitar pruebas

26 *Ibidem.*

27 *Ibidem.*

28 *Ibidem.*

en la audiencia preparatoria y que luego se les niegue la oportunidad de intervenir cuando se trata de la práctica de las pruebas.

Sobre el particular, se debe mencionar que en la Sentencia C-209 de 2007 la Corte, en atención a la nueva estructura del proceso penal, distinguió entre sus distintas etapas y, al analizar las facultades probatorias correspondientes a las víctimas, puntualizó que no había razón suficiente que justificara la exclusión de la víctima del uso de las facultades otorgadas a las partes y a otros intervinientes por los artículos 284, 344, 356, 358 y 359 de la Ley 906 de 2004, por cuanto garantizar la participación de las víctimas en la etapa anterior al juicio no implica modificar los rasgos estructurales del sistema penal de tendencia acusatoria, tal como fue concebido en el Acto Legislativo 03 de 2002 y tampoco afecta la igualdad de armas ni la calidad de la víctima como interviniente en cada uno de los casos²⁹.

En términos generales, la Corte precisó que carecía de justificación objetiva impedirle a la víctima solicitar pruebas anticipadas, pedir el descubrimiento de las pruebas, participar en la audiencia preparatoria, solicitar la exhibición de los elementos probatorios materiales o de evidencia física y solicitar la exclusión, el rechazo o la inadmisibilidad de los medios de prueba y que, en cada una de esas hipótesis, el legislador había incurrido en una omisión generadora de una desigualdad injustificada entre los distintos actores del proceso penal en las etapas previas al juicio, lo que, a su turno, evidenciaba que el legislador había incumplido el deber de asegurar una verdadera intervención de la víctima en el proceso penal en contra del derecho a la verdad y del derecho a “ser oídas y a que se les facilite el aporte de pruebas” que, según el literal d) del artículo 11 de la Ley 906 de 2004, corresponde a las víctimas³⁰.

Para reparar la inconstitucionalidad derivada de la omisión la Corte Constitucional condicionó la exequibilidad de los artículos 284, 344, 356, 358 y 359 de la Ley 906 de 2004 en el sentido de que la víctima tiene la posibilidad de ejercer las facultades probatorias previstas en cada una de las disposiciones legales mencionadas³¹. Sin embargo, al abordar el estudio de los artículos 391 y 395 en la parte que en esa oportunidad fue objeto de demanda, la Corte concluyó que el hecho de no haberle concedido a la víctima las facultades probatorias otorgadas a

29 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-209 de 2007. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

30 *Ibidem*.

31 *Ibidem*.

la Fiscalía, la defensa y el Ministerio Público, no se traduce en un trato diferente e injustificado entre los distintos actores e intervinientes en el proceso penal, ya que las facultades previstas en los referidos artículos corresponden a la etapa del juicio oral y en esa etapa la víctima no tiene participación directa, de modo que al permitírsele se modificarían los rasgos estructurales del sistema penal acusatorio, tal como fue concebido en el Acto Legislativo 03 de 2002, se alteraría, de manera sustancial, la igualdad de armas y, además, se convertiría a la víctima en un segundo acusador o contradictor³².

De conformidad con el anterior análisis la Corte declaró exequibles las disposiciones demandadas e hizo énfasis en que la exclusión de la víctima del grupo de actores procesales que tienen la posibilidad de interrogar al testigo y de oponerse a las preguntas formuladas en el juicio oral está justificada, no produce una desigualdad injustificada entre los actores del proceso penal, ni supone que el legislador ha incumplido el deber de asegurar una intervención efectiva de la víctima en el proceso, porque el ejercicio de las aludidas facultades probatorias tiene lugar durante la etapa del juicio oral y en ella —como se apuntó—, la participación directa de la víctima trastocaría el sistema penal, afectaría la igualdad de armas y convertiría a la víctima en segundo acusador³³. Fuera de lo anterior, conviene precisar que, de conformidad con el artículo 250 de la Constitución, a la Fiscalía General de la Nación le corresponde velar por la asistencia a las víctimas, así como por su protección en el proceso penal, lo que, desde luego, también opera durante la etapa del juicio oral.

3.3. El cargo formulado en contra de los artículos 390 y 395 de la Ley 906 de 2004

Bajo las premisas que se dejan sentadas, es claro que aun cuando en el artículo 390 de la Ley 906 de 2004 no existe previsión expresa que le permita a la víctima del delito interrogar a los testigos, también es cierto que, en armonía con el análisis efectuado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-209 de 2007, la omisión advertida no es inconstitucional, pues no genera una desigualdad carente de justificación, evita la alteración de los rasgos estructurales del sistema penal, pues —se reitera— en la etapa del juicio oral la víctima no tiene participación directa y constitucionalmente no resulta factible convertirla en segundo acusador y afectar de esa manera la igualdad de armas.

32 *Ibídem.*

33 *Ibídem.*

Procede, entonces, desestimar la acusación y declarar la exequibilidad del artículo 390 de la Ley 906 de 2004, en lo referente al cargo examinado. Como quedó consignado, en relación con el artículo 395, acusado en su integridad, ordenará la Corte estarse a lo resuelto en la Sentencia C-209 de 2007 respecto de la expresión “*La parte que no está interrogando o el Ministerio Público*” que fue declarada exequible y, en atención a que por las razones analizadas no se observa inconstitucionalidad alguna en el resto del artículo, la Corte extenderá la declaración de exequibilidad para que cobije el segmento sobre el cual no hay pronunciamiento anterior, pero aclara que la declaración de exequibilidad se circunscribe al cargo analizado.”

7. TESTIGO COMÚN Y TESTIGO ÚNICO: DESISTIMIENTO, RENUENCIA

CSJ, SCP, Sentencia del 8 de noviembre de 2007, R. 26.411, M.P. Alfredo Gómez Quintero

“1. El testigo común; el desistimiento de la prueba por uno de los sujetos procesales; la fuga del testigo.

Argumenta el recurrente que solicitó de forma oportuna el recaudo de un medio de convicción que fue decretado por el juez del conocimiento, de manera que la omisión en la práctica de esa prueba se traduce en violación del derecho de contradicción y de defensa. “En relación con el testigo común, algunas situaciones especiales pueden presentarse, pero fundamentalmente que se trate de **testigo único**, o testigo que **no reúna tal calidad**. Si lo primero, necesariamente habrá lugar a proferir fallo absolutorio por falta de prueba; si lo segundo, habrá lugar a proferir la decisión de mérito —absolutoria, condenatoria, o declaratoria del estado de incertidumbre— con base en la prueba con que cuente el proceso. La Sala juzga como una situación **normal** las vicisitudes que se puedan presentar en el proceso con los testigos que bien pueden optar por no asistir al juicio, por ser reticentes, por no responder, por negar versiones anteriores —como las que dieron en entrevistas, reconocimientos en filas de personas, reconocimientos fotográficos—, por fugarse si son reclusos, la muerte del testigo es otra eventualidad, etc., como también es **normal** que un sujeto procesal desista de una prueba si así lo considera. Como se trata esencialmente de un proceso de partes, desde esa óptica es razonable que quien ha solicitado la práctica de una prueba desista de ella en el juicio si así lo estima a la hora de definir en la audiencia las pruebas que soportan su teoría del caso, bien porque ese medio de convicción no alcanza sus expectativas procesales, bien porque

de manera inexplicada, asumiendo en todo caso el riesgo que implique la decisión del sujeto procesal, opta por retirar de su expectativa probatoria determinado medio de convicción.

Es claro entonces que un sujeto procesal puede legítimamente desistir de la práctica de una prueba en el juicio, sin que eventualmente y aun respetando el principio de imparcialidad, el juez pueda requerir o pedir explicaciones por las cuales opta la parte por esa determinación; en todo caso, la decisión de retirar la prueba está ligada a la visión insular de sacar adelante la teoría del caso del interviniente respectivo (autónoma de la parte). La determinación del fiscal en este sentido (desistir de una prueba previamente solicitada) tendrá efectos vinculantes **solo** en el caso de que se trate de prueba **única**, pues, en tal evento el fiscal quedará sin teoría del caso y el juicio quedará sin acusador y sin prueba. (Sin perjuicio de la eventual responsabilidad que pueda comprometer al funcionario, en tratándose de retirar pruebas trascendentales de cargo). No sucede igual cuando existe multiplicidad de opciones probatorias, porque en ese caso el fallo tendrá que fundamentarse en ellas y obviar la prueba desistida, no practicada, en fin, no disponible.

