Técnicas del Proceso Oral

en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano

Manual general para operadores jurídicos

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

CSJ

DEFENSORÍA DEL PUEBLO COLOMBIA

República de Colombia

PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

SERIE MANUAL
DE FORMACIÓN PARA
OPERADORES JURÍDICOS

TÉCNICAS DEL PROCESO ORAL EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO COLOMBIANO

Manual general para operadores jurídicos

SISTEMA
ACUSATORIO
Nueva justicia para
los colombianos

CON EL APOYO DE:

AGENCIA DE LOS ESTADOS UNIDOS PARA
EL DESARROLLO INTERNACIONAL, USAID/COLOMBIA.
Liliana Ayalde, directora de USAID/Colombia.
Tanya Urquieta, directora de la Oficina de Gobernabilidad Democrática.
Ronald Glass, oficial de la Oficina de Gobernabilidad Democrática.

Programa de Fortalecimiento y Acceso a la Justicia de USAID
Documento elaborado por CHECCHI AND COMPANY CONSULTING COLOMBIA
bajo contrato institucional con USAID. No. 514-C-00-01-00113-00

Ian Rose , director del Programa de Fortalecimiento y Acceso a la Justicia de USAID.

Grupo de consultores que lo desarrollaron:
ANA MONTES CALDERÓN - PFYAJ
FERNANDO JIMÉNEZ MONTES - PFYAJ

Revisión
Delegados de las instituciones que integran la Comisión Interinstitucional
para la Implementación del Sistema Acusatorio

Fiscalía General de la Nación. Ramiro Marín, fiscal delegado ante la
Corte Suprema de Justicia.

Defensoría del Pueblo. Julieta Franco, directora nacional de Defensa Pública.
Juan Carlos Arias, coordinador Oficina Piloto. Diego Gaviria, coordinador de Capacitación.

Procuraduría General de la Nación. Nubia Herrera, procuradora delegada para
el Ministerio Público. José Ricardo González, coordinador Procuradores Judiciales
Penales Especializados. Henry Bustos, procurador Judicial Penal.

Consejo Superior de la Judicatura. Gladys Virginia Guevara, directora Escuela Judicial
Rodrigo Lara Bonilla. Gloria Ortiz, magistrada auxiliar. Alejandro Aponte, consultor.

Corte Suprema de Justicia. Iván Velásquez, magistrado auxiliar Sala de Casación Penal.

Red de Formadores Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Claudia Rey, magistrada Tribunal
Superior de Armenia. Moraima Caballero, magistrada Tribunal Superior de Cartagena. Cristian
Torres, juez Penal de Bogotá. Ricardo Romero, juez Penal de Bucaramanga.

Michael McCullough subdirector del Programa de
Fortalecimiento y Acceso a la Justicia de USAID

Diagramación
Carlos Alberto Gómez Rojas

Ilustración
Urazán

Impresión
Ingeniería Gráfcia

Todos los derechos reservados © USAID / Programa de Fortalecimiento y Acceso a la Justicia

Primera edición

República de Colombia, Bogotá, septiembre de 2005
ISBN 958-33-8250-7

Apartes de los textos pueden reproducirse citando la fuente.
Su reproducción total o parcial debe ser autorizada por USAID. Distribución gratuita.

Las opiniones expresadas por los autores no necesariamente reflejan los puntos de vista de USAID.
www.pfyaj.com E-mail: info@pfyaj.com

Documento aprobado por la Comisión Interinstitucional para la Implementación del Sistema Acusatorio

Fiscalía General de la Nación

Defensoría del Pueblo

Procuraduría General de la Nación

Consejo Superior de la Judicatura

Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia

,

"Sean públicos los juicios
y públicas las pruebas
del delito".

Beccaria

Contenido

PRIMERA PARTE

Unidades temáticas

Primera unidad: principios del sistema acusatorio 11

1. Noción 13
2. Principio de prevalencia del derecho sustancial 14
3. Principio de separación de funciones 15
4. Principio de contradicción 18
5. Principio de oralidad 19
6. Principio de disposición de la acción penal 20
7. Principio de inmediación de la prueba 21
8. Principio de concentración 21
9. Principio de publicidad 22
10. Principio de presunción de inocencia 23
11. Principio de igualdad 23
12. Principio de efectividad 24

Segunda unidad: estructura del proceso penal acusatorio colombiano 25

1. Estructura del proceso penal 27
2. Mapa del nuevo proceso penal 31

Tercera unidad: reglas de prueba en el proceso penal acusatorio colombiano 35

1. Preliminar 37
2. Principios probatorios 38
3. Reglas de prueba 46
4. Admisibilidad de la prueba y reglas de exclusión 48
5. Reglas sobre la actividad probatoria 60

SEGUNDA PARTE

Unidades temáticas

Primera unidad: audiencias preliminares y de preclusión 67

1. Aspectos generales 69
2. Clases de audiencias preliminares 70
3. Estructura básica de las audiencias preliminares 71
4. Audiencia de preclusión 87

Segunda unidad: audiencias en la etapa del juzgamiento previas y posteriores al juicio oral 89

1. Formulación de la acusación 91
2. Audiencia preparatoria 93
3. Audiencia posterior al juicio oral: incidente de reparación integral 95

Tercera unidad: técnicas del juicio oral 97

1. Preliminar 99
2. Teoría del caso 101
3. Técnicas de negociación 114
4. Declaración inicial 125
5. Técnicas de interrogatorio 130
6. Técnicas de contrainterrogatorio 158
7. Oposiciones 170
8. Argumentos de conclusión 177
9. Planeación y organización del juicio 182

Cuarta unidad: la ética en el proceso penal oral 185

1. Valores en el proceso penal 187
2. La ética en el proceso penal 188

Apéndice 199

1. Casos para simulaciones 201

Primera parte

Primera unidad

Principios del sistema acusatorio

Sumario

1. Noción. 2. Principio de prevalencia del derecho sustancial. 3. Principio de separación de funciones. 4. Principio de contradicción. 5. Principio de oralidad. 6. Principio de disposición de la acción penal. 7. Principio de inmediación de la prueba. 8. Principio de concentración: continuidad. 9. Principio de concentración: identidad física del juzgador. 10. Principio de publicidad. 11. Principio de presunción de inocencia. 12. Principio de igualdad. 13. Principio de efectividad.

1. NOCIÓN

Los principios y valores consignados en el ordenamien- to penal como *normas rectoras* deben ser fundamentos o criterios finalistas de orientación, interpretación y aplicación al caso concreto por parte del juzgador, de los operadores del sistema y de la sociedad en general. Pa- ra ello, los grandes referentes son la Constitución Políti- ca, el bloque de constitucionalidad, los tratados de dere- chos humanos y el derecho penal internacional de los sistemas acusatorios.

Los principios y valores acusatorios en el procedimiento penal brindan un marco general de concepción, actuación, deber ser y hacer frente a ellos, y definen la estructura del proceso, considerando en ésta las fases del mismo, el papel que desempeñan los intervinientes y el per- fil de cada uno de ellos.

Entre los principios del sistema acusatorio que rigen nuestro ordenamiento, derivados de la Constitución Política, el bloque constitucional y la jurisprudencia constitucional, tenemos:

1. Reserva legal y judicial de la libertad: las decisiones referentes a la libertad de las personas no pueden estar en manos del ejecutivo. Existe una reserva legal y judicial en virtud de la garantía de protección de las libertades y eficacia de los derechos humanos en los sistemas democráticos.
2. El fin único del proceso penal no es la imposición de la pena sino solucionar de la mejor manera el conflicto derivado del delito. La legalidad y la racionalidad dan origen a la oportunidad como posibilidad de orientar todo comportamiento humano, especialmente de las personas que ejercen autoridad, aplicando medidas alternativas al procedimiento y la pena.
3. La realización de la justicia penal incumbe al Estado, no sólo al fiscal. De allí que el juez en un sistema acusatorio no es inactivo, está obligado a realizar las actuaciones necesarias para materializar los derechos fundamentales; por consiguiente, cuando el fiscal aplica el principio dispositivo está sometido al control del juez.
4. La dignidad humana es un pilar del Estado social de derecho, es un derecho fundamental; por tanto, no puede estar sujeta a decisiones o variaciones del legislador. La ponderación de derechos y principios es función judicial. La dignidad humana, en desarrollo de lo dispuesto en el artículo primero de la Constitución Política de Colombia, es un principio fundante de nuestro Estado, lo que tiene implicaciones en la ponderación de derechos e intereses en conflicto[1].
5. El derecho de defensa no se activa a partir de la imputación o acusación, sino desde el momento en que la persona tiene conocimiento de que resulta afectada por una indagación o investigación policial.
6. Las víctimas no sólo tienen derecho a una reparación económica sino a una reparación integral, lo que implica que no pueden desconocerse sus derechos en el proceso penal. La víctima tiene derecho a la verdad, la justicia y la reparación; para ello la ley le debe garantizar - y las autoridades materia- lizar - los derechos a la información, protección fí- sica y jurídica, petición, intervención y reparación integral.
7. La fase central del proceso penal es el juzgamiento, que constituye un derecho de toda persona a que se realice una investigación objetiva que garantice que

[1] Corte Constitucional, sentencias SU-510 de 1998, C-251 de 2002, SU-062 de 1999, C-187 de 1996.

no se la va a acusar en forma arbitraria e injusta.

8. Por ser el juzgamiento la fase central del proceso, en él se deben materializar los principios procesa- les de publicidad, oralidad, inmediación, concentración y contradicción.
9. La investigación en Colombia, por estar dirigida por un órgano que administra justicia, no es discrecional, sino sujeta a la legalidad, aunque matizada por la oportunidad.
10. Todas las actuaciones judiciales, por regla general, deben ser públicas, salvo en las que la ley imponga la reserva.

Gracias a la aplicación de estos principios, el sistema acusatorio en Colombia será una realidad. Corresponde a los operadores en cada una de sus actuaciones hacer que los mismos se materialicen, y a los jueces revisar en cada caso concreto el respeto de los derechos fundamen- tales y las garantías esenciales de las personas.

A continuación veremos los principios que rigen nuestro ordenamiento procesal:

2. PRINCIPIO DE PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL

En cada caso concreto, el juez debe hacer prevalecer el derecho sustancial sobre lo meramente formal. Para ello, debe ejercer deberes de dirección, orientación, control y disciplina.

En la aplicación de estos derechos fundamentales de libertad, dignidad humana, integridad personal, igualdad, intimidad, buen nombre, honra, debido proceso, derecho de defensa, inmunidad penal, el juez debe sopesar los intereses legítimos del Estado, de la comunidad, del imputado o acusado y de la víctima.

El marco de referencia para esta interpretación y aplicación es la Constitución Política, incluidos el bloque de constitucionalidad, los derechos humanos y la jurisprudencia.

La normativa o el texto legal, especialmente el procedimental, deben interpretarse y aplicarse a partir del derecho material o sustancial basado en el análisis de cada caso concreto frente a los principios, valores y filosofía que orientan el sistema social acusatorio de derecho colombiano. En este sentido, como ha dicho la Corte Constitucional al analizar los principios y fundamentos del Estado colombiano, se favorece el logro del valor justicia, comunicando el derecho con la realidad mediante la intervención del juez. La decisión judicial es entonces, de acuerdo con la Corte Constitucional, un proceso de creación del derecho[2].

El nuevo Código de Procedimiento Penal consagra este principio así:

Art. 10. Actuación procesal. La actuación procesal se desarrollará teniendo en cuenta el respeto de los derechos fundamentales de las personas que intervienen en ella y la necesidad de lograr la eficacia en el ejercicio de la justicia. En ella los funcionarios judiciales harán prevalecer el derecho sustancial.

3. PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE FUNCIONES

Este principio debe entenderse y desarrollarse no sólo en cuanto a lo funcional o de competencias, sino según la efectividad del sistema y la transparencia del mismo. Esto se traduce en el análisis del papel de cada operador, su deber ser, el perfil requerido para cumplirlo, el producto que

[2] Corte Constitucional, Sentencia C-479 del 6 de agosto de 1992. M.P. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero.

se debe obtener de cada fase del proceso y las necesarias interrelaciones entre los operadores para garantizar la transparencia del sistema mediante los controles recíprocos.

El papel de cada operador marca los límites de sus facultades y obligaciones y éstas, en cada actuación, la forma de hacerlos efectivos, de materializarlos y las sanciones en caso de violarlos o incumplirlos.

Por ejemplo, el papel del investigador es hacer una investigación objetiva, es decir, sujeta a la ubicación, identificación, fijación, análisis y procesamiento de los medios de prueba a través de métodos objetivos, sean técnicos o científicos, aplicando los procedimientos que aseguren la autenticidad del objeto y la veracidad de los hechos.

El perfil de este investigador debe ser, entonces, el de un especialista tanto en la investigación de campo, para establecer los hechos y ubicar y recolectar los elementos materiales de prueba, como en la investigación técnica o científica.

El papel del fiscal en el desarrollo de la investigación no es hacer la investigación de campo o técnica, sino agre- gar valor jurídico a la misma, orientando o reorientan- do, sea en forma general o particular y concreta, los procedimientos de búsqueda con base en los elementos del delito, controlando el cumplimiento de los mismos, sirviendo de enlace con el juez al solicitar la autorización para la restricción de los derechos fundamentales, valorando la investigación para determinar si se cumplieron los procedimientos, si es objetiva y si presta o no mérito jurídico para ejercer la acción penal mediante la acusación u otra forma alternativa, o si se debe solicitar preclusión. Esto por supuesto no excluye, cuando así lo estime necesario el fiscal en cada caso concreto, la participación directa en una actuación para tener un panorama o visión del caso, por ejemplo, orientando la búsqueda de evidencia en un allanamiento.

El perfil del fiscal en la investigación es el de ser un director objetivo para poder después ser, si hay lugar a ello, el acusador parcializado con su pretensión acusatoria basada en una teoría del caso demostrable.

El producto de la investigación debe ser el establecimiento de los hechos, la ubicación, identificación, análisis y aseguramiento de los elementos materiales y evidencia, de tal forma que el fiscal, al agregar valor jurídico, pueda determinar el paso a seguir como forma de ejercicio de la acción penal.

El papel del defensor no es el del sujeto pasivo que ante la carga de probar del fiscal, no realiza su propia investigación y construye su propia teoría del caso para definir estratégicamente su actuación. En un sistema entre partes, no se concibe un defensor que se limite a esperar que la Fiscalía construya y pruebe su caso sin ejercer actuaciones estratégicas de investigación, negociación, formulación de teoría del caso para la refutación y prueba si es necesario.

El perfil del defensor es entonces el de una parte que en cada paso debe estratégicamente definir qué es lo que mejor conviene a los intereses de su cliente y prepararse para actuar en consecuencia.

La intervención del ministerio público en el proceso penal se cumple como participante constitucional en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales.

El papel del juez varía según la fase en que ejerza el control de garantías, esto entendiendo que todos los

jueces son de control de garantías, las cuales hace efectivas de distinta forma según el momento del proceso. Es decir, el juez de control de garantías ejerce la función judicial y el juez de conocimiento, la función jurisdiccional.

En la investigación, la función del juez de control de garantías es analizar en cada caso concreto si la autorización requerida por la Fiscalía para que se restrinja un derecho fundamental tiene suficiente respaldo jurídico y fáctico en la investigación (determinación de fundamento o causa suficiente o probable), y si se realizó la actuación, verificar que se hubiera hecho con total respeto de los derechos fundamentales y garantías esenciales y, de no ser así, declarar la nulidad del acto (art. 23, CPP), lo que igualmente dará lugar a la exclusión de las evidencias, elementos materiales o información recogida en él.

En el juicio, el juez de conocimiento vela porque se cumplan las garantías de un debido proceso, mediante una efectiva dirección y aplicación de los derechos sustanciales y las reglas del procedimiento que hacen efectivas las garantías.

Los controles recíprocos se materializan cuando el fiscal orienta, controla, analiza y valora la investigación policial mediante una efectiva dirección, y rechaza las actuaciones que se han realizado con desconocimiento de los principios rectores y garantías procesales (art. 212, CPP), y cuando en la misma el juez autoriza o niega la restricción de derechos fundamentales, o en un control posterior, se pronuncia sobre el respeto de los mismos, de acuerdo con las diligencias investigativas realizadas.

En el juzgamiento, estos controles recíprocos se manifiestan en la facultad de cada parte de ejercer la contradicción de la prueba, de oponerse a las actuaciones de la otra o del juez que violen normas sustanciales y procedimentales del debido proceso, y por parte del juez del juzgamiento, de no permitir y sancionar estas actuaciones, mediante un efectivo control de la gestión de las partes. El papel de cada operador varía según la fase en que se desempeña:

Papel	Investigación	Juicio
Fiscal	Director jurídico de la investigación.	Parte acusadora.
Defensor	Parte con derechos de participación y controversia. Interviene cuando hay afectación de un derecho fundamental o su cliente se convierte en medio de prueba. Su intervención es para ejercer derecho a la controversia de las actuaciones de la Fiscalía en la preparación de la prueba, para velar por los derechos fundamentales de su cliente y buscar la mejor opción o estrategia de defensa. Garante de los derechos fundamentales y garantías esenciales del investigado y la sociedad.	Parte procesal. Ejercer una defensa estratégica a través de la refutación o de demostrar o evidenciar las debilidades en la teoría del caso de la Fiscalía por violación o ausencia de procedimientos que garantizan la autenticidad de los medios de prueba o de las evidencias materiales o físicas (cadena de custodia), o por ausencia de prueba, o por deficiencia de la misma. Argumentar cómo la prueba no logró desvirtuar la presunción de inocencia.
Ministerio público	Vigila y participa en las actuaciones de la policía judicial, la Fiscalía y el juez de control de garantías, en la medida en que éstas puedan afectar los derechos humanos o garantías fundamentales.	Interviene en procura del debido proceso, del respeto a los derechos y garantías, y en defensa de los intereses de la sociedad.
Juez	Verifica el respeto de las garantías.	Director y árbitro del juicio. Garante del debido proceso.

En este principio del sistema acusatorio, muchos ubican el principio acusatorio, según el cual no hay juez sin acusador. El juicio tiene lugar solamente por virtud de la acusación que formula el órgano acusador del Estado, que es la Fiscalía. No obstante, va más allá y del mismo derivamos la existencia de un sistema entre partes, en virtud del cual corresponde a cada parte probar el supuesto de hecho de la norma que invoca a su favor: quien afirma un hecho debe probarlo (sin que ello signifique inversión de la carga de la prueba de la Fiscalía). En este sentido, las partes deben fundamentar ante el juez cualquier petición e ilustrarlo no sólo en los hechos sino en el derecho aplicable.

También se deriva de este principio la existencia de la función de control de garantías y la de juzgamiento.

3.1 Persecución penal y acción penal

Aunque en el Código de Procedimiento Penal se utilizan indistintamente los términos persecución y acción penal, en este punto de precisión de roles y funciones, también es importante diferenciar tales conceptos, que a veces se tratan como sinónimos y tienen diferencias sustanciales, tales como:

- La persecución penal es obligatoria, la acción penal no.
- La persecución penal es prerrequisito para el ejercicio de la acción penal.
- La persecución penal la llevan a cabo los organismos de investigación y la acción penal, la Fiscalía.
- La persecución penal es de naturaleza policial y la acción penal, de naturaleza jurídica.
- La persecución penal no requiere la presencia del fiscal, salvo afectación de derechos fundamentales; la acción penal sí.
- La persecución penal no se puede suspender, la acción penal sí.
- La acción penal activa la jurisdicción, la persecución penal no.
- Siempre que objetivamente existan motivos o circunstancias que indiquen la posible existencia de una conducta punible, se debe iniciar una persecución penal, aun en los querellables. La acción penal se ejercerá si, como resultado de esa persecución penal, se establece con certeza la existencia del hecho, se encuentra individualizado o identificado el posible autor del mismo y existe probabilidad de la responsabilidad de la persona y, en el caso de los delitos querellables, si ésta se formula y fracasa la conciliación. La acción penal también se puede ejercer disponiendo de la misma, aplicando un criterio de oportunidad o conciliando o suspendiendo su ejercicio condicionalmente.
- No se puede ejercer la acción penal sin que exista una persecución penal previa. Tampoco se puede adoptar ninguna otra decisión conclusiva de la investigación sin que los resultados de la persecución penal lo permitan (como conciliar sin determinar a través de la persecución penal que el hecho existió, que la conducta es conciliable, etc.). No se puede suspender la acción penal sin haber realizado la persecución penal y sin tener establecidos los presupuestos objetivos y subjetivos que lo permiten.
- El producto de la persecución penal es para el fiscal. El producto de la acción penal es para el juez.
- La acción penal, cualquiera que sea la forma como se ejerza, activa la jurisdicción. La preclusión de la investigación es una forma de ejercicio de la acción penal y concluye la persecución penal.
- Las decisiones que ponen fin al ejercicio de la acción penal hacen tránsito a cosa juzgada, las de la persecución penal no (archivo de la investigación).
- En la persecución penal intervienen los órganos de investigación con la dirección jurídica del fiscal, ya que el producto de ésta es suyo. La intervención

de la defensa e intervinientes en la persecución penal es con derecho sólo de información y participación. En la acción penal intervienen los sujetos procesales como partes.

- La persecución penal, cuando afecte derechos fundamentales, que es un tema jurídico, requiere la intervención del fiscal ante el juez para sustentar jurídicamente los fundamentos de la petición.

4. PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN

El derecho de controversia es inherente a todo el proceso acusatorio y se aplica en las fases preprocesal y procesal. Conforme a la concepción constitucional del artículo 29 de nuestra Carta Política, se desarrolla el principio del debido proceso, donde se encuentran elementos del principio de contradicción: "[…] quien sea sindicado tiene derecho […] a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra […]"; también el artículo 15 del Código de Procedimiento Penal establece: "Las partes tendrán derecho a conocer y controvertir las pruebas, así como a intervenir en su formación […]". El principio de contradicción que opera a partir de la acusación conlleva los siguientes derechos y facultades.

Derechos y facultades para la Fiscalía

- Derecho a formular la acusación sólo con base en la probabilidad de la participación.
- Derecho a oponerse a la admisión de medios de prueba ilegales.
- Derecho a solicitar la exclusión de un determinado medio de prueba.
- Derecho a que se descubran los medios de prueba de la defensa, en la formulación de la acusación, cuando se afirme la inimputabilidad del acusado.
- Obligación de apoyar con medios de conocimiento sus pretensiones.

Derechos y facultades para la defensa

- Derecho a conocer la información, actuación, medios de investigación, elementos materiales probatorios y medios de prueba que tiene el acusador.
- Derecho a oponerse a la admisión de medios de prueba por ser ilegales, estar viciados de nulidad absoluta, ser impertinentes, no estar garantizada su autenticidad, no ser confiables o que llaman al prejuicio (en el caso de jurados).
- Derecho a presentar sus medios de prueba y a acceder a los del Estado.
- Obligación de aportar la prueba cuando ejerza una defensa afirmativa (inimputabilidad).

Derechos y obligaciones comunes

- Derecho a oponerse a la admisión de un determinado medio de prueba.
- Derecho a examinar sus testigos y contraexaminar los testigos de la contraparte.
- Derecho a introducir actos informativos o declarativos y a argumentar, según su teoría del caso.
- Obligación de introducir la acreditación de las calidades de sus respectivos expertos.
- Obligación de no argumentar un hecho que no fue tema de prueba.

Derechos y facultades para el ministerio público

- Derecho a conocer la información, actuación y medios materiales probatorios que tiene la Fiscalía, así como sus medios de prueba.
- Derecho a oponerse a la admisión de medios de prueba por ser ilegales, estar viciados de nulidad absoluta, ser impertinentes o no estar garantizada su autenticidad, no ser confiables o que llamen al prejuicio.

- Formular oposiciones a los interrogatorios o contrainterrogatorios de las partes si éstos violan garantías fundamentales o el orden jurídico (art. 395, CPP).

Durante las fases preprocesal y procesal se producen actos de prueba, a saber: en la indagación e investigación, ubicación, recolección, aseguramiento y preparación; en la fase del juzgamiento, previo al juicio oral, descubrimiento y ofrecimiento; durante el juicio oral; práctica, contradicción y valoración.

Cada uno de estos actos de prueba tiene un objetivo específico: los de la investigación, sustentar ante el juez las actuaciones que afectan derechos fundamentales; durante el juzgamiento, fundamentar y sustentar la acusación. La controversia se ejerce sobre todos los actos de prueba y la contradicción sobre el ofrecimiento, introducción y práctica.

Lo anterior significa que es sólo sobre la contradicción de la prueba practicada en el juicio oral que el juez de- be fallar, pero para llegar a ello se ha ejercido la controversia de todos los actos de prueba, con el fin de garantizar que se practicará únicamente la admisible.

5. PRINCIPIO DE ORALIDAD

En virtud de este principio, en primer lugar, todas las peticiones formuladas por las partes al funcionario judicial se fundamentarán y decidirán en forma oral. Generalmente deben resolverse con citación y audiencia de la otra parte, salvo las reservadas.

En segundo término, el juzgamiento es oral, por audiencias, y en la audiencia pública de juzgamiento no se permite la introducción de diligencias de investigación escritas, mediante actas o informes, sino a través de la declaración oral del medio de prueba (testigo, perito, investigador). Lo anterior tiene tres excepciones:

- La prueba anticipada, cuya introducción al juicio se admite por lectura, pero para su producción deben cumplirse todos los requisitos formales de prueba producida en juicio, es decir, con inmediación y en forma oral y contradictoria ante el juez.
- Estipulaciones probatorias, cuando no existe controversia sobre una diligencia de investigación y los resultados de la misma, como es informe médico de la causa de la muerte. Se admite como prueba el informe pericial escrito, se introduce mediante lectura y no se requiere que el perito declare.
- Cuando el documento intrínsecamente constituye prueba por sí mismo. Por ejemplo, el cheque se introduce como prueba documental a través del respectivo medio de prueba para efectos de certificación, de autenticidad o de fundamentación.

En tercer lugar, el juez debe anunciar el sentido del fallo en forma oral y, en audiencia posterior, pronunciar la sentencia oralmente.

En cuarta instancia, cualquier actuación no oral o no verbal en las audiencias debe verbalizarse, ya sea por quien la realizó, las partes o el juez. Por ejemplo, si un testigo hace una señal, el abogado debe indicar en forma oral lo que hizo el testigo.

En quinto término, no se permiten transcripciones literales de las audiencias sino la grabación de la actuación oral y la elaboración de un acta sucinta, en la que se consignen el objeto de la audiencia, los nombres de los participantes y las decisiones del juez.

Entre los principios rectores y garantías procesales se establece este principio, cuando el *artículo 9° del CPP* dice: "La actuación procesal será oral y en su realización se utilizarán los medios técnicos disponibles que permi- tan imprimirle mayor agilidad y fidelidad, sin perjuicio de conservar registro de lo acontecido. A estos efectos se dejará constancia de la actuación".

Aunque es recomendable, no todas las diligencias de investigación requieren ser grabadas en audio o video, ya que las mismas no constituyen prueba para efectos de la determinación de la responsabilidad penal en juicio, sino actos de prueba o material de referencia, medio de convicción o de refutación, y no puede usarse la grabación para tratar de introducirla como prueba en el juicio.

Si un testigo dice en el juicio algo diferente de lo que expresó anteriormente en cualquier contexto, su confrontación puede hacerse en el interrogatorio o contrainterrogatorio del testigo, con el contenido de su declaración previa. En esta forma, el juez tendrá la oportunidad de apreciar y determinar cuándo el testigo ha faltado a la verdad o se ha equivocado, en la versión previa o en la declaración en juicio. Cualquier declaración anterior de un testigo se puede usar para impugnar, sea grabada, escrita o repetida por otro testigo en el mismo juicio.

6. PRINCIPIO DE DISPOSICIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

La aplicación de los criterios del principio de *oportunidad* se desprende de la facultad de disposición de la acción penal, en contraposición al principio de obligatoriedad que impone que ante la existencia de una conducta delictiva proceden la acusación y el juzgamiento de su presunto autor.

La disposición de la acción penal puede ser en forma absoluta o discrecional, teniendo en cuenta únicamente el mejor interés de la justicia, o reglada, es decir, mediante los límites que la ley establezca.

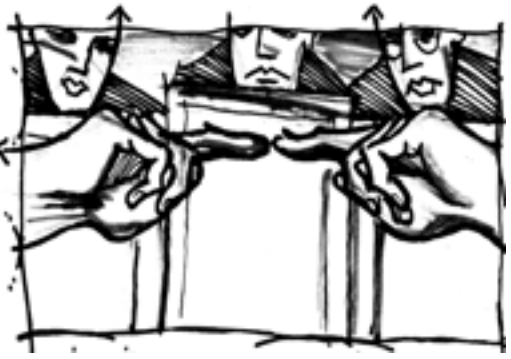
La aplicación del criterio de oportunidad en Colombia es reglada *(art. 324, CPP)* y se puede aplicar, entre otros casos, por:

- Falta de interés en la persecución penal, siempre y cuando exista reparación integral y el delito por el que se proceda no tenga una pena privativa de la libertad máxima superior a seis (6) años.
- Pena natural.
- Mínima participación.
- Interés público.
- Colaboración con la justicia.
- Afectación social o a la seguridad externa del Estado.
- Cuando la imputación subjetiva es culposa y es de mermada significación jurídica y social.
- Entrega en extradición o a la Corte Penal Internacional por la misma conducta punible que se persigue en Colombia (la Corte Constitucional declaró inexequible el numeral 16 del artículo 324 del CPP, sentencia C-673 de 2005).

La ley define los límites y los controles que se aplican para su otorgamiento.

En algunos sistemas en los que el fiscal tiene la libre disposición de la acción penal, la aplicación del criterio de oportunidad no está sujeta a control de legalidad del juez, salvo que el mismo signifique un acuerdo con negociación de pena, que sí requiere aprobación del juez. En Colombia se entiende que el poder dispositivo de la Fiscalía requiere un control de legalidad por parte del juez *(art. 327, CPP)*. Este control de legalidad opera sólo cuando se produce la renuncia al ejercicio de la acción penal y no en casos de suspensión o interrupción, ya que los mismos no extinguen la acción penal. Tam-

bién la ley puede fijar los deberes a quien se otorga (reparación, declaración).