En el asunto bajo examen lo que alega el casacionista es que, tanto la Fiscalía como la defensa habían solicitado el testimonio de un menor de edad vinculado a los mismos hechos (testigo común); que la Fiscalía desistió de la prueba y como la defensa también había presentado aquel testimonio como pretensión a practicarse en el juicio, el juez no recibió la versión cuando el menor fue traído para la sesión de práctica de las pruebas pedidas por el acusador y lo aplazó para cuando correspondiera el turno de aducción de medios de la defensa. Sin embargo, el menor se fugó del establecimiento y el testimonio nunca pudo recibirse. La Sala encuentra que tal vicisitud **no** es imputable al juez o a los sujetos procesales y corresponde a la mecánica procedimental del juicio oral sin que sea razón eficiente para sostener —por sí— que se lesionó el derecho de defensa de la contraparte; la fuga del testigo es una situación exógena que no puede atribuirse —por sí— a la responsabilidad del sentenciador, ni tampoco a alguna maniobra desleal de un sujeto procesal —*mientras no se demuestre lo contrario*—. Cuando hay solicitudes de pruebas comunes (porque las requiere tanto la Fiscalía como la defensa), lo recomendable es que al momento de desistir del medio de convicción pedido por la Fiscalía se requiera a la otra parte para saber si persiste en la práctica del medio, sobre todo si se trata de testimonios de personas que requieren de todo un despliegue operativo para que estén disponibles en la audiencia (testigos frágiles, volubles, timoratos, amenazados, personas que difícilmente puedan presentarse por diferentes razones, personas bajo el influjo de

circunstancias que permitan intuir contingencias futuras que afecten la imparcialidad del dicho, etc.). *¡Lo recomendable es ser cauto y asegurar la evidencia!*

En el presente juicio, con sobrada razón la Juez increpó a la Fiscal para que informara con antelación su determinación de desistir del testimonio, para no fomentar inútiles costes operativos de transportar al testigo detenido desde su sitio de reclusión, en fin, para que no desistiera a última hora de la prueba. Pero hasta ahí llegaba su función recriminadora, esto es, por aspectos simplemente logísticos o económicos, más no a entenderse como un reproche por el ejercicio de una facultad legal. Sin embargo, el asunto es determinar si de cara a la sentencia, la decisión que se adopta en esas precisas circunstancias *es ilegal o no lo es*. La Sala responde que el desistimiento de una prueba por uno de los sujetos procesales **no lesiona** garantías defensivas de la contraparte. Lo razonable era no desperdiciar la oportunidad de recaudar el testimonio ya que se había transportado al joven al estrado judicial. Ante el desistimiento de la Fiscalía, lo prudente era requerir a la defensa sobre si iba a persistir en el testimonio y recibirlo como una prueba de la defensa y contrainterrogarlo al hilo de la teoría del caso de la contraparte; resuelto el *impasse*, la audiencia debe continuar hasta agotar las pruebas de la Fiscalía. Era una cuestión de método, de *costo/beneficio*, de manejo del desarrollo de la audiencia y nada más.

No obstante, la Sala insiste en que la renuencia del testigo **no** es imputable al juez y por ello aquí no hubo violación del derecho de contradicción. A más de ello, el argumento del recurrente es del todo especulativo cuando arguye que el joven se escapó del centro correccional y de esa manera se cercenó el derecho de defensa porque se privó a los acusados de la oportunidad de determinar “*circunstancias que habrían podido modificar favorablemente su situación*”, siendo evidente que no sustentó cuáles eran esas “circunstancias” que de presentarse modificarían de manera favorable el sentido de la sentencia recurrida en casación. En la audiencia de sustentación de la demanda de casación afirmó el defensor que Cristian Hernández, como autor confeso los homicidios, conoció las circunstancias de la ejecución y “*lógicamente la inocencia de sus defendidos*”; sin embargo, por ser una prueba que nunca se practicó, tampoco es factible especular sobre el contenido del dicho del menor, porque nunca lo rindió. Por manera que el impugnante no logró fundamentar la veracidad ni la trascendencia de su insular afirmación.”

8. PROTECCIÓN DE TESTIGOS

CSJ, SCP, Sentencia del 9 de noviembre de 2006, R. 25.738, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

“Lo anterior no obsta para que Sala haga un llamado de atención a la Fiscalía por la desidia que denotó en la protección y buen resguardo de su testigo, pues como quedó evidenciado en el fallo demandado, Óscar Duván Acosta Laverde tuvo una clara motivación cuando en el juicio asumió una posición negada a colaborar con el esclarecimiento de los hechos:

“...así también para el momento del juicio el motivo de su intento de retractación era no solo la repercusión psicológica de estar compartiendo cárcel con uno de sus señalados determinadores, sino el de considerarse igualmente engañado por la Fiscalía en punto a que ‘lo único que pedía’, como lo manifestó en juicio, era el cambio de cárcel que nunca se produjo. Ver video 3 minuto 36: ‘... pues eso me dijeron que iban a hacer, pero en ningún momento ha llegado... pedí por ejemplo un traslado y no se ha dado...’”.

Al testigo se le dejó a su propia suerte en la misma cárcel donde fue recluso uno de sus señalados determinadores, sin que sus reclamos por ello tuvieran eco alguno, a pesar de que se le prometió el ingreso a un programa de protección de testigos que la Fiscalía nunca cumplió, tal como quedó igualmente evidenciado en el siguiente aparte del fallo:

“Con la finalidad de probar la determinación de los acusados, la Fiscalía Delegada llevó al juicio como testigo al autor material de la conducta homicida, Óscar Duván Acosta Laverde, órgano de prueba sobre el cual el ente acusador centró su investigación, dada la colaboración que prestó hasta antes de iniciado el juicio, persona que por petición propia fue inscrita en el programa de protección a víctimas y testigos, con la finalidad natural de protegerlo de las personas contra las cuales iba a declarar, situación que fue asentida por el evocante en el juicio, quien sin embargo se duele públicamente dentro de la misma audiencia, de no haber recibido ninguna protección eficaz, al punto que no fue posible su traslado del centro de reclusión en el que se encontraba, a otro, el de Armenia, y sí por el contrario continuó compartiendo establecimiento carcelario con una de las personas en contra de las cuales iba a testimoniar”.

En el modelo procesal perfilado por el Acto Legislativo 03 de 2002 y desarrollado por la Ley 906 de 2004, que se caracteriza por entronizar un juicio público, oral, contradictorio, imparcial, con inmediación de las pruebas y sin dilaciones injustificadas, constituye de vital importancia la previsión constitucional y legislativa³⁴ de proteger a los testigos y peritos que se pretendan presentar en los

34 Artículos 250, numeral 7°, de la Carta Política y 114, numeral 6°, de la Ley 906 de 2004.

juicios, bien por el órgano de acusación o ya por la defensa, toda vez que la garantía de su efectiva presencia y colaboración para el esclarecimiento de los hechos, permitirá crear la confianza en todos aquellos con aptitud de comparecer en tales calidades para hacerlo sin cortapizas y sin prevenciones.

De allí que si la Fiscalía con el fin de obtener elementos cognoscitivos que pueda aducir en el desarrollo del juicio oral como prueba, se compromete a brindarle protección a un testigo, aun con más razón si se trata de una delincuencia como la que aquí se conoció, tiene la obligación de dar efectivamente tal protección, pues de lo contrario, si incumple sus compromisos al respecto, no solo puede poner en riesgo la vida o integridad de la persona que bajo tal condición ofreció su colaboración, sino que además, para futuros casos encontrará dificultades en obtener cooperación de testigos que le puedan servir no solo para sacar adelante un caso, sino para desvertebrar sofisticadas y complejas estructuras delictuales. Por lo tanto, con el fin de que se tomen las medidas pertinentes para que situaciones como la aquí evidenciada no se vuelvan a repetir, se remitirá copia de esta decisión al Fiscal General de la Nación.”

DE LA PRUEBA TÉCNICA Y/O PERICIAL

Sobre esta materia, a la cual se dedica la segunda unidad del módulo, se destacan básicamente dos pronunciamientos de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia: el primero es la Sentencia del 21 de febrero de 2007, proferida dentro del Radicado No. 25.920, en la que, además, se hacen precisiones importantes sobre la prueba documental y el segundo es la Sentencia del 11 de abril de 2007, dentro del Radicado No. 26.128, en la que se analizan los requisitos de la prueba pericial y los criterios que deben seguirse en orden a su valoración de acuerdo con la reglas de la sana crítica.

1. CADENA DE CUSTODIA Y PRUEBA PERICIAL MÉDICA

CSJ, SCP, Sentencia del 21 de febrero de 2007, R. 25920, M.P. Javier Zapata Ortiz.

“2.3. Algunos lineamientos normativos y conceptuales sobre la prueba documental

Teniendo en cuenta que la censura básicamente consiste en la falta de autenticidad de los videocasetes y de las historias clínicas de los lesionados, se estima

oportuno revisar la naturaleza jurídica de esos elementos y la manera de incorporarlos al juicio oral en calidad de pruebas.

2.3.1. Los textos manuscritos, mecanografiados o impresos y las grabaciones fonotípicas o videos, entre otros, tienen la calidad de *documentos*, para los efectos del Código de Procedimiento Penal, según lo dispuesto en el artículo 424 de la Ley 906 de 2004. Tal el caso de las historias clínicas, manuscritas por los médicos tratantes en los centros asistenciales en general, o transcritas por medios electrónicos; y de los videocasetes que registran sucesos o acontecimientos.

2.3.2. El proceso penal adversarial no contempla concesiones previas a favor de ninguna de las partes y, por ende, es factible cuestionar o poner en duda si en realidad los documentos y objetos que aduce una parte son lo que esa parte dicen que son. *Verbi gratia*, que un documento privado fue el que confeccionó el implicado en una estafa. Como las actuaciones procesales deben discurrir dentro de los límites de la racionalidad práctica, la normatividad procesal penal prevé mecanismos para la identificación, acreditación, custodia y autenticación de las evidencias, objetos y materiales probatorios, cuando a ello hubiere lugar. La recolección técnica, el debido embalaje, la identificación, la rotulación inequívoca, la cadena de custodia, la acreditación por medio de testigos y el reconocimiento o autenticación, son algunas de las formas previstas por el legislador, tendientes a garantizar que las evidencias y elementos probatorios sean lo que la parte que los aduce dice que son³⁵. Los “*macroelementos materiales probatorios*” como naves, aeronaves, vehículos, máquinas, etc., por lógicas razones no pueden ser presentados en las audiencias físicamente como evidencia. Basta inspeccionarlos, filmarlos y fotografiarlos, y estos registros sustituyen al objeto físico en todos los momentos procesales (*artículo 256 Código de Procedimiento Penal*).

2.3.3.. La cadena de custodia, reglamentada en los artículo 254 y siguientes de la Ley 906 de 2004, también tiene como finalidad demostrar la autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física.

2.3.4. La manera de introducir las evidencias, objetos y documentos al juicio oral se cumple, básicamente, a través de un *testigo de acreditación*, quien se encargará de afirmar en audiencia pública que una evidencia, elemento, objeto o documento es lo que la parte que lo aporta dice que es.

35 El artículo 216, Ley 906 de 2004, se refiere al aseguramiento y custodia de las evidencias y elementos materiales probatorios.

2.3.5. La *cadena de custodia*, la *acreditación* y la *autenticación* de una evidencia, objeto, elemento material probatorio, documento, etc., no condicionan —como si se tratase de un requisito de legalidad— la admisión de la prueba que con base en ellos se practicará en el juicio oral; ni interfiere necesariamente con su admisibilidad decreto o práctica como pruebas autónomas. Tampoco se trata de un problema de pertinencia. De ahí que, en principio, no resulta apropiado discutir, ni siquiera en sede casacional, que un medio de prueba es *ilegal* y reclamar la regla de *exclusión*, sobre la base de cuestionar su *cadena de custodia*, *acreditación* o *autenticidad*. Por el contrario, si llegare a admitirse una prueba respecto de la cual, posteriormente, en el debate oral se demuestran defectos en la *cadena de custodia*, indebida *acreditación* o se pone en tela de juicio su *autenticidad*, la verificación de estos aspectos no torna la prueba en *ilegal* ni la solución consiste en retirarla del acopio probatorio.

En cambio, los comprobados defectos de la *cadena de custodia*, *acreditación* o *autenticidad* de la evidencia o elemento probatorio, podrían conspirar contra la eficacia, credibilidad o asignación de su mérito probatorio, aspectos estos a los que tendrá que enfilar la crítica la parte contra la cual se aduce. La última es la solución adoptada por el Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), al sentar en el artículo 273 los *criterios de valoración*: “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.”

2.3.6. Lo anterior no obsta para que, si la parte interesada demuestra que se rompió la cadena de custodia o que no se acreditó la procedencia o que una evidencia, objeto o medio probatorio es definitivamente inauténtico, en el momento oportuno pueda oponerse a su admisión o decreto como prueba. En tal hipótesis, el Juez decidirá lo que en derecho corresponda, pues se trata de un proceso dialéctico que avanza hacia la construcción de la verdad con audiencia de los adversarios. Si bajo estos supuestos el Juez no decreta la prueba, su rechazo no será por motivos de *ilegalidad*, sino porque carecería de poder de convicción, por persistir serias dudas sobre la manera como se produjo la recolección de la evidencia o la forma en que se produjo el elemento probatorio, o la autenticidad del mismo en cuanto de ella dependa la posibilidad de aceptar como cierto su contenido. Con todo, se insiste, si se demuestran defectos en la *cadena de custodia*, *acreditación* o *autenticidad* y, pese a ello, la prueba se practica, dicha prueba no deviene *ilegal* y no será viable su exclusión; sino que, debe ser cuestionada en su mérito o fuerza de convicción por la parte contra la cual se aduce.

2.3.7. El Juez, sin abandonar la imparcialidad que lo caracteriza, como responsable de la dirección del proceso debe permanecer atento a la observancia de la *cadena de custodia*, la *acreditación* y la *autenticidad* de las evidencias y medios probatorios, sin que el silencio de las partes, o su aparente conformidad le impidan tomar la decisión que considere justa. Ahora bien, si las partes no cuestionan la *cadena de custodia*, la *acreditación* ni la *autenticidad* de las evidencias, el Juez no está obligado a emitir un pronunciamiento expreso sobre el asunto, a menos a que el propio funcionario judicial tenga razones para dudar acerca de alguno de esos tópicos. En esta hipótesis por ser el Juez el destinatario final de la prueba, tendrá que disponer lo que estime conveniente dentro de su marco funcional.

2.3.8. Por disposición del artículo 276 del Código de Procedimiento Penal, la *legalidad* del elemento material probatorio y evidencia física depende de que en la diligencia en la cual se obtiene, se haya observado lo prescrito en la Constitución Política, en los tratados internacionales sobre derechos humanos vigentes en Colombia y en las leyes. Por vía de ilustración, serán *ilegales* las evidencias y elementos probatorios obtenidos por medio de registro personal y toma de muestras que involucren al imputado, cuando estas diligencias se practican sin autorización del funcionario competente. En tales supuestos, la *ilegalidad* dimana de la vulneración del bloque de constitucionalidad, de la Carta o de la ley; y no de algún defecto en la *cadena de custodia*, *acreditación* o *autenticidad* de la evidencia. Obviamente, el Juez *excluirá* la práctica o aducción de medios de prueba *ilícitos* o *ilegales*, en atención a lo dispuesto por los artículos 23 y 360 del Código de Procedimiento Penal, respectivamente. En síntesis, la *regla de exclusión* aplica contra los medios probatorios *ilícitos* o *ilegales*; y no sobre medios probatorios respecto de los cuales se discuta la *cadena de custodia*, la *acreditación* o la *autenticidad*.

2.3.9. Es factible colegir que en la sistemática colombiana, la *legalidad* del elemento material probatorio y la evidencia física no depende de la corrección de la *cadena de custodia* ni de la debida acreditación sobre su origen. En cambio, la cadena de custodia podría incidir en la *autenticidad* de los elementos materiales probatorios y evidencia física, pues tal sentido tiene el artículo 277 del Código de Procedimiento Penal, al indicar que son auténticos cuando han sido detectados, fijados, recogidos y embalados técnicamente y sometidos a las reglas de la *cadena de custodia*. En los otros casos, cuando las evidencias y elementos no se hubiesen sometido a *cadena de custodia*, corresponde demostrar su autenticidad a la parte que los presente.

2.3.10. Tienen la calidad de evidencia documental las filmaciones, grabaciones y fotografías que registran los hechos delictivos al mismo tiempo en que están

ocurriendo; y como tal deben sujetarse a las reglas de la evidencia y a la normatividad procesal penal relativa a los documentos. El artículo 425 del Código de Procedimiento Penal (*Ley 906 de 2004*) adopta una *presunción de autenticidad* para amparar, entre otros, a los documentos públicos, las publicaciones periódicas de prensa o revistas especializadas; y a aquellos documentos sobre los cuales se tiene conocimiento cierto sobre la persona que los ha elaborado, manuscrito, mecanografiado, impreso, firmado o producido por algún otro mecanismo.