Los preacuerdos para que la persona acepte la imputación o la acusación y, por tanto, renuncie a su derecho a tener un juicio, poder presentar pruebas y controvertir la prueba de la Fiscalía, a cambio de que la misma elimine de la acusación un hecho o una circunstancia o tipifique de manera más favorable los hechos, también requieren aprobación judicial.

El ministerio público puede intervenir como representan- te de la sociedad en las actuaciones en las que proceda la disponibilidad del derecho por parte de la víctima, o la disposición de la acción penal por parte del Estado, representado por la Fiscalía General de la Nación *(art. 111, CPP).*

Para las partes, intervinientes y el ministerio público se imponen igualmente deberes éticos de reserva sobre la negociación y de no utilizar en contra de los acusados lo dicho durante las negociaciones, en caso de que éstas no lleguen a ningún acuerdo.

7. PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN DE LA PRUEBA

Este principio indica que todas las pruebas deben ofrecerse o solicitarse, practicarse o introducirse y controvertirse en el juicio *(arts. 16 y 379, CPP)* ante el juez de conocimien- to. El juez sólo tendrá en cuenta como pruebas las que sean practicadas o introducidas y controvertidas en su pre- sencia en la audiencia del juicio oral. En este sentido, las diligencias de investigación donde se recaudan elementos materiales e información no tienen valor de prueba para la determinación de la responsabilidad penal, sino de medio de convicción, para que el fiscal pueda determinar si existe o no mérito para que una persona pueda ser juzgada, porque se ha logrado ubicar, identificar y preparar los medios de prueba, para demostrar la responsabilidad de una persona en una conducta punible y para sustentar ante el juez de garantías las peticiones o actuaciones que afecten derechos fundamentales.

La práctica de la prueba anticipada, también obedece a este principio de concentración de prueba en juicio, ya que cuando se presentan circunstancias de fuerza mayor que hacen imposible la práctica de la prueba en la audiencia pública y esto resulta imprescindible para la parte que la propone, se practica en forma anticipada pero con todos los requisitos de prueba en juicio (presencia del juez y todas las partes y controversia), pero debe ofrecerse en la audiencia preparatoria e introducirse mediante lectura o reproducción, en la audiencia pública, por la parte proponente. De no hacerlo, lo realizado anticipadamente no puede ser valorado por el juzgador con el conjunto de la prueba practicada en juicio, (sentencia C-591 de 2005, que declara la exequibilidad de varias expresiones de los artículos 16 y 284 de la Ley 906 de 2004).

8. PRINCIPIO DE CONCENTRACIÓN

8.1 Continuidad

Los hechos objeto de petición o de controversia se deben tramitar en tantas audiencias continuas como sean necesarias para resolver.

El fallo debe pronunciarse inmediatamente concluye la presentación y controversia de las pruebas y de las pretensiones o argumentos.

Para efectos de garantizar la realización de las audiencias en la forma y oportunidad establecidas por el juez, es necesario incluir en los sistemas de gestión administrativa el manejo de agendas de salas de audiencia.

En el Código de Procedimiento Penal se describe el principio de concentración en la modalidad de continuidad, así:

> *Artículo 17. Concentración.* Durante la actuación procesal la práctica de pruebas y el debate deberán realizarse de manera continua, con preferencia en un mismo día; si ello no fuere posible se hará en días consecutivos, sin perjuicio de que el juez que dirija la audiencia excepcionalmente la suspenda hasta por un término de treinta (30) días, si se presentaren circunstancias especiales que lo justifiquen. En todo caso el juez velará porque no surjan otras audiencias concurrentes, de modo que concentre su atención en un solo punto.

8.2 Identidad física del juzgador

Este principio del sistema acusatorio indica que el juzgador que presencia la práctica de las pruebas en la audiencia tiene que ser el mismo que debe fallar.

Este principio es distinto del concepto de *juez natural,* que es un concepto orgánico institucional funcional, y no personal.

Cuando en la audiencia pública de juzgamiento se inicia la presentación de las pruebas y el juzgador (juez derecho) o el jurado (juez de los hechos) tiene imposibilidad física de continuar en el juicio, se debe repetir todo el juicio, y en el caso del jurado, se deben tener jurados suplentes.

En Colombia, el requisito de la identidad física del juzgador no quedó consagrado como principio autónomo sino como una modalidad del principio de concentración, ya que se introdujo en las últimas sesiones del Senado, pero tiene el mismo efecto en el sentido de que si hay que remplazar el juez de conocimiento en el juicio oral, se debe repetir el mismo *(art. 454, CPP).*

9. PRINCIPIO DE PUBLICIDAD

La publicidad no está referida exclusivamente a las partes, intervinientes y ministerio público, sino también a la comunidad. El artículo 228 de la Constitución Política de Colombia establece que las actuaciones de la administración de justicia serán públicas, con las excepciones que establezca la ley.

En el Código de Procedimiento Penal se presenta así este principio:

> *Artículo 18. Publicidad.* La actuación procesal será pública. Tendrán acceso a ella, además de los intervinientes, los medios de comunicación y la comunidad en general. Se exceptúan los casos en los cuales el juez considere que la publicidad de los procedimientos pone en peligro a las víctimas, jurados, testigos, peritos y demás intervinientes; se afecte la seguridad nacional; se exponga a un daño psicológico a los menores de edad que deban intervenir; se menoscabe el derecho del acusado a un juicio justo; o se comprometa seriamente el éxito de la investigación.

En este sentido, las regulaciones sobre restricción a tal derecho deben tener en cuenta esto, por cuanto, como derecho, su restricción ha de ser expresa y mínima. Igualmente, lo anterior no debe confundirse con permitir la presencia de medios de comunicación.

El principio de publicidad opera también durante la investigación para los actos jurisdiccionales, ya que toda decisión judicial (control de garantías) debe proferirse en audiencia pública con citación de partes, salvo las que tienen reserva (solicitud de captura, medidas reales y allanamientos).

10. PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

"[…] Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal […]" *(art. 7°, CPP).*

La materialización de este principio supone para el juez la restricción al máximo de las actuaciones que afecten los derechos fundamentales, y el análisis en cada caso concre- to de la necesidad, racionalidad, proporcionalidad, temporalidad y fundamento fáctico y jurídico de la medida.

Por ejemplo, en la solicitud de un allanamiento, la determinación de que efectivamente se necesita, ya que no existe otro medio de obtener la evidencia o el elemento material de prueba.

La proporcionalidad de la medida frente a la entidad del hecho o de la participación.

El fundamento fáctico ligado al jurídico, en el sentido de que existen suficientes elementos probatorios o informaciones que llevan a la convicción sobre la posibilidad de la existencia en el domicilio, por ejemplo, de la persona que se requiere capturar, los rastros, huellas o evidencias del delito, el fruto o producto del delito, etc.

En general, supone la autorización o la realización de las actuaciones ligadas al principio de presunción de inocencia.

Así mismo, impone deberes de comportamiento y actuación distintos para el acusador que para el acusado. Por ejemplo, el deber de revelar la información y los medios de prueba que posee la Fiscalía (descubrimiento) para sustentar los cargos, aún los que favorecen al acusado. Esta no es una obligación correlativa para la defensa ya que el acusado, presumido inocente, no tiene que revelar ni descubrir prueba que lo incrimine, salvo que asuma una defensa afirmativa como la inimputabilidad.

Igualmente, el acusado nunca puede ser presentado ni solicitado como medio de prueba de la Fiscalía. No obstante, si el acusado renuncia a su derecho a guardar silencio, la renuncia opera no sólo a su favor sino del proceso y, en consecuencia, podrá ser contraexaminado por la Fiscalía.

Este principio lleva también a que ante cualquier procedimiento, la duda debe resolverse a favor del imputado o acusado y que la libertad es la regla general.

11. PRINCIPIO DE IGUALDAD

En el Código de Procedimiento Penal se estipula este principio en la siguiente forma:

> *Artículo 4º. Igualdad.* Es obligación de los servidores judiciales hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal y

proteger, especialmente, a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuen- tren en circunstancias de debilidad manifiesta.

El sexo, la raza, la condición social, la profesión, el origen nacional o familiar, la lengua, el credo religioso, la opinión política o filosófica, en ningún caso podrán utilizarse dentro del proceso penal como elementos de discriminación.

La materialización de este principio no se realiza únicamente brindando igualdad de oportunidades para equilibrar el proceso e igualdad de armas (facultad de acceder a los peritos oficiales por parte de la defensa o de acudir a sus propios peritos), sino también igualdad en la aplicación de la ley, garantizando, por ejemplo, el no cambiar de mane- ra arbitraria el sentido de las decisiones cuando las circunstancias de hecho y de derecho sean sustancialmente similares.

12. PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD

La efectividad debe entenderse o desarrollarse como la necesaria armonía entre la materialización de los derechos fundamentales de las personas que intervienen en ella y la necesidad de lograr eficacia del ejercicio de la justicia, dando prelación al derecho sustancial *(art. 10, CPP)*. Este principio se expresa de diferentes modos:

- Prevalencia del derecho sustancial.
- Uso de salidas alternas a la solución de conflicto y procedimientos de consenso. Para ello, se debe pesar y sopesar cada uno de los intereses legítimos, mirando en una relación costo-beneficio cuál es la mejor salida, una alternativa o restaurativa, la aplicación de un criterio de oportunidad, la suspensión provisional de la acción penal, el ejercicio de la acción penal mediante la acusación.
- Las actuaciones deben realizarse con celeridad y efectividad (buscando producir el resultado).
- Los plazos fijados por el juez deben obedecer a criterios de racionalidad, necesidad y complejidad.
- Preclusión de las fases o instancias procesales.
- Decisión rápida de recursos mediante procedimientos de consenso.
- Cumplimiento inmediato de las decisiones judiciales.
- Notificaciones en audiencia.
- Saneamiento de irregularidades no sancionadas con nulidad de manera expedita por parte del juez, sin sometimiento a más formalidad que escuchar a las partes.

Segunda Unidad

Estructura del proceso penal

Sumario

1. Estructura del proceso penal. 2. Mapa del nuevo proceso penal.

1. ESTRUCTURA DEL PROCESO PENAL

La Constitución Política de Colombia, por medio del Acto Legislativo 03 de 2002, en sus artículos 250 y 251, otorgó a la Fiscalía General de la Nación un nuevo papel protagónico en un proceso penal de corte acusatorio, al encomendarle *"adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querella o de oficio…" (art. 250, inc. 1º.).* En desarrollo de esta cláusula general de competencia, la Constitución Política dejó establecida en Colombia una nueva estructura procesal, en la que el fiscal debe presentar una acusación ante los *jueces de conocimiento, con el fin de "dar inicio a un juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías" (art. 250, num. 4º).*

Con la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal), se inicia el desarrollo legislativo de los postulados acusatorios dentro de la actuación penal. Tenemos entonces en Colombia un nuevo proceso penal que, en su normal discurrir, posee dos estadios básicos: *"…Indagación - investigación y juzgamiento penal…" (art. 250, par.).* Podemos hablar de dos etapas judiciales bien definidas: la etapa de juzgamiento y una etapa preparatoria de la misma, que es la de investigación de la prueba con una fase preliminar de indagación.

1.1 Etapa de búsqueda, preparación y aseguramiento de la prueba

1.1.1 Fase de indagación

Desde el momento en que la noticia criminal tiene ocurrencia a través de la denuncia, la querella, el informe, o la acción oficiosa de las autoridades, y hasta la formalización de la imputación, la policía judicial realiza un sinnúmero de actividades tendientes a establecer la existencia de los hechos concretos de esa noticia y determinar si constituyen o no una conducta punible, e identificar o por lo menos individualizar a los presuntos autores o partícipes de la infracción penal, y asegurar medios de convicción que permitan ejercer debidamente la persecución penal del Estado.

Son actividades urgentes, que se concretan en inspecciones en el lugar del hecho, inspecciones de cadáver, entrevistas, interrogatorios, y acciones de ubicación, identificación, levantamiento, embalaje, preservación y seguridad de elementos materiales probatorios, de los cuales se pueda inferir que se ha cometido un delito y quién o quiénes pueden ser sus autores o partícipes *(art. 205, CPP)*. Sobre estas actividades el fiscal ejerce un control y dirección jurídica con base en los reportes de iniciación de tales indagaciones y en los informes de policía judicial pertinentes.

Con los informes de policía judicial el fiscal, en equipo con el investigador, debe realizar un *programa metodológico* que determine los objetivos de la investigación (de acuerdo con los elementos de la presunta conducta

punible), los criterios para evaluar sus logros, la distribución de tareas, y los criterios y procedimientos de seguimiento y control de las acciones *(art. 207, CPP)*.

Durante esta indagación, si el fiscal encuentra que el hecho no ha existido, o que no constituye delito, o que quien lo realizó murió, o no hay lugar a ejercicio de la acción por estar prescrita, o se desisitio de la querella o no se puede formular por existir caducidad, o existe otra causal objetiva de extinción de la acción penal, deberá solicitar al juez de conocimiento la preclusión de la acción penal (sentencia C - 591 de 2005. Corte Constitucional declara inexequibilidad parcial del artículo 78 del CPP). También la puede archivar si no se logra determinar preliminarmente que la conducta es delictiva o que existió. En este evento, puede reanudar la indagación si surgen nuevos elementos probatorios y no ha prescrito la acción penal.

En sentido contrario, si una evaluación preliminar de los resultados de la ejecución del plan metodológico puede entregar elementos materiales probatorios o información legalmente obtenida sobre los cuales se pue- da concretar la realización de una conducta punible y se ha logrado identificar, o por lo menos individualizar, al posible autor o partícipe e inferir razonablemente que la persona sobre la cual se ha realizado la indagación es autor o partícipe del delito que se investiga, entonces el fiscal procede a formular imputación a través de solicitud hecha al juez de control de garantías para que se instale la respectiva audiencia.

1.1.2 Fase de investigación

En audiencia de formulación de la imputación el fiscal comunica a la persona su calidad de imputada, le refiere los hechos concretos objeto de la investigación y le informa la posibilidad de que se allane a la imputación, con el beneficio consecuente de una rebaja de pena de hasta la mitad de la pena imponible. Aquí se materializa el derecho de defensa para que esta parte pueda preparar de modo eficaz su actividad procesal *(arts. 286 - 290 CPP)*. También se informan términos legales para realizar la investigación y se crean escenarios procesales para tomar decisiones sobre alegaciones preacordadas, acuerdos reparatorios, libertad del imputado, etc.

Formulada la imputación, esta fase de investigación tiene por objeto continuar la ubicación, identificación, preparación y aseguramiento de los elementos materiales probatorios y medios de prueba que fundamentarán la acusación o cualquier otra decisión conclusiva de la investigación, respecto de quien se ha formulado la imputación. Se trata de una actuación de tipo procedimental y por tanto en ella no se judicializa acto alguno, a no ser que se entiendan por es- ta expresión las actuaciones del fiscal que se someten al juez que ejerce las funciones de control de garantías. Por es- ta razón sus actos de búsqueda y preparación de la prue- ba no se recopilan en un expediente judicial, sino en un archivo de investigación que contiene medios cognoscitivos, elementos materiales o material de referencia y no pruebas que puedan ser valoradas por el juez en el juicio.