Esa presunción admite prueba en contrario a cargo de la parte que pretenda desvirtuarla. La autenticidad del documento es una calidad o cualificación del mismo cuya mayor importancia reluce al ser tomado como ítem de su valoración o asignación de mérito, después que se ha admitido o incorporado formalmente como prueba en la audiencia pública. Lo anterior no obsta para que dicho factor de mérito o valor suasorio —la autenticidad— se impugne con anticipación —en alguna de las audiencias preliminares o en la audiencia preparatoria, por ejemplo— con el fin de impedir que llegue a admitirse o decretarse como medio de prueba; y en caso tal, su rechazo ocurrirá, no por motivos de *ilegalidad*, sino porque de ante mano se sabría que ese medio probatorio va a resultar inepto o inane para la aproximación racional a la verdad. Frente a los documentos amparados con presunción de autenticidad, la parte interesada en desvirtuar esa presunción tiene la carga de demostrar que no son auténticos, acudiendo a su vez a cualquiera de los medios probatorios admisibles. El silencio deja esa presunción incólume.

2.3.11. Es ideal que en el juicio oral sólo se debata con relación a documentos auténticos; y para ello, además de las presunciones, la Ley 906 de 2004 contiene en el artículo 426 varios métodos para establecer la autenticidad; especialmente si se trata de documentos privados. El primer método consiste en el *reconocimiento por la persona que lo ha elaborado, manuscrito, mecanografiado, impreso, firmado o producido*. Para el efecto, dicha persona tendría que acudir a la audiencia y aceptar que es el creador del documento, que deberá exhibírsele. El segundo método consiste en el *reconocimiento por la parte contra la cual se aduce*, como ocurriría si el Fiscal presenta un contrato que pretende hacer valer como prueba de cargo, y el acusado admite ser su creador. Este se tendrá como auténtico. La realidad enseña que los procesos penales no discurren en términos tan ideales, sino más complejos y a menudo deben sortearse plurales vicisitudes; por ello, la Ley 906 de 2004 prevé otros métodos para reputar un documento auténtico, a saber: mediante informe de experto en la ciencia específica de que trate ese documento; y “*mediante certificación expedida por la entidad certificadora de firmas digitales de personas naturales o jurídicas.*”

Como en todos los casos, ese sentido de la *autenticidad* se pregona de la procedencia u origen del documento; pues su contenido y la correspondencia de dicho contenido con la realidad, cuando fueren objeto de controversia, deberán verificarse a través de los medios probatorios normales. Es decir, un documento no necesariamente tiene eficacia probatoria para desvirtuar la presunción de inocencia, por el solo hecho que pueda considerarse auténtico por su origen o procedencia. Esa problemática, la del valor demostrativo de su contenido, se discutirá con el conjunto de pruebas y corresponde al juez decidir en sana crítica.

2.3.12. Si al interior del proceso penal el documento no se autentica por ningún método y la parte contra la cual se aduce impugna su credibilidad, corresponderá al Juez decidir la objeción en sana crítica y con apoyo en los demás medios probatorios de que disponga. Si el asunto quedare reducido a la estimación del poder suasorio del documento por su contenido, la decisión de mérito se adoptará en la sentencia. Si a la audiencia pública se hace comparecer al supuesto autor de un documento y este lo rechaza como propio, se genera así la impugnación sobre la autenticidad de ese documento, surgiendo la posibilidad de utilizar otros medios probatorios para acreditar su autenticidad. Se verifica así que se trata, una vez más, de un asunto atinente a la valoración del documento en sana crítica como medio de prueba y no a la *legalidad* del decreto o práctica de dicha prueba.

2.3.13. Frente a los documentos privados que se llevan a juicio, elaborados por la parte que los aduce o por un tercero, con la finalidad de hacerlos valer en perjuicio de la contraparte, pueden ocurrir tres situaciones: i) Que la parte contra la cual se aducen los *accepte* como auténticos; en este caso el tema no tiene discusión y el mérito que pudiere concederse al contenido del documento se determina en la sentencia. ii) Que la parte contra la cual se aducen *impugne* su autenticidad; en este evento puede utilizarse cualquier medio probatorio o método adicional para dirimir el punto dentro del mismo debate. iii) Que la parte contra la cual se aducen *garde silencio*, hipótesis en que la autenticidad como tema especial no tiene discusión y todo queda reducido al aspecto valorativo o persuasorio de los documentos.

2.3.14. De todas maneras, que un documento privado o público se asuma auténtico, no significa que necesariamente tenga eficacia probatoria por su contenido. Su fuerza o poder demostrativo solo podrá determinarse en concreto con el análisis que en sana crítica haga el Juez de conocimiento.

2.3.15. Las filmaciones, grabaciones de voz, álbumes fotográficos y registros de otra índole que hagan los servidores públicos en ejercicio de sus funciones, tienen

el carácter de documentos públicos. Se presumen auténticos; y quien impugne su autenticidad corre con la carga de demostrar lo contrario hasta desvirtuar dicha presunción. Los videos obtenidos con las cámaras que la Policía Nacional o los órganos de inspección, vigilancia y control colocan en sitios estratégicos son documentos públicos, que se presumen auténticos; y su debido aporte en calidad de prueba se satisface con la *cadena de custodia* y la *acreditación*.

2.3.16. Las filmaciones, grabaciones de voz, álbumes fotográficos y registros de la misma naturaleza confeccionados por terceros o personas particulares, son documentos privados y en materia de autenticidad respecto de ellos son pertinentes los comentarios anteriores.

2.3.17. Las filmaciones, grabaciones de voz, álbumes fotográficos y registros de la misma naturaleza que se utilicen o reproduzcan en “*publicaciones periódicas de prensa o revistas especializadas*”, también se presumen auténticos, según lo indica un entendimiento axiológico del artículo 425 del Código de Procedimiento Penal. En el uso cotidiano referente a los medios de comunicación social masiva, la expresión “*prensa*” no alude exclusivamente a lo que pudiera hacerse físicamente en la máquina impresora cuya invención se atribuye a Gutenberg. Entre los distintos significados de la palabra “*prensa*”, el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia admite los siguientes: “*Conjunto o generalidad de las publicaciones periódicas y especialmente las diarias*”. “*Conjunto de personas dedicadas al periodismo*”. Y trae este ejemplo: “*Han permitido que la PRENSA entre en el juicio.*”

Luego, cuando el artículo 425 del Código de Procedimiento Penal ampara con presunción de autenticidad las publicaciones de *prensa*, extiende esa presunción a las publicaciones que se hagan en ejercicio de la actividad periodística, diarios escritos, semanarios, revistas, emisiones radiales y emisiones de televisión. De ese modo, los documentos que contengan ese género publicaciones, del giro normal de la actividad periodística, se presumen auténticos para efectos del proceso penal; y la parte que tenga razones en contra debe desvirtuar esa presunción.

En el mismo orden de ideas, si esa publicación de prensa se recoge en una cinta de video, como filmación o grabación electrónica o magnetofónica de voz o imagen, o por cualquier medio audiovisual, la presunción de autenticidad permanece incólume, mientras no se demuestre lo contrario. Ahora bien, esa presunción de autenticidad se refiere esencialmente al medio físico o electrónico continente de la

información —revista, libro, periódico, videocasete de la emisión de un noticiero, grabación de un programa radial, etc., y en ningún caso equivale a afirmar que el contenido de esa información es verdadero, pues este tema, como se ha reiterado, es discutible por cualquiera de los medios de convicción y sobre su eficacia demostrativa se decidirá en sana crítica.

Con referencia a esa presunción de autenticidad, dice CHIESA, “*la regla se justifica por la escasa probabilidad de falsificación. Es un poco absurdo pedirle al proponente que establezca la autenticidad de lo que luce auténtico, como un ejemplar de New York Times.*”³⁶ Importa insistir en que la autenticidad de la publicación de prensa relativa a un crimen no puede tomarse, sin más, como fuente de verdad para decidir sobre la responsabilidad penal de los autores o partícipes; pues esta cuestión compete dirimirla al Juez en sana crítica previo análisis del conjunto probatorio. En otras palabras, se puede admitir que un ejemplar de revista (*continente*) es auténtico mientras no se pruebe lo contrario; pero de ahí no se sigue que la información que difunde (*contenido*) sea la verdad que debe irradiar la justicia material del caso, porque nada obsta para que los medios de comunicación propaguen noticias preparadas en forma deficiente o con algún interés específico.

2.3.18. Los documentos filmicos antes referidos, difundidos en la actividad normal, cotidiana o periódica, de los medios de comunicación social masiva, pueden aportarse como evidencia a un proceso penal; y, no obstante se presumen auténticos, la parte interesada bien puede solicitar la prueba consistente en el testimonio de los periodistas³⁷, de los técnicos o de la persona que filmó, hizo la película, grabó o preparó la emisión del medio de comunicación, con el fin de dilucidar cualquier aspecto pertinente al contenido del documento o a la autenticidad del mismo. La prueba pericial también es factible.