El fiscal es el dueño de esta etapa preprocesal, ya que es él quien controla jurídicamente la labor investigativa de la policía judicial y, además, quien puede suspender, interrumpir y renunciar a la acción penal *(arts. 321 y 330, CPP), pero sólo "en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerce las funciones de control de*

garantías" (artículo 250, inc. 1º.), (los que extinguen la acción penal).

Durante esta etapa, el control judicial opera también cuan- do la Fiscalía debe *"Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías, las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial de las víctimas" (art. 250, num. 1º).* Igualmente, este juez examina de manera posterior, la legalidad de las capturas realizadas por orden judicial en flagrancia, así como también las formalidades legales (sustantivas) establecidas para *"adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones…" (art. 250, num. 2º).*

La fase termina normalmente (existen circunstancias alternas de terminación) cuando el juez de conocimiento decreta *la preclusión de la investigación*, en el evento en que, según lo dispuesto en el *art. 332, CPP*, no hubiere mérito para acusar al imputado ante el juez de conocimiento. Por el contrario, si *"…de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se puede afirmar, con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe" (art. 336, CPP)*, el fiscal presenta escrito de acusación ante el juez de conocimiento.

Tanto en la fase de indagación como en la investigación, el ministerio público interviene como garante de los dere- chos humanos, los derechos fundamentales y represen- tante de la sociedad.

Para el cumplimiento de la función, los fiscales, jueces y la policía judicial informarán oportunamente al ministerio público, por el medio más expedito, de las diligencias y actuaciones de su competencia (par. art. 109, CPP).

1.2 Etapa de juzgamiento: descubrimiento, ofrecimiento, práctica, controversia y valoración de la prueba

1.2.1 Fase de formulación de acusación: descubrimiento de prueba

El juez de conocimiento, instalado en audiencia de formulación de la acusación, ordena que se haga la acusación oralmente; se manifiesten impedimentos, recusaciones, factores de incompetencia y nulidades; se inicie el procedimiento de descubrimiento de prueba y se materialicen medidas de protección de las víctimas *(arts. 338 - 343 CPP).*

Esta audiencia se celebra para fijar el objeto del debate: los hechos de la acusación que se formula oralmente deben ser los hechos que se debatan en la audiencia del juicio oral. Igualmente, que la Fiscalía descubra los elementos materiales y la información que haya recolectado durante su indagación e investigación, y que si la defensa va a ejercer una defensa afirmativa haga lo mismo frente a los medios de prueba que pretenda hacer valer en juicio.

1.2.2 Fase de preparación del juicio oral. Audiencia preparatoria. Ofrecimiento de prueba

Su objeto general es determinar sobre la prueba que se practicará en el juicio. Para ello, las partes ofrecen los medios de prueba y los elementos materiales o evidencia física que se encontraron, prepararon y aseguraron durante su investigación, y se deciden las solicitudes de exclusión de la prueba ilícita y la no admisible. Es una

etapa "preaudiencia de juicio", donde además las partes manifiestan observaciones pertinentes al procedimiento de descubrimiento de prueba; la defensa descubre los elementos materiales de prueba que hará valer en juicio; las partes manifiestan si tienen interés en hacer estipulaciones probatorias y el acusado manifiesta si acepta o no los cargos de la acusación *(art. 356, CPP)*.

La etapa finaliza con la citación que hace el juez de conocimiento a los sujetos procesales, para la realización de la audiencia del juicio oral.

1.2.3 Fase del juicio oral: práctica, controversia y valoración de la prueba

Es la etapa central del procedimiento penal acusatorio. En ella se realizan una o más sesiones continuas y públicas, en las cuales el fiscal, de manera oral, con el interrogatorio de los testigos de los hechos, el contrainterrogato- rio de los testigos de refutación y la introducción de la evidencia física a través de testigos de acreditación, sustenta su acusación; a su vez, la defensa ejerce la refutación y el juez valora y decide sobre los hechos que estima probados a través de los medios probatorios introducidos, practica- dos y controvertidos en la audiencia por las partes.

Esta audiencia, luego de su instalación, se inicia con la declaración de los hechos, fase obligatoria para la Fiscalía y facultativa para la defensa. En esta declaración inicial, que no es prueba, las partes hacen una exposición breve de su teoría del caso para que el juez tenga una visión de lo que sucederá en el juicio, la hipótesis fáctica, la adecuación jurídica y la prueba que se introducirá (estipulaciones y prueba anticipada) y la que se practicará. Continúa la audiencia con la actividad probatoria contradictoria, donde las partes interrogan y contrainterrogan testigos y peritos, introducen evidencias físicas o materiales y pruebas documentales. Termina con los alegatos de conclusión (obligatorio para la Fiscalía, facultativo para la defensa, la víctima y ministerio público), donde las partes ayudan al juez a analizar y valorar la prueba, concretan jurídicamente sus peticiones y argumentan sobre las mismas. Allí el juez emite su fallo, y si es de declaración de responsabilidad penal, solicita a las partes que le den criterios para individualizar la pena por imponer, y si la víctima está constituida, a petición suya, del fiscal o del ministerio público en los casos que la ley lo autoriza, cita para audiencia de reparación integral y para proferir la sentencia (lectura).

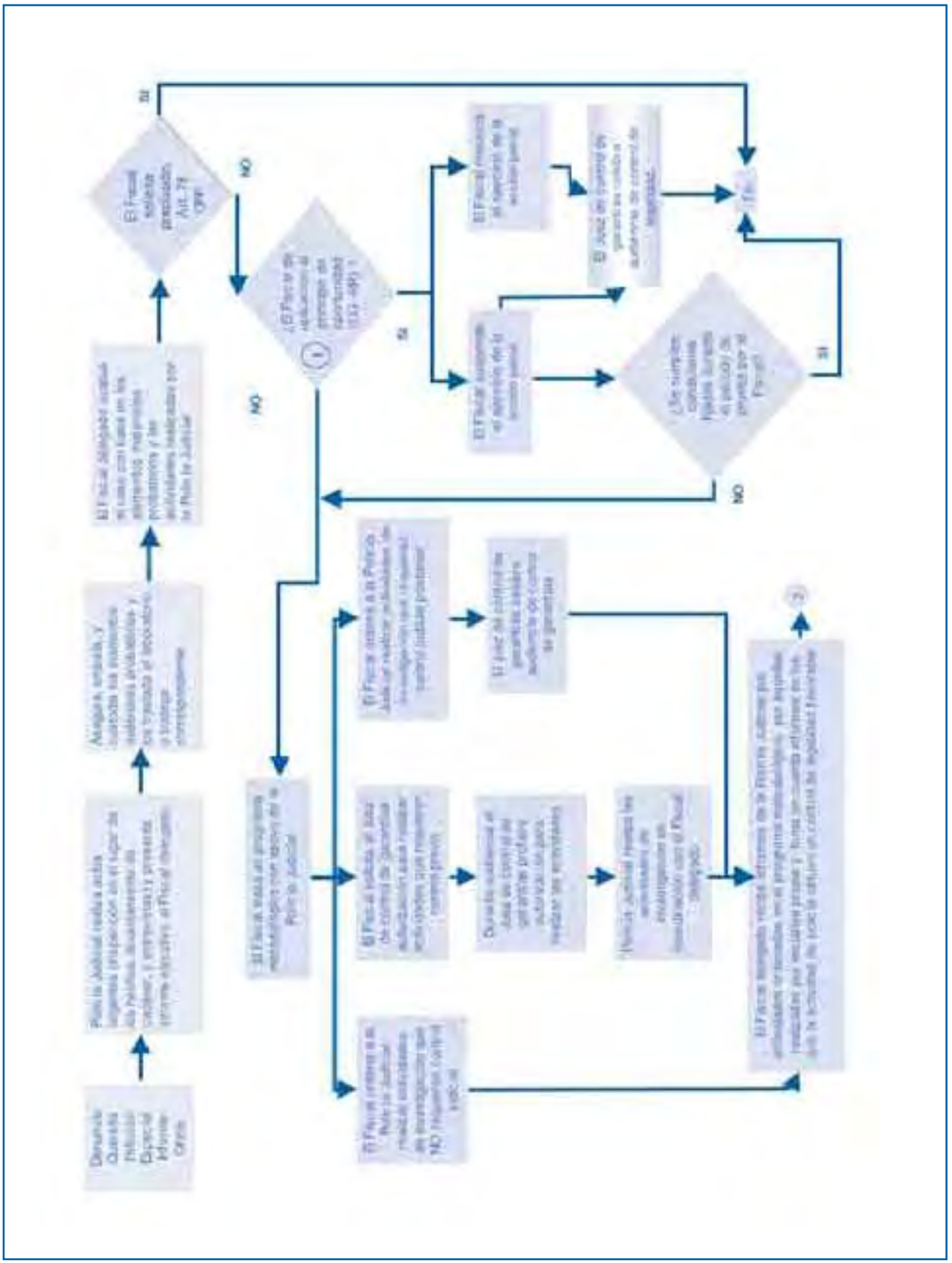
1.2.4 Audiencia de reparación integral

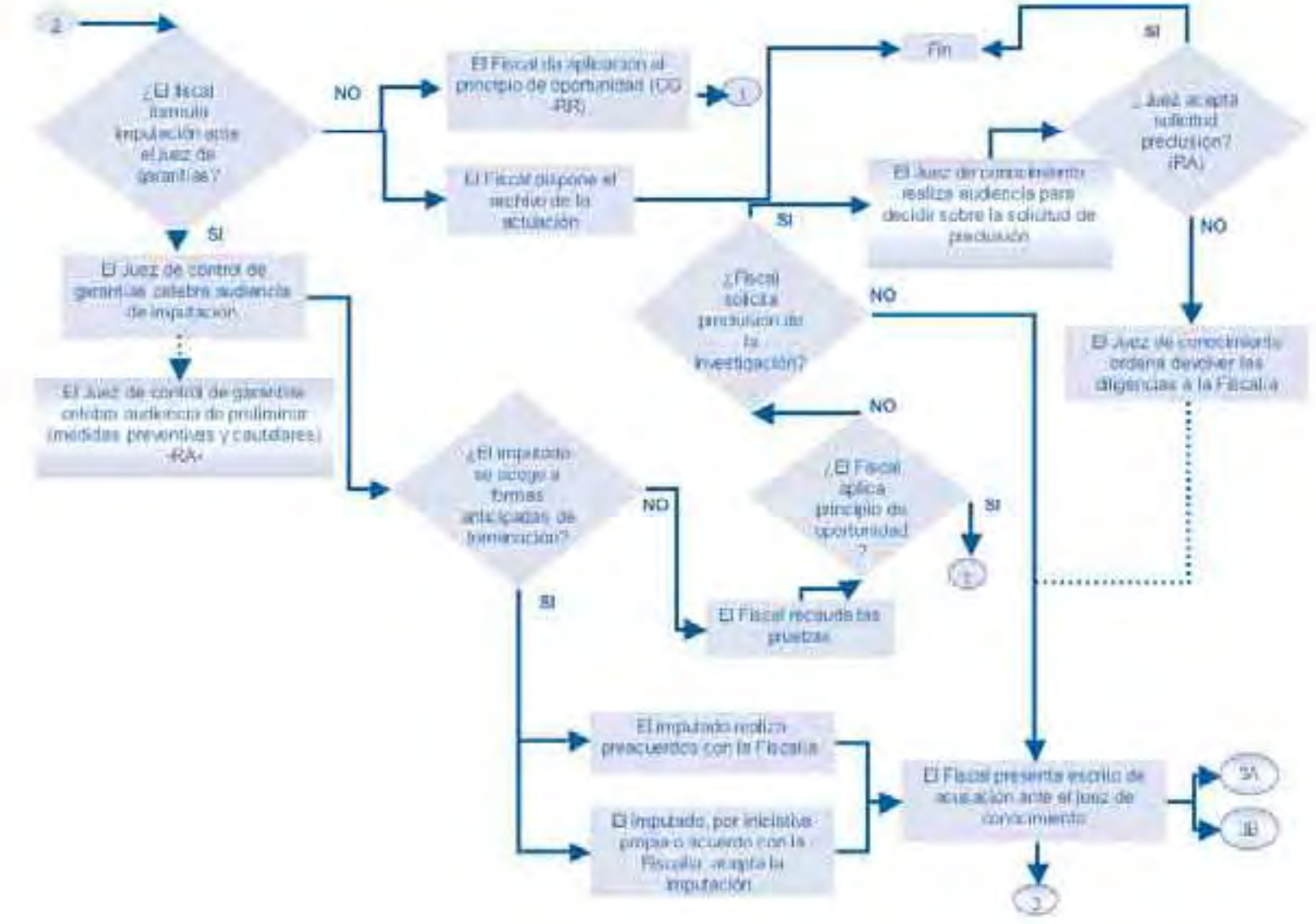
Tiene lugar cuando el sentido del fallo fue de responsabilidad penal y la víctima o sus herederos le solicitan al juez, una vez emitido el sentido del fallo, que convoque a la audiencia de incidente de reparación integral, donde la víctima como demandante deberá probar el daño causado con el delito y su pretensión de reparación integral.

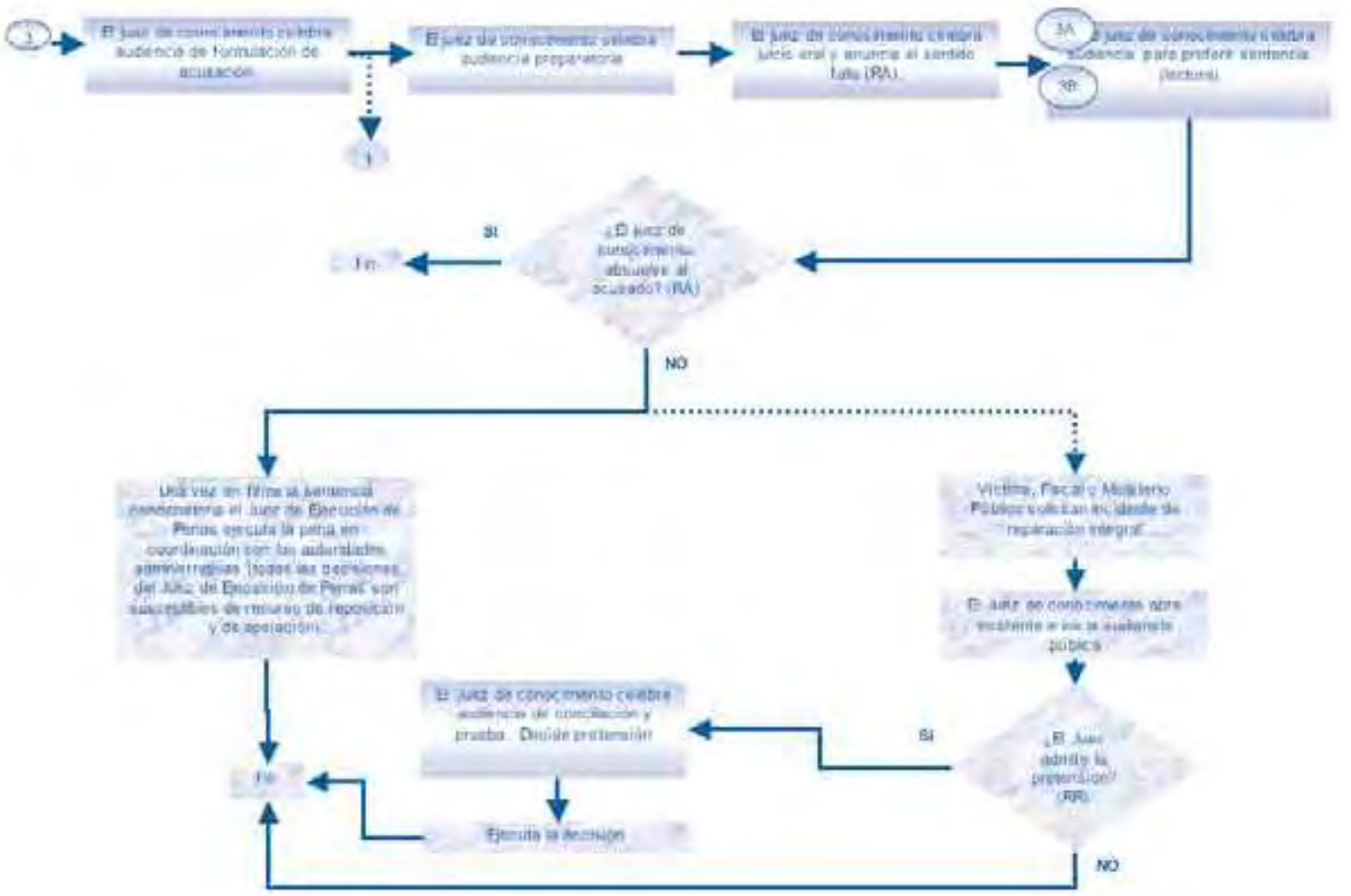
En esta audiencia, en primer lugar, si el juez admite la pretensión de la víctima, promoverá que se llegue a una conciliación o mediación. De presentarse y llegar a un acuerdo y el juez aprobarlo, incorporará los resultados a la sentencia. De no ser así, decretará la práctica de la prueba ofrecida por el demandante y el demandado (declarado penalmente responsable) y fallará el incidente e incorporará sus resultados a la sentencia.

En esta audiencia, el fiscal o el ministerio público puede actuar a instancias de la víctima, salvo que la pretensión sea exclusivamente económica. En los eventos de agravios a los intereses colectivos, el ministerio público debe procurar la indemnización de los perjuicios *(art. 102, CPP)*.

2. Mapa del nuevo proceso penal




2
¿El fiscal formula imputación ante el juez de garantías?
NO
El Fiscal da aplicación al principio de oportunidad (CG -PR)
1
El Fiscal dispone el archivo de la actuación
Fin
SI
¿Juez acepta solicitud preclusión? (PA)
El Juez de conocimiento realiza audiencia para decidir sobre la solicitud de preclusión
SI
NO
El Juez de control de garantías celebra audiencia de imputación
El Juez de control de garantías celebra audiencia de preliminar (medidas preventivas y cautelares) -PA-
¿Fiscal solicita preclusión de la investigación?
NO
El Juez de conocimiento ordena devolver las diligencias a la Fiscalía
NO
¿El imputado se acoge a formas anticipadas de terminación?
¿El Fiscal aplica principio de oportunidad ?
SI
1
NO
El Fiscal recauda las pruebas
SI
El imputado realiza preacuerdos con la Fiscalía
El imputado, por iniciativa propia o acuerdo con la Fiscalía, acepta la imputación
El Fiscal presenta escrito de acusación ante el juez de conocimiento
SI
NO
2


El juez de conocimiento celebra audiencia de formulación de acusación
El juez de conocimiento celebra audiencia preparatoria
El juez de conocimiento celebra juicio oral y anuncia el sentido fallo (RA)
3A
3B
El juez de conocimiento celebra audiencia para proferir sentencia (lectura)
¿El juez de conocimiento absuelve al acusado? (RA)
SI
Fin
NO
Una vez en firme la sentencia condenatoria el Juez de Ejecución de Penas ejecuta la pena en coordinación con las autoridades penitenciarias (todas las decisiones del Juez de Ejecución de Penas son susceptibles de recurso de reposición y de apelación)
Víctima, Fiscal o Ministerio Público solicitan incidente de reparación integral
El juez de conocimiento abre incidente e inicia audiencia pública
¿El Juez admite la pretensión? (RA)
SI
El juez de conocimiento celebra audiencia de conciliación y prueba. Decide pretensión
Fin
Ejecuta la decisión
NO

Tercera unidad

Reglas de prueba en el proceso penal acusatorio colombiano

Sumario

1. Preliminar. 2. Principios probatorios. 3. Reglas de prueba. 4. Admisibilidad de la prueba y reglas de exclusión. 5. Reglas sobre la actividad probatoria.

1. PRELIMINAR

1.1 Concepción del sistema de juzgamiento y regulación de la prueba

El proceso acusatorio ofrece libertad y transparencia plena en la búsqueda, producción, práctica, contradicción y valoración de la prueba. Es un proceso de controversia probatoria público y oral, donde:

> […] impera la prohibición absoluta de emplear medios de coerción, y los jueces no necesitan la confesión para formarse una convicción íntima, porque para que se considere como cierta la culpabilidad bastan pruebas materiales e indicios graves, precisos y contundentes […][1]
>
> .

Inmediación, concentración, contradicción, igualdad, publicidad, libertad y oralidad, son principios universales que orientan sustancialmente la actividad probato- ria en los juicios acusatorios modernos.

Los sistemas procesales acusatorios con ascendencia directa anglosajona, como el de Estados Unidos de Norteamérica, desarrollan los anteriores principios a través de una normativa originada en los precedentes judiciales y codificada en estatutos diferentes de aquellos que regulan el procedimiento criminal. Así existen un código de reglas de procedimiento criminal y un código de reglas de evidencia, estas últimas erigidas en ley a instancias de propuestas legislativas presentadas al parlamento por los altos tribunales de justicia, mediante la sistematización y compilación de innumerables decisiones judiciales, precedentes que, aplicando los cánones y principios constitucionales en materia de debido proceso, constituyen verdadera creación de derecho.

Los códigos de evidencia se aplican en procedimientos de naturaleza civil y criminal, haciendo énfasis en la regulación de la admisibilidad de la evidencia y en las reglas de exclusión de la misma. Muchas veces, la reglamentación de los medios de prueba se hace asistemáticamente, según se vayan desarrollando los criterios de admisibilidad y exclusión.

Los sistemas acusatorios y mixtos continentales prefieren regular la prueba a través de reglas inmersas en el código de procedimiento criminal, casi siempre centrándose en el desarrollo normativo de cada medio de prueba y en un aparte de disposiciones generales relacionadas con dichos medios, donde además se tipifican los principios generales probatorios.

1.2 Fines de la prueba en el nuevo código procesal acusatorio

El Código de Procedimiento Penal establece:

Artículo 372. Fines. Las pruebas tienen por fin llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado, como autor o partícipe.

[1] Eugenio Florián, DE LAS PRUEBAS PENALES, tomo I, Bogotá, D.C., Temis, 1990, P. 14.

Desentrañar el valor jurídico inmerso en la elección legislativa de que las pruebas judiciales lleven *al conocimiento del juez* los hechos y circunstancias materia del juzgamiento de una persona, significa acercar al juez a la conciencia de un hecho identificado plenamente con la realidad o con la forma y contenido en que se manifestó en el mundo real. Podríamos decir entonces que el fin último de la prueba es demostrar la verdad o que, en materia de reglas de prueba, "[…] El fin último de estas reglas es el descubrimiento de la verdad en todos los procedimientos judiciales"[2].

Aquí entraríamos en la discusión sobre si en el sistema acusatorio las partes deben demostrar la verdad al juez y éste verificarla a través de los medios probatorios, o persuadirlo racionalmente para que acepte la pretensión de parte emitiendo un juicio de convicción o de certeza. No resolveremos aquí tal disyuntiva filosófica, pero sí podemos darle alcance a través de lo que el legislador ha dado en llamar *más allá de duda razonable*, al mejor estilo del derecho anglosajón. Conocemos que el término duda significa "Suspensión o indeterminación del ánimo entre dos juicios o dos decisiones, o bien acerca de un hecho o una noticia"[3].

La indeterminación de nuestra conciencia frente a una disyuntiva es *razonable*, cuando no es arbitraria, absurda o infundada, sino que responde plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia científica. Es la ausencia de un mecanismo infalible para encontrar la verdad y poder determinar así lo que es o no es cierto. *Duda razonable* no es una duda especulativa o imaginaria, como tampoco lo es cualquier duda posible, es aquella duda fundada que surge como producto del raciocinio y la consideración serena, justa e imparcial de todos los elementos de juicio envueltos en el caso.

En resumen, *duda razonable* no es otra cosa que la insatisfacción de la conciencia del juzgador con la prueba presentada.

2. PRINCIPIOS PROBATORIOS

Los principios probatorios son premisas antecedentes generales, postulados de la razón nacidos de la experiencia, o *valores jurídicos universales*[4], de los cuales se parte en el proceso de interpretación y aplicación de las normas que regulan la prueba, en cualquier sistema de juzgamiento. Bien se dice que los principios son: "[…] verdadera fuente del derecho que prescribe cómo se deben, crear, interpretar e integrar las normas que lo componen" [5].

Su función primordial es garantizar la vigencia plena del debido proceso en la admisión, práctica, controversia y valoración de la prueba.

2.1 Libertad

Este principio se relaciona con la facultad que tienen las partes de utilizar cualquier medio de prueba pertinente para demostrar hechos o circunstancias, así como también a la potestad que posee el juez para adjudicarlos, sin límites ni modos fijados previamente en la ley, excepto por la obligación de valorarlos en conjunto de acuerdo con las

[2] Regla 2, Reglas de evidencia de Puerto Rico (1979).
[3] Real Academia Española, DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA.
[4] Hernando Valencia Restrepo, PRINCIPIALÍSTICA, NOMOÁRQUICA Y PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO, Bogotá, D.C., Temis 1996, P. 72.
[5] Ibid., P. 73.

reglas de cada prueba (art. 380, CPP). Así lo estipula el Código de Procedimiento Penal:

Artículo 373. Libertad. Los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos.

Aunque no es explícito en la norma, existe la misma facultad para elegir, de los medios taxativamente enumerados en la ley, el que mejor demuestre un hecho o circunstancia, según las posibilidades y oportunidades de cada caso concreto. Sin embargo, el legislador impuso límites a tal facultad, cuando reguló lo concerniente a la *determinación de la mejor evidencia (art.433 y 434 CPP).*

Es posible averiguar y adjudicar hechos y circunstancias a través de los medios enumerados taxativamente en la ley, y a través de diferentes y nuevos medios surgidos de los avances que la ciencia y la técnica nos proporcionen. Hasta hace algunos años la prueba de ADN aún no aparecía dentro de los medios de prueba técnicos aceptados en los procesos judiciales. La norma en comento permite prever este tipo de situaciones, siempre y cuando sea reconocido por la ciencia y no viole los derechos humanos.

Pero como no existen libertades ajenas a excepciones y limitaciones jurídicas, el nuevo medio de prueba que pretende hacerse valer en el proceso no puede utilizarse sino en cuanto respete los derechos humanos consagrados en la Constitución y en la ley, lo que no ocurriría en el caso de pretender introducir en el juicio el testimonio de una persona a quien están presionando para que deponga según un libreto, so pena de dar muerte a un hi- jo o un familiar.

2.2 Publicidad

Es un principio connatural al proceso acusatorio y en nuestro caso es de origen constitucional. *El artículo 228 y el numeral 4 del artículo 250 de la C.P.* (reformado por el *Acto Legislativo 03 de 2002* sobre funciones de la Fiscalía) disponen respectivamente:

Artículo 228. La administración de justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.

Artículo 250, numeral 4: Presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento, con el fin de dar inicio a un juicio público, oral, con

inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías.

Si bien el origen constitucional del principio de publicidad de la prueba no es explícito en el segundo texto, la expresión juicio público nos da noticia de él, como quiera que la prueba se extiende por todo el ámbito del proceso y es vigente en todas sus fases, incrustándose así dentro de la organización general del juicio.

La esencia de la publicidad está en que, al momento de practicarse la prueba, puedan conocerla las partes que intervienen en el proceso y los ciudadanos que concurran al juicio. Así se garantiza la transparencia de la actividad probatoria.

Un juicio acusatorio debe permitir a cualquier persona conocer unos hechos y entender la manera como se pretenden probar, resultado de lo cual el procesado y el ciudadano asistente pueden distinguir posibles maniobras fraudulentas que busquen desviar o confundir la aplicación de la justicia material.

El Código de Procedimiento Penal consagra así tal principio:

Artículo 377. Publicidad. Toda prueba se practicará en la audiencia del juicio oral y público en presencia de las partes, intervinientes que hayan asistido y del público presente, con las limitaciones establecidas en este código.

Nótese que el legislador no olvidó otro *medio de conocimiento*, como los *elementos materiales probatorios*. Estos medios se ofrecen normalmente en la *audiencia preparatoria* o se introducen en la *audiencia oral de juzgamiento* cuando así lo autorice el juez, situaciones que no caben dentro del concepto de *práctica* de prueba, sino dentro de los términos *ofrecimiento, presentación o introducción* de medios de conocimiento. Estos elementos también se ponen a *disposición* del juez de control de garantías cuando son recogidos en registros, allanamientos e interceptaciones de comunicaciones. En este caso existe una limitación legal al principio de publicidad, ya que el *inciso 2° del artículo 155 del CPP*, dispone:

Serán de carácter reservado las audiencias de control de legalidad sobre allanamientos, registros, interceptación de comunicaciones, vigilancia y seguimiento de personas, y de cosas. También las relacionadas con autorización judicial previa para la realización de inspección corporal, obtención de muestras que involucren al imputado y procedimientos en caso de lesionados o de víctimas de agresiones sexuales. Igualmente aquella en la que se decrete una medida cautelar.

A la luz del *artículo 228 de la C.P.*, todas las actuaciones de los jueces de la república son públicas, lo que nos conduce a afirmar que en las audiencias que dirigen los jueces de control de garantías en la fase de la investigación (exceptuando las de control de garantías sobre allanamientos, interceptaciones, y en general las reservadas), debe garantizarse la presencia de las partes, pero además la del público que quiera presenciarlas. La reserva de las audiencias para las partes no se aplica cuando ya se ha formulado la imputación (par., art. 237, CPP), salvo la solicitud de orden de captura y de medidas cautelares reales.

2.3 Contradicción

Dentro de la regulación constitucional del *debido proceso* encontramos los elementos básicos del principio de contradicción, cuando el *artículo 29 dice: "[…] quien sea sindicado tiene derecho […] a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra […]".*

En el Código de Procedimiento Penal se describe así el principio de contradicción en materia probatoria:

Artículo 378. Contradicción. Las partes tienen la facultad de controvertir, tanto los medios de prueba como los elementos materiales probatorios y evidencia física presentados en el juicio, o aquellos que se practiquen por fuera de la audiencia pública.