2.3.19. Un caso especial de evidencias filmicas se presenta cuando las imágenes se obtienen con medios audiovisuales (*como cámaras de seguridad, cámaras de comunicadores sociales, filmadoras, sistemas computacionales, sistemas de video, cámaras fotográficas, etc., de servidores públicos o de particulares*) que captan en tiempo real algún acontecimiento. Tales registros —siguiendo a CHIESA³⁸— no son propiamente una

36 CHIESA, Ernesto L. Tratado de Derecho Probatorio. Publicaciones JTS. Estados Unidos de Norte América. Reimpresión 2005. Tomo II, pág. 944.

37 Con todo, el periodista no está obligado a revelar su fuente. (Artículo 385 de la Ley 906 de 2004).

38 CHIESA, op. cit. Pág. 967.

evidencia real³⁹, sino que se toman a la manera de “testigo silente” en cuanto a la captación real de lo ocurrido. *“Tal el caso de la fotografía o película del asalto de un banco tomada por la cámara correspondiente. En estos casos la autenticación se establece acreditando el proceso o sistema mediante el cual se tomó la fotografía o película”* bajo el sistema de las reglas de evidencia federales de los Estados Unidos y de Puerto Rico. *(Sobre este tema se regresará al abordar el estudio del tercer cargo).*

Como se observa, para la autenticación de esos documentos no se requiere indefectiblemente que comparezca la persona que realizó la filmación o que operó los aparatos de registro audiovisual, sino que, lo importante es determinar el origen o procedencia del registro. La regularidad de su aporte o aducción se conseguirá siguiendo las reglas de la *cadena de custodia* y la acreditación, que generalmente se cumple a través de un testigo. Como en todos los casos, si la parte afectada tiene argumentos para impugnar la autenticidad, o para sostener que el registro filmico fue alterado, cercenado, modificado o editado, o que se trata de “un montaje”, etc., debe exponer los fundamentos de su afirmación oportunamente, esto es, preferiblemente, cuando tal medio probatorio vaya a decretarse o durante su práctica en la audiencia pública.

2.3.20. De otra parte, cuando la persona que aparece registrada en el documento fotográfico, filmico o registro audiovisual acepta en testimonio que las imágenes son suyas, se tiene tal reconocimiento como método de autenticación. Lo mismo se predica de las grabaciones de voz. Otra cosa, como se ha venido insistiendo, es que pueda discutirse la veracidad de su contenido.

2.3.21. Las historias clínicas son documentos especiales surgidos en la relación médico-paciente, que recogen datos necesarios para diagnóstico, tratamiento y evolución, desde el instante en que el paciente ingresa al servicio de salud o centro asistencial hasta que es dado de alta. Por ello, a menudo, varios son los médicos y profesionales de la salud responsables de anotaciones de diversa índole en las historias clínicas. Más allá de las acotaciones que válidamente pueden hacerse acerca de la esencia pública o privada del documento que es una historia clínica, dependiendo si los profesionales de la salud son servidores públicos o no, importa relevar otras características.

39 Por *evidencia real* se entiende la que queda naturalmente a manera de huella o rezago del delito, como un lago hemático, el cadáver, las armas de fuego, los vidrios destrozados, etc. *Evidencia ilustrativa o demostrativa* es, en cambio, aquella que se elabora con posterioridad y voluntariamente con fines explicativos, por ejemplo, planos del lugar, fotografías de la escena del crimen, levantamientos topográficos en inspección judicial, etc. El artículo 423 de la Ley 906 de 2004 se refiere a la presentación de la evidencia demostrativa.

El médico con relación al paciente puede coleccionar *información privilegiada* que en virtud del “*secreto profesional*”, en sus connotaciones ético-jurídicas, no está obligado a revelar públicamente. Tan es así, que dentro de las *excepciones constitucionales* al deber de rendir testimonio, el artículo 385 del Código de Procedimiento Penal (*Ley 906 de 2004*) incluye al médico con relación al paciente. La historia clínica no se confecciona con el objeto de servir como medio de prueba; no es propiamente una evidencia real, ni se elabora ex profeso para efectos demostrativos; de ahí que, en la práctica, no es la historia clínica misma la que aporta luces para que el Juez dilucide los acontecimientos, sino que ese documento es ofrecido o dejado en manos de expertos, para que a través de la prueba pericial (practicada en el juicio oral) se ofrezcan las explicaciones requeridas para el entendimiento de un asunto complejo. Es una herramienta necesaria para el seguimiento de la salud del paciente, con fines de diagnóstico o tratamiento. Por ello, la difusión en debate público de su contenido en algunos eventos podría conspirar contra la dignidad humana.

No parece, pues, racional que en todos los casos se deba hacer comparecer a los profesionales de la salud autores de la historia clínica, que suelen ser varios en relación con el mismo paciente, en diferentes turnos de día y de noche, para que la autenticquen en audiencia pública, especialmente en los casos donde no se discute la veracidad de alguno de los registros parciales que contiene ni el origen o procedencia de la misma. La *cadena de custodia* y la *acreditación por testimonio de terceros* acerca del origen y procedencia de la historia clínica podrían ser suficientes para tener el documento como auténtico, con independencia del mérito que pudiese reconocerse a las anotaciones que contiene, conjunta o aisladamente, con la ayuda de peritos.

No empecé, es posible que la parte interesada solicite el testimonio de alguno o algunos de los médicos tratantes o profesionales de la salud que contribuyeron con sus datos a la confección de la historia clínica, para dilucidar aspectos de contenido que tuvieran relevancia para su teoría del caso; dado que al respecto tampoco existe una limitante normativa, más allá del secreto profesional. Y si la parte que pudiese resultar perjudicada con las anotaciones de la historia clínica tiene razones para dudar de la *autenticidad* del documento, como continente de la información, o para cuestionar la *cientificidad* del contenido, debe manifestarlas oportunamente; y, como en todos los casos, tales eventos no comportan problemas de *legalidad* de las pruebas que se relacionen con la historia clínica, sino de valoración o asignación del mérito o poder demostrativo.

2.3.22. El Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, según el artículo 204, es el órgano técnico-científico oficial —pero no exclusivo— de la Fiscalía General de la Nación; y también puede serlo del imputado o acusado, cuando estos lo soliciten. Los documentos que funcionalmente emita dicho Instituto se presumen auténticos y se precisa desvirtuar la presunción por quien tuviere motivos para hacerlo. Una de las funciones cotidianas de los médicos forenses consiste en hacer “reconocimientos” a las personas que han padecido lesiones con ocasión de un delito. En desarrollo normal de su gestión los forenses estudian la historia clínica relativa a esa misma persona; y con base en el examen directo del paciente y lo informado en la historia clínica, los médicos forenses hacen dictámenes sobre incapacidad y secuelas.

No se vislumbran razones atendibles para que la historia clínica se descalifique de antemano, sin argumentación concreta y sustentada, respecto de su autenticidad o contenido, con críticas vacías de conocimientos especializados, cuando los facultativos las encuentran adecuadas para cumplir su labor. La historia clínica, en caso de reconocimientos médico legales, cumple el papel de elemento adicional para el estudio que hace el experto, cuyos hallazgos consigna en el *informe técnico científico*. Este informe puede servir en la etapa investigativa para adoptar algunas determinaciones; y también es factible utilizarlo en el juicio oral como base de la prueba pericial que llegare a decretarse, con arreglo a lo indicado en el artículo 415 de la Ley 906 de 2004.

Es claro dicho precepto al establecer que “*en ningún caso, el informe de que trata este artículo será admisible como evidencia, si el perito no declara oralmente en el juicio*”; por manera que, practicada la prueba pericial, a menudo resultaría intrascendente cuestionar la autenticidad de la historia clínica, cuando ni siquiera el especialista encontró argumentos para dudar de ella; y porque es la experticia la que debe someterse a la crítica de los interesados, en cuanto a la idoneidad del perito, la calidad y exactitud de sus respuestas y el grado de aceptación de los principios científicos, técnicos o artísticos en que se apoya y “*los instrumentos utilizados*.” (Este tema será retomado al responder el tercer cargo).