La posibilidad procesal de *controversia* entre las partes en un juicio penal no es predicable sólo del procedimien- to probatorio, ya que tal facultad influye en todo el pro- ceso, aunque en la actividad probatoria es donde se ma- nifiesta con mayor fuerza. El proceso penal es, sin lugar a dudas, un escenario de *confrontación dialéctica* regu- lado por normas que posibilitan el conocimiento y con- troversia probatoria, así como también un escenario don- de las partes imputan, alegan, argumentan, refutan, im- pugnan y se oponen.

El principio de contradicción, como postulado general, reconoce la facultad de contradecir pruebas, pero también la posibilidad de controvertir dialécticamente actos y decisiones procesales y judiciales.

Conocimiento, intervención y *controversia* son los tres aspectos centrales del principio de contradicción cuando está referido a lo puramente probatorio. Así lo consagra el CPP cuando dispone:

Artículo 15. Contradicción. Las partes tendrán derecho a conocer y controvertir las pruebas, así como a intervenir en su formación, tanto las que sean producidas o incorporadas en el juicio oral y en el incidente de reparación integral, como las que se practiquen en forma anticipada.

Para garantizar plenamente este derecho, en el caso de formular acusación la Fiscalía General de la Nación deberá, por conducto del juez de conocimiento, suministrar todos los elementos probatorios e informes de que tenga noticia, incluidos los que sean favorables al procesado.

Estos aspectos están inmersos en el texto constitucional *(artículo 250)* cuando, refiriéndose a las funciones de la Fiscalía General de la Nación, se afirma:

3. Asegurar los elementos materiales probatorios, garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción. […]

4. Presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento, con el fin de dar inicio a un juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías. […]

En el evento de presentarse escrito de acusación, el fiscal general o sus delegados deberán suministrar, por conducto del juez de conocimiento, todos los elementos probatorios e informaciones de que tenga noticia, incluidos los que le sean favorables al procesado.

La facultad de *conocer* en materia probatoria está íntimamente relacionada con el *principio de inmediación*, ya que al desfilar las pruebas en presencia del juez, también lo hacen a la vista de las partes, en especial del imputado y su defensor, quienes tienen derecho a enterarse de los motivos de la acusación, sus fundamentos probatorios, los medios de conocimiento que pretenden hacerse valer en el juicio, las informaciones relacionadas con la investigación de los hechos, e incluso todo medio de conocimiento e información que pueda ser útil para un buen ejercicio del derecho de defensa.

La facultad de *intervención* está relacionada con la posibilidad que tienen las partes de participar en la formación o práctica de la prueba.

La facultad de *controvertir* en materia probatoria está referida a las actuaciones de las partes de *oponerse, poner a disposición, ofrecer, presentar, intervenir, interrogar y contrainterrogar*.

- *Oponerse:* 1). a la declaratoria de validez de los elementos materiales de prueba recogidos durante un procedimiento de registro y allanamiento, por violación del debido proceso; 2). a la realización de procedimientos para la obtención de muestras que involucren al imputado; 3). a la petición del fiscal para que el juez de conocimiento precluya la investigación; 4). a la orden de descubrimiento de prueba cuando la parte no esté obligada a ello; 5). a la orden de que la defensa presente prueba de descargo o que controvierta las pruebas de cargo; 6). a la admisión de medios de prueba cuando deban ser excluidos del debate; 7). a la introducción en la audiencia de juzgamiento de elementos materiales probatorios no ofrecidos en la audiencia preparatoria; 8). a la realización de preguntas o respuestas que violen las reglas de prueba referentes al interrogatorio y contrainterrogatorio de testigos; 9). a la argumentación oral basada en hechos que no fueron tema de prueba.

- *Poner a disposición* del juez de control de garantías, durante una audiencia preliminar de carácter reservado, los elementos materiales de prueba recogidos en diligencias de registro, allanamiento e interceptación de comunicaciones, para el respectivo control de legalidad; y durante la audiencia de imposición, revocatoria o sustitución de medida de aseguramiento (fiscal y defensa), los medios de conocimiento necesarios para sustentar la imposición de la medida o la sustitución de la misma.

- *Ofrecer:* 1). medios de conocimiento durante la audiencia de formulación de la acusación, con el objeto de descubrir medios de prueba y elementos materiales probatorios que posibiliten un juicio transparente y equilibrado; 2). en la solicitud de una audiencia preliminar para anticipar la práctica de una prueba según los requerimientos legales; 3). durante la audiencia preparatoria, enunciando, ofreciendo y solicitando la práctica de las pruebas que sustenten la teoría del caso de la parte o el interés del ministerio público; y 4). excepcionalmente, durante la audiencia de juzgamiento para poner en conocimiento del juez un nuevo y necesario elemento material probatorio no ofrecido en la audiencia preparatoria, siempre y cuando éste no perjudique el derecho de defensa ni la integridad del juicio.

- *Presentar* medios de conocimiento durante la audiencia de juzgamiento, con el objeto de iniciar el proceso de formación o práctica de la prueba sobre la cual se basan las pretensiones de parte.

- *Intervenir* en la formación o práctica de las pruebas durante el juicio oral, de acuerdo con el orden señalado en la audiencia preparatoria y en el capítulo III, título IV, libro III del CPP.

- *Interrogar y contrainterrogar* testigos durante la audiencia de juzgamiento.

2.4 Inmediación

Partiendo de su consagración constitucional en el *numeral 4 del artículo 250 de la C.P. (reformado por el Acto Legislativo 03 de 2002)* el legislador colombia- no ha querido darle cierta preeminencia al principio de inmediación en materia probatoria, al consagrarlo en el Código de Procedimiento Penal en un capítulo diferente del de *Disposiciones generales* relacionadas con los medios de prueba. En el título correspondiente a las reglas específicas para la audiencia oral de juzgamiento, presenta la inmediación así:

Artículo 379. Inmediación. El juez deberá tener en cuenta como pruebas únicamente las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia. La admisibilidad de la prueba de referencia es excepcional.

La garantía es clara y propia de un sistema acusatorio de juzgamiento: el juez fallador del caso debe haber estado presente durante el momento en que se formó la prueba y haber apreciado y controlado su controversia. Así el juez adquiere los medios de conocimiento necesarios para su convicción, de su fuente original y en su auténtica expresión. Por tal razón es perentoria la prohibición de comisionar a otro juez para que practique un determinado medio de prueba:

Artículo 16. Inmediación. En el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento. En ningún caso podrá comisionarse para la práctica de pruebas. Sin embargo, en las circunstancias excepcionalmente previstas en este código, podrá tenerse como prueba la producida e incorporada de forma anticipada durante la audiencia ante el juez de control de garantías.

De acuerdo con este artículo, ubicado dentro de los *Principios rectores y Garantías procesales*, el juez que debe inmediar la prueba es el *juez de conocimiento* o el juez de la audiencia oral de juzgamiento. Excepcionalmente, este juez puede fallar con base en medios de conocimiento de los cuales no tuvo la oportunidad de presenciar su formación y controversia, como es el caso de la prueba practicada de manera anticipada durante la fase de investigación, ante el *juez de control de garantías*. Pero la *prueba anticipada* no es sólo competencia de este juez, lo es también del mismo *juez de conocimiento*, cuando, durante la audiencia de formulación de la acusación o en la audiencia preparatoria al juicio oral, el juez de conocimiento la admite, y ordena su incorporación en el juicio mediante lectura u otro medio de reproducción.

2.5 Concentración

Se trata de un principio relativo a la forma como deben programarse, desarrollarse y, excepcionalmente, suspenderse las audiencias de juzgamiento. La regla general es que deben realizarse tantas audiencias continuas como sea necesario para garantizar que el juez concentre su actuación en un solo asunto y de manera constante, evitando así la dilación de los procedimientos y los fallos basados en práctica de pruebas y debates probatorios interrumpidos que conducen a perder el hilo de la controversia y dificultan la determinación de un conocimiento o convicción adecuado por parte del juez.

Es un principio muy arraigado en sede constitucional, ya que es nodal a la hora de la *garantía de debido proceso: "[…] Quien sea sindicado tiene derecho […] a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; […]" (art. 29, C.P.). En relación con la administración de justicia, dice: "[…] Las actuaciones serán públicas y permanentes […] Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado" (art. 228, C.P.).*

El CPP describe este principio así:

> *Artículo 17. Concentración. Durante la actuación procesal la práctica de pruebas y el debate deberán realizarse de manera continua, con preferencia en un mismo día; si ello no fuere posible se hará en días consecutivos, sin perjuicio de que el juez que dirija la audiencia excepcionalmente la suspenda por un término de treinta (30) días, si se presentan circunstancias especiales que lo justifiquen. En todo caso, el juez velará porque no surjan otras audiencias concurrentes, de modo que concentre su atención en un solo asunto.*

La posibilidad de suspender la audiencia de juicio oral también es regulada en el *artículo 454* de la misma obra, pero encontramos allí lo que parece ser una incongruencia normativa, ya que este artículo prescribe que la suspensión debe ser sólo por el tiempo que dure el fenómeno que ha motivado la suspensión. Tal artículo señala además que *"[…] 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, ésta se repetirá".*

En virtud de que el *artículo 17* consagra un principio rector de obligatoria aplicación en la interpretación de las demás normas legales, podemos concluir que la suspensión puede darse mientras subsistan *"situaciones sobrevinientes de manifiesta gravedad"*, pero nunca más allá de treinta (30) días. Sin embargo, si transcurrido el término el juez considera que se perjudicó su memoria para fallar, podría ordenar que se repita el juicio. Esto sin prever el problema de que el motivo de la suspensión sea relacionado con la presencia del propio juez, caso en el cual se menoscabaría el principio universal de los sistemas acusatorios, cual es la *identidad física del juez.*

En otro orden de ideas, algunos sectores de la academia nacional e internacional sostienen que este principio se refiere más a que las pruebas deben solicitarse, practicarse, introducirse y controvertirse en el juicio, o sea, *concentrar* la prueba en el juicio, a diferencia del sistema de la *Ley 600 de 2000*, que esti-

ma o tiene como prueba para efectos de la decisión, también la prueba practicada por el fiscal en la etapa de investigación.

Pensamos que el principio en comento tiene más relación con los conceptos de *celeridad, eficiencia y continuidad* de la actuación procesal, ya que son fundamentales para lograr la *efectividad* del órgano jurisdiccional en la aplicación de la ley penal. Este principio también tiene íntima relación con el de *oralidad*, tal como lo expresa el CPP: *Artículo 147. Celeridad y oralidad. En las audiencias que tengan lugar con ocasión de la persecución penal, las cuestiones que se debatan serán resueltas en la misma audiencia. Las personas allí presentes se consideran notificadas por el solo proferimiento oral de una decisión o providencia.*

2.6 Oralidad

El Acto Legislativo 03 de 2002 (artículo 2°) menciona expresamente que el juicio debe ser oral.

Aplicado a la prueba, permite que ésta se forme y manifieste con toda su eficacia al ser practicada y controvertida en forma oral en la *audiencia del juicio oral*; se constituye como un método efectivo para ofrecer, presentar, practicar, controvertir y valorar los medios de prueba, ya que permite una verdadera confrontación dialéctica entre las partes, en un escenario donde los intervinientes conocen y contradicen dinámicamente los medios de conocimiento.

> […] sirve para expresar el hecho, el aserto, la convicción que pasa fugazmente y que, una vez percibida por los jueces, no tendrá ya necesidad de repetirse, ni tendrá ya ningún control[7].
>
> Con la oralidad se logra controlar mejor la decisión del juez, y por ello será más difícil que él ceda a cualquier halago para dictar una sentencia en otro sentido, porque quedaría en evidencia[8].

La *oralidad* se materializa en las audiencias preliminares y de juzgamiento con la presentación y sustentación de las peticiones en forma oral, tomando decisiones oralmente, emitiendo y motivando el fallo en la audiencia y con las notificaciones en estrado.

El modelo de proceso por audiencias orales necesita medios técnicos que garanticen la dinámica y agilidad que requiere un proceso adversarial, en concreto, de equipos de grabación que permitan llevar un registro de la actuación oral, de acuerdo con lo normado en el artículo 146 del CPP. Así lo dispone también el *artículo 9° de los Principios rectores y Garantías procesales:*
Artículo 9. Oralidad. La actuación procesal será oral y en su realización se utilizarán los medios técnicos disponibles que permitan imprimirle mayor agilidad y fidelidad, sin perjuicio de conservar registro de lo acontecido. A estos efectos se dejará constancia de lo actuado.

2.7 Eficacia

La actividad probatoria, como fase esencial de la actuación procesal, debe ceñirse además a los postulados constitucionales que ordenan *"un debido proceso público sin dilaciones injustificadas" (art. 29, C.P.)*. Se trata de garantizar una administración de justicia pronta y cumplida, a través de actuaciones que permitan lograr los objetivos y fines del proceso penal. Para tal efecto, el juez está llamado a aprobar todos los acuerdos que realicen las partes para hacer

[7] Eugenio Florián, op. cit, P. 326.
[8] Jairo Parra Q., "Algunas reflexiones sobre los principios de la prueba", *en Estado actual de la justicia colombiana: bases para la discusión del nuevo sistema procesal penal colombiano*, Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia, 2003, P. 320.

más eficiente la práctica de la prueba y evitar la que sea repetitiva, superflua, innecesaria o la que llame al prejuicio.

La *eficacia* es el poder o potencialidad que ostentan nuestras actuaciones para lograr los resultados fijados. Las pruebas penales deben garantizar un fin último y fundamental, cual es llevar al conocimiento del juez, más allá de la duda razonable, los hechos y circunstancias materia del proceso. La actuación probatoria debe, por tanto, cumplir con las pautas dadas por el CPP:

> *Artículo 10. El juez podrá autorizar los acuerdos o estipulaciones a que lleguen las partes y que versen sobre aspectos en los cuales no haya controversia sustantiva, sin que implique renuncia de los derechos constitucionales.*

3. REGLAS DE PRUEBA

3.1 Concepto

Regularmente usamos indistintamente los términos *evidencia* y *prueba*. Les adjudicamos el mismo significado a efectos de señalar los diferentes medios de prueba y relacionamos evidencia con elementos materiales de prueba. *Evidencia* es el medio por el cual la afirmación que se hace de un hecho se puede probar, con lo cual se asimila a *medio de conocimiento*. *Prueba* es el resultado o efecto positivo de la valoración de los *medios de conocimiento*. [...] Cuando hablamos de evidencia nos referimos a todos los documentos, objetos o testimonios que se presentan en el tribunal, pero el resultado o efecto de toda la evidencia presentada y admitida se le conoce como la prueba[9].

El Código de Procedimiento Penal Colombiano en algunas ocasiones hace las mismas relaciones conceptuales de manera indistinta, pero en muchos apartes diferencia acertadamente estos términos. Haber introducido el término *elemento material de prueba* deja claro que es el que se debe utilizar para designar todos los objetos listados en el *artículo 275*. Queda claro también que éstos, junto con los *medios de prueba*, se denominan *medios de conocimiento (art. 382)*, que son el vehículo por medio del cual se puede probar un hecho. Se puede decir también que un *medio de conocimiento* es la herramienta a través de la cual el juez llega a un conocimiento cierto, más allá de la duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado *(art. 381, CPP)*. Los elementos materiales probatorios o evidencia son elementos de conocimiento pero no medios de prueba.

Las normas que regulan todo lo concerniente a la *prueba* suelen distinguirse como *reglas de evidencia* (Estados Unidos) o *reglas de derecho probatorio* (Puerto Rico). Al parecer, dada la manera como el CPP trata el tema, Colombia adoptará la expresión *reglas de prueba*.

Desde un punto de vista sistémico, podemos definir *las reglas de prueba* como el conjunto de normas que regulan la búsqueda, preparación, aseguramiento, ofrecimiento, presentación, introducción, práctica, controversia y valoración de medios de prueba y elementos materiales probatorios, con el fin de asegurar su autenticidad, pertinencia, admisibilidad y, en general, su confiabilidad para llevar al conocimiento del juez los hechos y la responsabilidad del procesado.

[9] Rafael A. Díaz D., *Evidencia criminal para el oficial de orden público*, 1 ed., Caguas, Puerto Rico, 2002, P. 2.

Desde una visión pragmática, "Deben garantizar una solución justa, rápida y económica a cualquier problema evidenciario. Su fin último es el descubrimiento de la verdad en todos los procedimientos judiciales" (Regla 102 Federal, Estados Unidos).

3.2 Funciones

Se dice de las reglas de prueba que:

> […] esta normativa tiene la importante función de reglamentar y controlar el acto de juicio mediante reglas sencillas que tienen el objetivo de garantizar la confiabilidad de la prueba presentada; excluir prueba que no tiene valor probatorio o que viola principios de política pública o constitucional; proteger los derechos de las partes, especialmente los acusados; evitar que el jurado se confunda o utilice criterios ajenos a la justicia para decidir los casos; y controlar el poder de los jueces para decidir los casos al establecer guías para la evaluación del valor probatorio de la evidencia. En fin, son reglas que determinan cuál es la prueba que debe llegar al juzgador de los hechos, sea el juez o el jurado, y pretenden garantizar la justicia en los procedimientos judiciales[10].

Sabemos que en países con tradición acusatoria las reglas de prueba se aplican tanto a los juicios con jurado, como a los procesos con juez de derecho. En la práctica son más frecuentes y numerosos aquéllos que éstos, razón por la cual las reglas de prueba se han desarrollado más a través de decisiones tomadas en juicios con jurado. Pero, ¿son aplicables en la misma medida y dimensión las reglas de prueba a estos dos tipos de juicios?

El juez de derecho es investido con plena competencia sobre el caso, asumiendo a la vez las funciones de juez y "jurado" para resolver las cuestiones de hecho y de derecho, en un debate donde los peligros de una valoración irrazonable y confusa de los medios de prueba pueden no ser relevantes, dada la presencia de un "técnico" en derecho. En este escenario parecen perder importancia las reglas de prueba, ya que el grado de conocimiento y destreza del juez de derecho hace de él un funcionario al que no parece oportuno imponerle reglas y límites para que conozca y valore el material probatorio, decidiendo inmediatamente las cuestiones relativas a la admisibilidad de los medios de prueba, pudiendo reservar dicha operación para el momento en que vaya a valorar la prueba en conjunto. Este juez es suficientemente ponderado y crítico, lo que haría innecesario que anticipara los resultados del análisis del material probatorio.

En el juicio con juez de derecho la atmósfera es seguramente menos dramática y sugestiva que en el juicio con jurado. Los intervinientes no despliegan plenamente las estrategias y tácticas persuasivas puesto que el juez, como es abogado, reconocería sin ninguna dificultad un

[10] Ibid., citando a Rolando Enmanuelli Jiménez, P. 2.

uso astuto e insinuante de las preguntas y objeciones en un testimonio, por ejemplo.

Por otro lado, la posibilidad de apelar las providencias interlocutorias y la sentencia, obliga al registro técnico de las actuaciones orales de las partes y las decisiones del juez, lo que implica necesariamente que se aplica- rán en forma rigurosamente las reglas de prueba en el juzgamiento, a efectos de poder probar la pretensión an- te el juez de la apelación, como por ejemplo que, como resultado de la inadmisibilidad de una prueba, se afec- tó el derecho de defensa y, por ende, el debido proceso.

El legislador colombiano ha optado por acoger una posición intermedia respecto de la aplicabilidad de las reglas de prueba en el juicio con juez de derecho, al consagrar sólo algunas reglas de prueba de países con tradición acusatoria, dejando las demás al desarrollo jurisprudencial que pueda tener el nuevo ordenamiento adjetivo.

4. ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA Y REGLAS DE EXCLUSIÓN

Las reglas de prueba están dirigidas fundamentalmente a regular lo que se puede o debe probar y cómo probar- lo. En otras palabras, *fuente*, *objeto* y *tema de prueba* son aspectos regulados por las reglas de prueba.

Fuente de prueba son las personas y cosas que existen en la realidad y antes del proceso, que tienen relación con los hechos que se investigan.

> El testigo (ser humano) y su conocimiento existen antes del proceso y son fuente de prueba; el testimonio, la declaración, se producen en el proceso y constituyen el medio de prueba...
>
> En la prueba pericial, la materia u objeto que se somete a la pericia o peritación constituye la fuente, que preexiste al proceso; el trabajo, los recorridos, la conceptualización, constituyen el medio[11].

Objeto de prueba no son los hechos, ya que éstos no se prueban, se conocen. Lo que se prueba son las afirmaciones de los hechos en relación con lo alegado por las partes. Lo que puede probarse en *sentido abstracto*, para acreditar la consecuencia jurídica pretendida por cada parte, son las afirmaciones sobre hechos de cualquier proceso penal, que pretenden demostrar fundamentalmente si la conducta delictiva existió y si el acusado es responsable como autor o partícipe.

Tema de prueba es el *objeto de prueba* en concreto, lo que debe probarse en el proceso concreto, para que el juez declare la consecuencia jurídica pedida por la parte. Son afirmaciones sobre acontecimientos y circunstancias concretas temporo-espaciales, que el derecho objetivo ha convertido en presupuesto de un efecto jurídico.

El concepto de *objeto de prueba* (en abstracto y en concreto) es fundamental para el estudio y aplicación de las reglas sobre admisibilidad y pertinencia de los medios de prueba. Se dice que:

> […] para que el objeto de prueba sea acogido y llevado al proceso necesita un requisito que lo pone frente a una notable limitación sustancial, es decir, que debe ser pertinente y concluyente (relevante) en relación con los fines del proceso en un caso concreto[12].

[11] Jairo Parra Q., op. cit., P. 317.
[12] Eugenio Florián, op. cit., P. 121.

4.1 Admisibilidad y pertinencia de la prueba

Se suele decir que todo medio de prueba admisible es pertinente, pero no todo medio de prueba pertinente es admisible. Veamos por qué:

De acuerdo con una interpretación sistemática de las normas probatorias del CPP, para decidir si un determinado medio de conocimiento puede o no entrar al deba- te probatorio (admisibilidad), el juez debe realizar el siguiente proceso de verificación:

- Legalidad. Lo primero que hace el juez es determinar la legalidad del medio de conocimiento ofrecido para admisión, y lo hace, confrontándolo con las garantías constitucionales del debido proceso *(arts. 28 y 29, C.P.)* y los derechos fundamentales, e incluso con los requisitos formales del medio establecidos en el código procesal.

- Pertinencia. Determinada la legalidad del medio de conocimiento, el juez verifica que dicho medio se refiere directa o indirectamente a la materia de que trata el proceso, de acuerdo con el *artículo 375 del CPP (pertinencia).*

- Confiabilidad. Determinada la *pertinencia* del medio de conocimiento, el juez debe cerciorarse de que el medio no deba ser excluido por poseer poca significación probatoria para apoyar la alegación de parte *(conducencia, suficiencia, relevancia)*, según los factores expresamente establecidos en la ley *(art. 376, CPP).*

- Conocimiento personal. El siguiente examen se hace para determinar si el testigo va a declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar o percibir *(art. 402, CPP).*

4.1.1 Legalidad

El análisis de legalidad suele hacerse, sobre todo, en los casos de ofrecimiento de elementos materiales de prueba recogidos en diligencias de registro y allanamiento, cuando pudieron haberse vulnerado los derechos constitucionales del debido proceso del acusado:

> *Artículo 28, C.P. Toda persona es libre.Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión ni arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.*
>
> *La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, para que éste* adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley […].

De alguna manera, el análisis comienza en etapas tempranas de la actuación procesal, cuando el juez de control de garantías realiza el control sobre la legalidad de un procedimiento, momento en el cual debe examinar no sólo el aspecto formal: orden escrita de autoridad judicial competente, formalidades legales y motivos previamente fundados en la ley, sino también los elementos de tipo sustancial que se refieren a los derechos fundamentales de la personas, cuya verificación es el objeto principal de la tarea del funcionario a cargo del control jurisdiccional de garantías en la etapa de investigación[13].

La suerte de los elementos materiales probatorios recogidos en esas diligencias depende directamente de ese análisis de *legalidad*, como lo dice la Corte Constitucional:

> Cabe señalar que la prueba no sólo se encuentra condicionada al cumplimiento de los requisitos de carácter formal para su aducción, que son los mismos a los que aludió el constituyente en el séptimo deba- te como requisitos de validez, sino además al cumplimiento de requisitos materiales que exigen que la prueba sea obtenida con pleno respeto de normas procesales y sustanciales de todo rango, examen inherente al control de garantías conforme se advierte lo que fue el trámite en primera vuelta[14].

Si el examen de legalidad no es satisfactorio, los elementos probatorios quedarán excluidos del debate oral.

En instancia de audiencia preparatoria, el estudio de la *legalidad* del elemento probatorio debe hacerse sobre esas pautas, pero sólo en el caso en que el medio de conocimiento no haya estado involucrado en una decisión de legalidad de procedimientos limitatorios de las garantías fundamentales y haya sido declarado ilegal. El juez de conocimiento debe excluir el medio de conocimiento, por ilegal, en virtud de lo dispuesto en el CPP.

4.1.1.1 Regla de exclusión de la prueba ilícita e ilegal

> *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.*
>
> *Artículo 360. Prueba ilegal. El juez excluirá la práctica o aducción de medios de prueba ilegales, incluyendo los que se han practicado, aducido o conseguido con violación de los requisitos formales previstos en este código.*

4.1.1.2 Excepciones

El hecho de que el medio de conocimiento sea producto de una actuación ilícita por parte del órgano persecutor no lo hace inadmisible *per se*. El legislador colombiano, al acoger la doctrina estadounidense del "Fruto del árbol ponzoñoso", estableció excepciones mediante las cuales la prueba derivada de los procedimientos ilícitos es admisible para el debate oral:

Artículo 455. Nulidad derivada de la prueba ilícita. Para 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.

[13] Sentencia C-1092/03, Corte Constitucional, M.P. Álvaro Tafur Galvis. Sentencia C-591 de 2005. M. P.: Clara Inés Vargas.
[14] Idem Supra.

• El vínculo atenuado. Entre el procedimiento ilegal y la obtención de la prueba de cargo existe un vínculo o nexo causal que se rompe o se atenúa por la existencia de determinadas circunstancias:

1. El tiempo transcurrido entre el incidente que desató la obtención y el momento en que se obtiene la evidencia.
2. La atmósfera total en que se desarrolla la obtención.
3. La calidad de la intervención estatal. Intervenciones de buena fe pueden romper el nexo causal.
4. Voluntariedad de la entrega de la evidencia, ya sea mediante consentimiento a un registro o allanamiento, o al ofrecer declaraciones incriminatorias.
5. Si el sospechoso fue advertido por un agente estatal sobre sus derechos a permanecer callado y a obtener asistencia de un letrado, incluso a tra- vés del Estado si fuera necesario, así como sobre el hecho de que las declaraciones prestadas se pueden usar en su contra.
6. En particular en relación con aceptación extrajudicial, el Tribunal Supremo de Puerto Rico expresamente determinó que la inadmisibilidad de una confesión como fruto del árbol ponzoñoso no impide la obtención de una subsiguiente cuando se ha roto la cadena de eventos, de tal forma que la segunda confesión es voluntaria y está libre de los defectos de la primera[15].

- La fuente independiente. La fuente (causa) directa de una obtención evidenciaria ilegal (efecto) es la actividad o procedimiento viciado. Puede existir una fuente (causa) independiente de ésta, que conduzca al mismo (efecto), lo cual hace admisible la obtención evidenciaria, si ésta es confiable. Veamos:

> […] se ha resuelto que una identificación extrajudicial o una confesión que sea producto de una intervención irrazonable puede ser admitida en evidencia si es confiable. De igual modo, evidencia obtenida en función de una orden librada con posterioridad a un allanamiento ilegal será admisible si se demuestra que la orden se fundamentó en información conocida con anterioridad e independientemente de la obtenida por medio de la intervención irrazonable[16].

- El descubrimiento inevitable. La prueba obtenida como resultado de un procedimiento ilegal puede ser usada en el juicio oral, cuando su obtención se hubiera verificado de todos modos en la eventualidad de un procedimiento legal. Su admisibilidad debe entonces fundamentarse en que no se podía evitar el hallazgo, dadas especiales circunstancias que concursan para permitir que el elemento probatorio esté allí y se llegue a él por caminos legales o ilegales.

4.1.2 Pertinencia

Tradicionalmente se verifica una diferencia entre *pertinencia* y *conducencia*. El *CPP* la mantiene, pero sólo da ubicación taxativa al concepto de *pertinencia (art. 375)*, dejando implícito el concepto de *conducencia*.

> *Artículo 375. Pertinencia. El elemento material probatorio y el medio de prueba deberán referirse, directa o indirectamente, a los hechos o circunstancias relativas a la comisión*

[15] Olga E. Resumil de S., , *Práctica jurídica de Puerto Rico, derecho procesal penal,* Tomo I, San Juan de Puerto Rico, Publishing Company, 1990, P. 307.
[16] Ibid., P. 309.

de la conducta delictiva y sus consecuencias, así como a la identidad o a la responsabilidad penal del acusado. También es pertinente cuando sólo sirve para hacer más probable o menos probable uno de los hechos o circunstancias mencionados, o se refiere a la credibilidad de un testigo o de un perito.

El concepto de *pertinencia* adoptado en el CPP da la posibilidad al juez de admitir prueba que se relacione *indirectamente* con los hechos o circunstancias relativas a la conducta delictiva y a la responsabilidad del acusado. La relación indirecta entre prueba y hecho puede ser aquella manifiesta, por ejemplo, en el caso de la *prueba indirecta, circunstancial* o *indiciaria*, que proporciona una premisa para una inferencia o raciocinio lógico, que nos lleva a los hechos.

Esta relación indirecta admisible es congruente con la posibilidad de admitir prueba que de una u otra mane- ra ofrezca *probabilidad* de existencia de hechos y circunstancias que interesen al proceso, como sería el caso de una prueba pericial que ayude a probar el dicho de un testigo sobre las circunstancias materiales (visibilidad) en que percibió un homicidio, por ejemplo. Igualmente, es posible admitir prueba que, sin estar relacionada directamente con los hechos o circunstancias, afirme o refute la credibilidad de un testigo. Así lo dispone también la regla 18A del Código de Evidencias de Puerto Rico:

> Evidencia pertinente es aquella tendiente a hacer la existencia de un hecho más probable o menos probable de lo que sería sin tal evidencia; dicho hecho debe, a su vez, referirse a una cuestión en controversia o a la credibilidad de algún testigo o declarante.