2.3.23. Como criterio general, en el procedimiento acusatorio colombiano (artículo 433 Ley 906 de 2004), impera la *regla de la mejor evidencia*, según la cual “*cuando se exhiba un documento con el propósito de ser valorado como prueba y resulte admisible... deberá presentarse el original del mismo como mejor evidencia de su contenido*.” Ya no se trata de un problema de autenticidad del documento, como elemento continente de

una información, sino de la información contenida. Nuevamente, las discusiones al respecto podrían suscitar problemas de valoración probatoria, pero no de *legalidad* de la prueba ni impedimento para su práctica. A la sazón, el artículo 432 del Código de Procedimiento Penal establece que el Juez apreciará el documento teniendo en cuenta “*que no haya sido alterado en su forma ni en su contenido.*” La regla de la *mejor evidencia* no puede ser confundida con algo así como una regla de la *única evidencia*.

Para comprobar lo que dice un escrito la mejor evidencia es el original del mismo documento; pero nada obsta para que lo dicho en ese escrito pueda demostrarse a través de otros medios, como fotocopias, fotografías o por vía testimonial. La regla de la *mejor evidencia* no es absoluta. En el Código de Procedimiento Penal (*Ley 906 de 2004*) las excepciones están contenidas en el artículo 434; y aplica para documentos públicos, duplicados auténticos, aquellos cuyo original se hubiere extraviado o esté en poder de uno de los intervinientes, documentos voluminosos de los que no se requiere sino una fracción e incluso las partes pueden estipular que no es necesario presentar el documento original.

Que las partes puedan estipular que no se presentará el documento original, refuerza el aserto según el cual la *regla de la mejor evidencia* se relaciona con la entidad demostrativa o el poder de convicción de la prueba documental y no con la *legalidad* de dicha prueba, pues en el ámbito procesal penal son inadmisibles las estipulaciones contrarias a la ley. En un sistema adversarial, cuando ha mediado un proceso de *descubrimiento probatorio* normal, de modo que la parte contra la cual se aduce el documento lo conoce con suficiente antelación, el silencio respecto de la presentación de copia en lugar del documento original, puede tomarse como aceptación de la copia del mismo para el trámite procesal (y no necesariamente de su contenido como fuente de verdad). En síntesis, por lo general, las discrepancias sobre la autenticidad de las evidencias y elementos probatorios tienen relevancia en punto de la valoración, eficacia, o idoneidad para desvirtuar la presunción de inocencia; y no en la *legalidad* que condiciona la admisión, decreto o práctica de la prueba.

CSJ, SCP, Sentencia del 23 de abril de 2008, R. 29.416, M.P. Yesid Ramírez Bastidas.

5.4. La cadena de custodia regulada en los artículos 254 a 266 de la Ley 906 de 2004, conforme a la doctrina nacional se le ha concebido:

Como el sistema de aseguramiento de la evidencia física, compuesto por personas, normas, procedimientos, información, contenedores y lugares,

que al avalar el cumplimiento del principio de mismidad, garantiza la autenticidad de la evidencia que se recolecta y analiza y que se exhibe en la audiencia pública del juicio oral⁴⁰.

Es claro que a la fecha el legislador colombiano no se ha ocupado en consagrar positivamente al interior del Código de Procedimiento Penal, ni en estatuto especial por separado un capítulo en el que se reglamente de manera integral lo referido a la cadena de custodia y todo lo que dice relación con el uso y cuidado de los elementos materiales probatorios y evidencias físicas, como los presupuestos en orden a determinar la autenticidad o ausencia de la misma de aquellos.

No obstante, debe afirmarse que la cadena de custodia ha sido objeto de algunos desarrollos legales, los que se encuentran en el Código Penal (Ley 599 de 2000, art. 100 referido al comiso), el Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004, artículos 254 a 266) y en las Resoluciones 1890 de 2000, 2869 de 2003, 06394 de 2004 y 02770 de 2005, emanadas de la Fiscalía General la Nación, las cuales tienen origen y fundamento legal de acuerdo al parágrafo del artículo 254 de la Ley 906 de 2004.

En efecto, el citado parágrafo se constituye en una especie de norma en blanco para el caso de naturaleza procedimental, mediante el cual se facultó normativamente al Fiscal General para reglamentar lo relacionado con el diseño, aplicación y control del sistema de cadena de custodia de acuerdo con los avances científicos, técnicos y artísticos.

Aceptando y reconociendo que las Resoluciones emanadas de la Fiscalía General de la Nación en las que se ha reglamentado lo relativo al diseño, aplicación y control de la cadena de custodia tienen asiento legal, se debe inferir que los dictados de aquellas por mandato del parágrafo de referencia, se han incorporado a las formas procedimentales relativas a la guarda, conservación, uso y cuidado de las evidencias físicas en orden a la constatación de la legalidad y autenticidad de aquellas.

En esa medida cuando se ha contrariado la legalidad de los imperativos de la Ley 906 de 2004 en sus artículos 254 a 266, o ante el evento probado de haberse infringido los dictados de las resoluciones de la Fiscalía General de la Nación

40 MORA IZQUIERDO, Ricardo. *Evolución de la Medicina Legal y de las disciplinas forenses en Colombia. Nuevo enfoque de la prueba pericial*, en *Cambios y Perspectivas en el Derecho Colombiano en la segunda mitad del siglo XX*. Tomo III, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2002, p. 131 y 168.

relativas al manual de cadena de custodia, o cuando la misma se ha llevado a cabo de manera irregular y en forma contraria a sus disposiciones y se ha practicado sin esas formalidades, insistase legales, se debe colegir que esas falencias son susceptibles de censura en casación penal por la vía de la causal tercera del artículo 181 *ejusdem*, por la modalidad del error de derecho por falso juicio de legalidad, impugnaciones que correlativamente en últimas incidirán en la ausencia de legalidad de las evidencias físicas traducidas en indicios materiales y, por ende, en la exclusión de los mismos.

La Sala considera que se hace necesario precisar la línea jurisprudencial plasmada en la sentencia 25920 del 21 de febrero del 2007.

Debe afirmarse que los dictados legales a que se hizo referencia se constituyen en una garantía de lo debido probatorio y que por ende su respeto o violaciones probadas, inciden y se constituyen en presupuesto de legalidad de las evidencias físicas, objeto de presentación tanto en la audiencia preparatoria como en el juicio oral.

La Sala considera que en la impugnación extraordinaria entendida como un control de constitucionalidad y legalidad formal, material y sustancial de las sentencias de segundo grado, se puede censurar por la vía de los errores de derecho por falso juicio de legalidad las irregularidades o violaciones dadas sobre los procedimientos de la cadena de custodia, los que de contera incidirán en la ausencia de legalidad de las evidencias físicas soportes de indicios materiales en orden a su exclusión. Atendiendo a la dogmática que rige los errores que se debaten en la violación indirecta de la ley sustancial, es preciso afirmar que las irregularidades —las falencias procedimentales comprobadas en la cadena de custodia— tienen como vía expedita de impugnación el error de derecho por falso juicio de legalidad, mas no la censura por afectación a los postulados de la sana crítica en orden a derruir su credibilidad y ausencia de poder de convicción.

Los ataques que en casación penal se efectúan por menoscabo de los postulados de la sana crítica referidos a la valoración de los medios de prueba, elementos materiales probatorios y evidencias físicas, parten de la base de la licitud o legalidad de aquellos con los que se han efectuado inferencias carentes de credibilidad por desconocimiento de máximas de experiencia, leyes de la lógica o de la ciencia. En su contrario, las impugnaciones que tienen relación con las ilicitudes o ilegalidades predicadas de los medios de convicción en general, como es de procedencia casacional, deben transitar por el error de derecho por falso juicio de legalidad y no se pueden trasladar a los falsos juicios de raciocinio en orden a derruir su credibilidad, inducciones, deducciones o aspectos conclusivos, pues ello resulta inapropiado y contradictorio.

Cuando no se trate de ilegalidades o de ilicitudes referidas al procedimiento de la cadena de custodia de elementos materiales y evidencia física, sino de cuestionar la equivocada apreciación y valoración pericial o de los juzgadores que se ha dado a aquellos con los cuales se han construido indebidas inferencias lógicas y de conclusión, es claro que se debe acudir a la vía del error de hecho por falso raciocinio, sendero de impugnación en el que encuentran cabida todos los menoscabos y afectaciones de trascendencia que se hubiesen dado a los postulados de la sana crítica por desconocimiento de máximas generales de experiencia, leyes de la lógica o de la ciencia.”

2. PRUEBA PERICIAL – REQUISITOS PARA SU VALORACIÓN

CSJ, SCP, sentencia del 11 de abril de 2007, R. 26.128, M.P. Jorge Luis Quintero Milanés.

“Recuérdese que la actividad probatoria en el sistema de procesamiento plasmado por el legislador en la Ley 906 de 2004, comporta tres etapas a saber:

- a) Descubrimiento
- b) Producción y aducción
- c) Valoración.

...

La etapa de la valoración, que corresponde al sentenciador, una vez que las partes han presentado sus argumentos y su personal apreciación en cuanto al mérito que se le debe otorgar a la masa probatoria, obviamente desde la perspectiva de la teoría del caso. Dicho de otra manera, en esta etapa el juzgador procede a realizar la correspondiente reconstrucción fáctica (juicio de hecho) y jurídica (juicio de derecho), en cuanto a la comisión de la conducta punible y la participación y responsabilidad penal del acusado, lo cual deberá concluir sobre el grado de conocimiento de “*más allá de toda duda*” y con base en los precisos criterios de valoración señalados en el respectivo capítulo de la citada Ley 906 de 2004.

De esa manera, solo pueden ser objeto de apreciación aquellos medios de prueba en cuyo proceso de producción y aducción se respetaron los derechos fundamentales y los requisitos formales que establece la ley como condición de su validez. Así, resulta claro para la Corte que en este supuesto los testimonios rendidos por los profesionales de la medicina fueron excluidos en el acto de valoración de la prueba, por cuanto no fueron incorporados con estrictez a las

normas procesales. En efecto, tal como se señaló en el fallo impugnado, cuando en el juicio se pretenda incorporar la prueba pericial, al requerirse conocimientos científicos, técnicos, artísticos o especializados, debe cumplirse con lo estatuido en las normas procesales.

En primer lugar, de acuerdo con lo reglado por el artículo 415 de la citada Ley 906, toda declaración de perito debe *“estar precedida de un informe resumido en donde se exprese la base de la opinión pedida por la parte que propuso la práctica de la prueba. Dicho informe deberá ser puesto en conocimiento de las demás partes al menos con cinco (5) días de anticipación a la celebración de la audiencia pública en donde se recepcionará la peritación”*. La misma norma es tajante es sostener que *“en ningún caso, el informe de que trata este artículo será admisible como evidencia, si el perito no declara oralmente en el juicio”*.

De acuerdo con las constancias procesales se advierte que la Fiscalía anexó con el escrito de acusación, la petición del testimonio de la sicóloga Sandra Bibiana Aranzu Jinete, versión que le serviría de soporte para introducir la valoración psicológica realizada a la menor, petición que fue ratificada en la audiencia preparatoria. Por su parte, la defensa en el trámite de la audiencia preparatoria pidió el testimonio *“como perito”* del médico José Fernando Celades Hernández y anotó que en cumplimiento con lo preceptuado por el artículo 415 de la Ley 906 de 2004, cinco días antes del juicio oral presentaría la opinión pericial.

Los anteriores medios de pruebas fueron declarados como admisibles.

Sin embargo, como lo recuerda el juzgador de segundo grado, *“en la audiencia de juicio oral fueron escuchados los dos, como “testigos técnicos”, sin analizar su procedencia a la luz de la normativa del sistema acusatorio (artículos 373 y 405), y con el argumento que así lo permite la Ley 600 de 2000, “por ser más favorable”, en una indebida aplicación ultractiva de la ley. La señora sicóloga declaró sobre la percepción que tuvo, desde el punto de vista profesional, del estado en que acudió la menor ante la Policía Judicial y el señor médico declaró sobre lo dictaminado por el forense, mencionando falencias que, en su concepto, tuvo ese dictamen, para lo cual se basó en un documento que le fue entregado, en ese acto, por el señor defensor suplente. “De acuerdo con lo anotado hasta este momento, los dos mencionados ciudadanos resultaron rindiendo sus versiones sobre análisis hechos por ellos con anterioridad, los cuales debieron ser puestos en conocimiento de las partes en el término señalado en el artículos 415 de la Ley 906 de 2004. Como se conoció en la audiencia de juicio oral, la fiscalía no presentó la valoración psicológica y la defensa entregó la base de la opinión de su perito vencido el término legal, tanto que el señor agente del Ministerio Público informó que lo recibió una hora antes de escucharse dicho testimonio”*.

En consecuencia, para la Sala es nítido que el sentenciador de primer grado permitió el testimonio de los peritos aludidos, sin que la representante de la Fiscalía y el apoderado del acusado cumplieran con la carga, según la cual, la declaración de los expertos debe estar precedida de un informe donde conste la opinión pericial, que en aras del derecho de contradicción debe ser puesta en conocimiento de las partes “*al menos con cinco (5) días de anticipación a la celebración*” del juicio oral, situación que aquí no se cumplió.

De otro lado, es verdad que el artículo 412 de la Ley 906 contempla que “*Las partes solicitarán al juez que haga comparecer a los peritos al juicio oral y público, para ser interrogados y contrainterrogados en relación con los informes periciales que hubiesen rendido, o para que los rindan en la audiencia*”.

No obstante, en el evento que ocupa la atención de la Corte, sí era necesario que las partes conocieran con anticipación las opiniones periciales, puesto que dichas probanzas fueron declaradas admisibles en la audiencia preparatoria y las partes se comprometieron a dar cabal cumplimiento con lo preceptuado por el artículo 415 de la pluricitada ley. Por manera que la exclusión probatoria hecha por el Tribunal respecto de los testimonios de los peritos deprecados por la Fiscalía y por la defensa resulta ajustada a la legalidad, puesto que no se cumplió con el trámite previsto para el proceso de producción y aducción de este medio de prueba.

Así mismo, no se puede confundir, como lo hace el defensor, la diferencia entre testigo perito y testigo técnico, toda vez que este último es aquel sujeto que posee conocimientos especiales en torno a una ciencia o arte, que lo hace particular al momento de relatar los hechos que interesan al proceso, de acuerdo con la teoría del caso, mientras que el primero se pronuncia no sobre los hechos sino sobre un aspecto o tema especializado que interesa a la evaluación del proceso fáctico. Dicho de otra manera, el testigo técnico es la persona experta de una determinada ciencia o arte que lo hace especial y que al relatar los hechos por haberlos presenciado se vale de dichos conocimientos especiales.”

En el siguiente pronunciamiento la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, se ocupa de la valoración integral de la prueba pericial, teniendo en cuenta no solo el informe rendido por el perito sino su declaración en el juicio oral.

CSJ, SCP, Sentencia del 20 de febrero de 2008, R. 28.862, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

“Y de ello, se destacan dos aspectos cruciales: que el Ad quem tomó en cuenta lo consignado en el informe y no lo expuesto por el perito en su atestación jurada ante el juzgado de conocimiento, en curso de la audiencia de juicio oral; y que la única referencia a lo dictaminado allí por el experto, remitió exclusivamente a que este señaló causa de las contradicciones consignadas en el informe, errores de digitación, y a que lo referido por él tenía como único sustento el ejercicio de la memoria.

Pero, lejos de operar tan precaria la deponencia del experto, este, como lo refiere la impugnante, explicó amplia y detalladamente no solo la forma en que respetó la cadena de custodia, sino los exámenes realizados a las muestras, la naturaleza de ellos, lo que permiten conocer y la manera en que se llega a las conclusiones. Aspectos, estos, que dicen relación precisamente con la esencia de la prueba y que nunca fueron tomados en cuenta por el Tribunal, aunque fuese para descartar o controvertir lo dictaminado.

Desde luego que el informe pericial, por su particular condición, puede estimarse adscrito a la prueba o incluso, como se sostiene en el fallo, utilizarse para atacar la credibilidad del perito o la justeza de lo concluido. Pero, ostensible su carácter accesorio —tanto que ningún valor tiene si el experto no concurre a la audiencia de juicio oral a rendir de viva voz el dictamen, como lo postula el inciso segundo del artículo 415 de la Ley 906 de 2004, o que puede presentarse el dictamen sin el documento, tal cual lo consagra el artículo 412 *ibídem*—, no puede ser que la verificación del contenido y efectos de la prueba se haga radicar exclusivamente en dicho documento, soslayando, dentro de lo que imponen los principios de inmediación y contradicción, los fundamentos y conclusiones de la prueba en estricto sentido, esto es, la declaración rendida bajo la gravedad del juramento por el experto. No en balde, el artículo 420 de la Ley 906 de 2004, en desarrollo de los principios de oralidad, publicidad e inmediación, reclama, en punto de apreciación de este elemento suasorio: *“Para apreciar la prueba pericial, en el juicio oral y público, se tendrá en cuenta la idoneidad técnico-científica y moral del perito, la claridad y exactitud de sus respuestas, su comportamiento al responder, el grado de aceptación de los principios científicos, técnicos o artísticos en que se apoye el perito, los instrumentos utilizados y la consistencia del conjunto de respuestas”*.

Nada de ello se observa en el análisis del Tribunal, precisamente porque, de un lado, cercenó la integridad objetiva de la prueba, y del otro, tergiversó lo poco que del perito examinó. En efecto, sobre lo que al primer tópico corresponde, en lugar de profundizar en los fundamentos expuestos por el perito para explicar

cómo recibió las muestras, qué pruebas practicó, cuál es su grado de confiabilidad, qué arrojaron los exámenes y cómo se llegó a las conclusiones, se limitó el fallador de segundo grado a describir las evidentes inconsistencias del informe, señalando apenas que ellas no pueden justificarse en un error de digitación, pero obviando siquiera considerar por qué esta no puede ser una afirmación aceptable, para lo cual, desde luego, era indispensable atender a las razones del perito. Porque, se repite, el experto no se limitó a significar que los yerros del informe obedecían a ello, sino que de manera amplia y suficiente explicó técnicamente cómo se realizó el examen, advirtiendo la disonancia evidente entre lo que las pruebas arrojaron y lo anotado en las conclusiones, para después sustentar cómo deben interpretarse los exámenes en cita. El hecho de que se trate de una prueba técnica no excusa de su verificación profunda por parte del fallador, sea para aceptar sus conclusiones, o a fin de apartarse de ellas, asunto que no puede suplirse apenas con la manifestación de que el informe contiene inconsistencias, cuando, como aquí sucede, esas inconsistencias han sido explicadas en un dictamen pericial solo tomado en cuenta de soslayo.

Y, debe resaltarse, asoma mayor el desatino cuando, además del cercenamiento antes relacionado, el juzgador tergiversa lo que la prueba objetivamente enseña, haciéndole decir lo que no dice. Subrayó la Sala, en el amplio apartado del fallo de segunda instancia transcrito, los términos precisos en los que el Tribunal se refirió a las explicaciones ofrecidas por el experto, de entrada descalificadas porque se basaban apenas en su memoria, cuando la declaración se vertió mucho tiempo después de realizados los exámenes. Ello, piensa la Corte, se entendió suficiente para obviar considerar lo justificado ampliamente en ese testimonio. Ocurre, empero, y aquí radica el falso juicio de identidad por tergiversación atribuido al fallador de segundo grado, que el perito no rindió sus explicaciones basado en su memoria, como se pregona, sino que siempre tuvo a su disposición, y efectivamente las consultó, las pruebas practicadas a los combustibles y sus resultados, fundamentándose precisamente en estos para soportar cuáles son los patrones y cómo ellos se interpretan en punto de determinar si la muestra número tres —tomada del carrotanque, como ya se tiene establecido—, efectivamente corresponde o no a gasolina corriente y si ella se aviene con el hidrocarburo contenido en las pimpinas...

Así mismo, para la Corte asoman lógicas y fundamentadas las explicaciones rendidas por el experto para justificar el yerro consignado en el informe previamente entregado a las partes, pues, se halla claro que lo concluido debe obedecer necesariamente a los exámenes practicados y a lo que sus resultados arrojan, en inescindible relación de causa a efecto."

En consecuencia, si el patrón para la gasolina común es de 80.8, o valores aproximados, del índice antidetonante, y se demostró, con la correspondiente tabla de este, que la muestra número tres (tomada del combustible transportado en el carrotanque) tiene un índice antidetonante de 82.6, de ninguna manera puede anotarse en la tabla de interpretación de resultados, que esa muestra tres corresponde a gasolina extra. Y si, además, se tiene claro, por esa tabla de resultados del índice antidetonante, que la muestra dos arroja un total de 87.9, apenas puede colegirse, como lo hizo el perito, que lo consignado en la tabla de interpretación de resultados obedeció al error de digitación pregonado, sencillamente porque los exámenes indican que la gasolina extra es la de la muestra número 2, y las muestras 1 y 3 se avienen con gasolina corriente.

Bajo estas premisas básicas, la Corte encuentra que, en efecto, se ha probado cómo la gasolina llevada en el carrotanque registra uniprocedencia con aquella contenida en las pimpinas halladas por los agentes de policía al lado del vehículo (sus índices antidetonante corresponden, respectivamente, a 82.6 y 82.5). Por manera que, debe decirse, el yerro del Tribunal se muestra trascendente en punto, individualmente considerada, de la prueba pericial, pues, corregido el mismo, se concluye en la justeza de lo dictaminado por el experto.

CSJ, SCP, Sentencia del 29 de febrero de 2008, R. 28.257, M.P. Augusto J. Ibañez Guzmán.

“El argumento según el cual, la incriminación se basa en mera prueba de referencia, no posee fundamento alguno. Veamos en el caso concreto: La exposición lograda en juicio oral, por los expertos, constituye prueba técnica –pericial–, a la que hace relación el artículo 405 del Código de Procedimiento Penal y, como tal se ha de valorar. Si bien es cierto, que tales profesionales no presenciaron los hechos, la menor, como su progenitora fueron valoradas por ellos; eventos, circunstancias y, conclusiones que, fueron sometidos a examen en el curso del juicio oral y, desde ese punto de vista, aportan su conocimiento personal, cumpliendo con lo ordenado por el artículo 402 *ibídem*.

En oportunidad la Sala había considerado: i) Aunque no son testigos presenciales de los actos de abuso sexual contra K...J..., se refirieron a otros hechos o situaciones que ellas mismas percibieron, cumpliéndose así la exigencia de *conocimiento personal* contenida en el artículo 402 del Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004. ii) Si hubiese existido controversia sobre el fundamento del conocimiento personal de las testigos, la defensa podía objetar las declaraciones mediante el procedimiento

de impugnación de credibilidad del testigo, como lo indica el mismo precepto. (.)
v) De otro lado, el contenido de oídas del relato de ellas estaba dirigido a probar aspectos sustanciales del objeto del debate (*la responsabilidad penal del implicado*), como lo estipula el artículo 437 del Código de Procedimiento Penal. Lo mismo se predica del testimonio de Liliana Pulgarín, psicóloga forense, quien realizó una entrevista a K...J...; y confirma lo que la niña le contó sobre los tocamientos de sus partes íntimas, en un relato que para ella, desde el punto de vista de su profesión, es creíble⁴¹.

De allí que el conocimiento que por vía directa e indicial permite superar toda duda alguna sobre la existencia del delito y de la responsabilidad de PEDRO EMILIO HUERTAS CONTRERAS, como lo ordena el artículo 381 y 372 del Código de Procedimiento Penal, sin que sea procedente reflexión posible en torno a la prueba de referencia.”

Hasta aquí los temas que, a juicio del Comité Académico de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, deben ser revisados o estudiados, de acuerdo con los avances jurisprudenciales más significativos, a fin de obtener una visión actualizada de algunas de las cuestiones más importantes que este módulo plantea, sin que ello implique un cuestionamiento al autor o a sus tesis, ni una revisión jurisprudencial completa y exhaustiva sobre dichos temas.

LUIS FERNANDO DELGADO LLANO

Magistrado Sala Penal

Tribunal Superior de Medellín

Formador de la Escuela Judicial en comisión especial

41 Cfr sentencia del 30 de marzo de 2006, radicado 24468.



José Eduardo Gnecco Correa
Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, 1985

Nació el 1° de abril de 1923 en la ciudad de Santa Marta. Doctor en Derecho de la Universidad Nacional en 1946, con la tesis denominada "El Contrato Individual del Trabajo".

Fue catedrático de la Universidad del Rosario, Externado de Colombia, Gran Colombia, Universidad Nacional de Colombia y profesor invitado de la Universidad Santo Tomás.

Desde 1945 empezó su carrera en el campo del derecho Laboral cuando fue nombrado Insp. Auxiliar de la Sección del Trabajo de Cundinamarca, posteriormente en Plato (Magdalena) Santa Marta. Se desempeñó como Juez Civil del Circuito de Santa Marta, Magistrado Tribunal Superior de Santa Marta, Abogado de la Industria Licorera del Magdalena.

En 1962 fue nombrado por el Presidente Alberto Lleras Camargo, Secretario General del Ministerio de Trabajo, siendo Ministro del ramo el doctor Juan Benavides Patrón.

En 1963 ocupa el cargo de Secretario, Abogado de la Caja de Previsión Social de Comunidades (Caprecom). En 1965 lo encargaron de la gerencia general de dicha institución.

Fue Magistrado Auxiliar de la Sala de Casación Laboral y Abogado asistente en 1970-1971. Magistrado de la Corte Suprema de Justicia a partir de 1972 hasta noviembre de 1985, cuando muere en el holocausto del Palacio. Había sido también presidente de la Sala de Casación Laboral y de la Corte Suprema de Justicia de 1982 a 1984.