Prueba no pertinente puede ser también aquella que no logra ser *autenticada* e *identificada*. Al respecto se dice:

> La autenticación e identificación de la prueba es el proceso por el cual una parte presenta evidencia suficiente para sostener que la materia en cuestión es lo que la parte proponente sostiene en la afirmativa que es. Un ejemplo de lo anterior es cuando encuentran un cadáver apuñalado y junto a él, un cuchillo cubierto de sangre. Cuando el fiscal pretenda presentar dicho cuchillo como evidencia, tiene que establecer que ese cuchillo fue el que realmente se utilizó para asesinar a la víctima. Si no se tratare del cuchillo con que se dio muerte a la víctima, el mismo no será pertinente a la controversia, y por tanto, inadmisible en evidencia. Es decir, habrá que autenticar e identificar dicho cuchillo para que pueda ser admitido en evidencia. Es decir, habrá que probarle al tribunal que dicho cuchillo presentado en evidencia es el que realmente se encontró junto al cadáver[17].

4.1.3 Confiabilidad

Habiendo determinado la pertinencia del medio de conocimiento, el juez debe verificar que el medio no deba ser excluido cuando su valor probatorio no compensa el potencial de error, confusión o dilación que entraña admitirlo, de acuerdo con los factores legales de exclusión.

4.1.3.1 Regla de exclusión de prueba pertinente

Artículo 376. Admisibilidad. Toda prueba perti-

[17] Rafael A. Díaz D., op. cit. P. 232.

nente es admisible, salvo en alguno de los siguientes casos:

a) Que exista peligro de causar grave perjuicio indebido.

b) Probabilidad de que genere confusión en lugar de mayor claridad al asunto, o exhiba escaso valor probatorio, y

c) Que sea injustamente dilatoria del procedimiento.

Estos casos hacen referencia a la inadmisibilidad de la prueba por *inconducencia*, y se relacionan con algunos de los que trae la regla 19 del Código de Evidencias de Puerto Rico, que además considera los casos de "desorientación del jurado" (19C), e "innecesaria presentación de prueba acumulativa".

La doctrina puertorriqueña ha dicho que el "peligro de causar perjuicio indebido", la "probabilidad de confusión" y "la desorientación del jurado", son casos de inadmisión de la prueba por razones de protección de la integridad de la decisión de un jurado. Dicen que los casos de "dilación de los procedimientos" e "innecesaria presentación de prueba acumulativa" son prescripciones que protegen los procedimientos de efectos dañinos frente al juez de derecho.

El legislador colombiano, al traer estos institutos a nuestro ordenamiento legal, parece no haber hecho las mismas consideraciones, ya que, habiendo decidido no incluir al jurado en el proceso penal, sin embargo trajo la prescripción del "perjuicio indebido", atribuible más que todo a un juez de conciencia, que no tiene la capacidad de controlar "técnicamente" la conducencia de la prueba.

La posibilidad de que la prueba cause *perjuicio indebido* es latente en todo proceso acusatorio de juzgamiento, ya que frecuentemente las partes acuden a los sentimientos y emociones para persuadir al juzgador. Es el caso de la exhibición de fotografías que muestran situaciones impactantes y desagradables relacionadas con el caso, para propiciar una decisión judicial movida por sentimientos de consideración, pudor, venganza, etc. Ésta debe ser una limitante a la admisibilidad, ya que tanto un jurado como un juez de derecho están propensos a sufrir tal efecto.

Lo mismo se puede decir de la prueba que pretenda o pueda causar *confusión* en el juez, ya que el juzgador puede ser confundido por un medio de conocimiento que posea elementos de carácter científico o técnico, que en lugar de dar "mayor claridad al asunto", lo que haga sea desorientar al juez.

La posibilidad de que el medio "exhiba escaso valor probatorio" es una circunstancia que debe ser predicable de cualquier proceso de razonamiento que pretenda determinar la conducencia del medio, valoración o balance que debe hacerse también sobre las otras circunstancias que trae el *artículo 376*, relativas a las excepciones a la admisibilidad de la prueba pertinente.

Que la prueba sea "injustamente dilatoria" es una circunstancia explicable, ya que no puede ser confiable una prueba ofrecida al amparo de maniobras oscuras para evitar que el juzgamiento avance. Debe ser *injusta* la maniobra probatoria, porque puede presentarse el caso de medios de prueba que se aducen para remediar o sanear un procedimiento que a la postre resultará nu- lo, por ejemplo.

4.1.4 Conocimiento personal

El otro examen clave de admisibilidad es el relacionado con el *conocimiento personal y directo* que debe tener el órgano de prueba sobre los hechos que declara. Los testimonios de oídas están proscritos del debate probatorio. Por vía de excepción, los únicos testigos que pueden deponer sobre hechos que no han percibido directamen- te son los testigos de referencia.

4.1.4.1 Regla de exclusión de la prueba de referencia

La regla de exclusión relativa a la *prueba de referencia* es quizás la más usada en los sistemas acusatorios con larga tradición adversarial, no sin denotar que ostenta un grado de complejidad sobresaliente. Se ha desarrollado a través de múltiples antecedentes judiciales, los cuales han proporcionado infinidad de situaciones excepcionales, hoy regladas, que describen los casos en que esta prueba es admisible en los debates penales.

La regla general es que la *prueba de referencia* no es admisible. Excepcionalmente lo es.

El legislador colombiano ha adoptado de manera senci- lla esta "modalidad" de prueba, asumiendo elementos en su definición muy cercanos a nuestra cultura jurídi- ca. El CPP la define así:

> *Artículo 437. 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, cuando no sea posible practicarla en el juicio.*

Lo primero que hay que precisar es qué entendemos por *declaración*, siendo ésta una "manifestación o explicación de lo que otro u otros dudan o ignoran"[18]. Así, se trata de la manifestación de un testigo, expresada en una oración o proposición que afirma o niega algo. No se trata, pues, de la tradicional declaración que hace un testigo ante un tribunal, sino de una *aseveración*[19], que puede ser oral o escrita, o puede darse también de manera implícita a través de una conducta no verbalizada, como una mueca, un gesto o un ademán. En resumen, oraciones que *afirmen, aseguren o nieguen* algo pueden tomarse como *declaraciones* para efectos de la prueba de referencia, sólo si quien las hace quiere que se tomen como tales.

Oraciones como "Raúl mató a Juan", "Usted es un corrupto", "Carlos cometió el delito, no fue Pedro", son declaraciones que afirman algo respecto de la comisión de un delito o de la participación en el mismo. Tales declaraciones constituyen prueba de referencia, si la intención de quien las ofrece es establecer que es o no cierto el contenido de la *declaración* referida en el juicio por otro testigo que la escuchó del declarante. No puede ser de otra manera, ya que si lo que se intenta probar es una cosa distinta del contenido de la aseveración hecha con fines de *declaración*, y considerando que ésta no está sometida al derecho de contradicción de la parte afectada, y que excepcionalmente sería admisible, se estaría menoscabando aún más la garantía constitucional de controversia probatoria, acerca de un hecho que se probaría sólo con la declaración. Veamos dos ejemplos:

[18] *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española,* 21 ed., Madrid, España 1992, P. 667.
[19] Regla 60A de Puerto Rico.

> […] Supóngase que A le dice "pillo" a B, y acto seguido B lo golpea. En el proceso por agresión contra B, la prueba de que A le dijo "pillo" no sería prueba de referencia si la ofrece para probar el estado mental que le causó el oír esa ofensa y no para demostrar que la declaración es cierta o no.
>
> Igual situación ocurre cuando se ofrece prueba de que un policía respondió a determinada llamada por radioteléfono, con base en la cual realizó un arresto. La prueba sobre la aseveración que escuchó el policía no constituye prueba de referencia cuando se ofrece para probar el porqué de la presencia del policía en el lugar de los hechos[20].

Vale la pena señalar que la exigencia de que la *declaración* deba usarse sólo para establecer veracidad o falsedad de lo dicho por el declarante no está explícitamente consagrada en la regla del artículo 437 del CPP. Allí se estipula el propósito debe ser "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, […]". Sin embargo, las categorías allí descritas responden a aspectos sustanciales de la comisión de un delito o de la participación en el mismo, que, en una u otra forma, están inmersos en toda declaración que se haga con fines de esclarecimiento y juzgamiento de un delito.

Como es lógico en este contexto normativo, la *declaración* debe haberse producido por fuera del juicio oral, ya que si se hace en él, constituye una prueba testimonial directa sujeta a las reglas de contradicción debidas. De aquí que la principal razón para su exclusión del debate probatorio es que no permite el ejercicio del derecho de contradicción, garantizado a la parte contra la cual se ofrece *confrontar* al *declarante*, a efectos de quitarle credibilidad en cuanto a su percepción, proceso de evocación, narración y sinceridad.

Tenemos entonces que la *prueba de referencia* es una declaración hecha con anterioridad al juicio oral, traída a él por un testigo que la escuchó de boca de su emisor, a través de medios escritos (informales o en documento bajo la gravedad del juramento), sonoros, visuales, gestuales (asentir con la cabeza, por ejemplo), con el objeto de probar que lo que refiere el testigo presente en el juicio es verdadero o falso. Este ejemplo es esclarecedor:

PEDRO oyó a ERNESTO decir que RAÚL mató a JUAN. Donde el declarante ausente en el juicio es ERNESTO, el medio de prueba es el testimonio de PEDRO y la aseveración que hay que probar es que "RAÚL mató a JUAN"[21].

Otros ejemplos de prueba de referencia pueden ser:
PEDRO testifica que le escucha a CARLOS decir: "El semáforo estaba en rojo" o JUAN escucha a JOSÉ decir "El carro era azul".

Se trata de una regla de exclusión, por lo que ordena al juzgador no admitir la prueba de referencia. En el derecho puertorriqueño:

> La regla de exclusión de prueba de referencia está sujeta a tantas excepciones que el manejo de la admisibilidad de prueba de referencia se ha hecho

[20] VELEZ R., Enrique Vélez R., San Juan de Puerto Rico, Fundación para el Estudio y Repaso del Derecho, Inc., Derecho de la prueba, 2003, P. 85.
[21] CHIESA Ernesto L. Chiesa A., *Derecho procesal de Puerto Rico y Estados Unidos*, tomo III, San Juan, FORUM, 1995, P. 340.

ciertamente difícil. "Nuestras reglas de evidencia reconocen más de treinta (30) excepciones, sin contar las cláusulas abiertas y residuales"[22].

4.1.4.2 Excepciones

De acuerdo con la doctrina y jurisprudencia estadounidense y puertorriqueña, los factores que justifican la admisión de esta prueba son:

> (i) que no hay lesión significativa al derecho de confrontación de la parte contra la cual se admite la prueba de referencia.
> (ii) el elemento de necesidad en cuanto a que el declarante no está disponible para testificar en el juicio o vista en que se ofrece prueba de referencia, y
> (iii) garantías circunstanciales de confiabilidad que pueda tener la declaración[23].

En Colombia se optó por tener en cuenta sólo el factor de *no disponibilidad del declarante* para hacer la misma declaración en el juicio. Tal factor se advierte en el CPP:

> *Artículo 438. Admisión excepcional de la prueba de referencia. Únicamente es admisible la prueba de referencia cuando 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.

Aquí, el concepto de *no disponibilidad* del testigo está consagrado en los literales b), c) y d), mientras que el mismo concepto, pero referido a la no disponibilidad del testimonio, está en el literal a).

A este respecto, se conocen en derecho comparado dos circunstancias más de excepción, no incluidas en el texto anterior:

> 1. Está exento o impedido de declarar por razón de un privilegio reconocido en esta regla en relación con el asunto u objeto de su declaración.
> 2. Insiste en no declarar a pesar de orden del tribunal para que declare […][24]

El primer caso puede presentarse cuando se pretende ofrecer una declaración de referencia de quien es esposo de la acusada y contra ella, sobre una aseveración hecha por el declarante, referida a algo que, bajo confidencialidad, le dijo la acusada.

El segundo caso se puede presentar cuando el declarante de referencia se niega a dar de nuevo su declaración frente al juez del debate y frente a la parte contraria.

4.2 Determinaciones preliminares de admisibilidad

Cuando a la parte opositora le es evidente la ilegalidad de algún medio probatorio anterior al juicio[25], lo cuestiona en la audiencia preparatoria mediante la solicitud de exclusión del mismo. Para efectos de notificación y debida preparación, el juez ha de insistir en que

[22] Ibid., P. 343.

[23] Chiesa A., *Tratado de derecho probatorio,* tomo II, San Juan de Puerto Rico, Publicaciones JTS, 2003, P. 652.

[24] Regla 64A, Código de Evidencias de Puerto Rico.

[25] La tendencia en Colombia es a permitir que la defensa solicite la exclusión de la prueba ilícita en la audiencia preliminar o en la preparatoria. Si el ministerio público puede o no actuar en esta forma, es cuestión abierta en este momento. Por las razones enunciadas es factible argumentar que, para cumplir con sus facultades, puede hacer tales solicitudes.

el solicitante haga la solicitud en forma escrita, fundamentándola brevemente, antes de la audiencia. Si hay necesidad de citación de testigos o peritos, se debe puntualizar la misma y pedir que sean citados a la audiencia. Esto permitirá que el proponente, generalmente el fiscal, prepare su respuesta. Además permitirá que se citen a audiencia para efectos de declarar, a los testigos necesarios. Por ejemplo, si se alega falsedad en la fundamentación de algún registro domiciliario sin orden del fiscal, hecho con base en el supuesto consentimiento del imputado. En este caso, ¿cómo se demuestra si hubo o no consentimiento real frente a coacción? Por la declaración de los que lo recibieron y del que lo dio. Esto garantiza la inmediación y la publicidad, además de cumplir con el principio de contradicción.

De todo esto surge el concepto de "audiencias probatorias", en el sentido de que existe alguna controversia que no tiene que ver directamente con los fines del juicio, pero que es conveniente resolver con anticipación.

Tales exámenes preliminares pueden ser también sobre la capacidad de una persona para ser testigo, la existen- cia de un privilegio, o la impugnación de testigos.

4.2.1 Capacidad testimonial

El juez debe examinar si el órgano de prueba cumple con los requisitos mínimos para ser testigo:

- Puede comunicarse de manera que se le puede entender.
- Comprende su obligación de decir la verdad y sus consecuencias.

Ante una oposición para que el testigo declare en el debate oral, el juez puede ordenar que tales condiciones sean confirmadas por peritos expertos en el asunto, para lo que los llamará y los escuchará sobre su dicho técnico, luego de lo cual decidirá si admite o no la prueba, antes del examen de admisibilidad planteado anteriormente (legalidad, pertinencia, confiabilidad y conocimiento personal).

> Si el juez decide que el testigo tiene capacidad para testificar, se recibe su testimonio sin perjuicio de que la parte adversa inquiera en contrainterrogatorio sobre las mismas limitaciones que resultaron insuficientes para declarar al testigo incompetente, pues esto ayuda al juzgador a estimar el valor probatorio del testimonio[26].

4.2.2 Existencia de un privilegio

En el evento de que aparezca la posibilidad de que el órgano de prueba esté amparado por un privilegio, ante una oposición el juez debe verificar que se satisfacen los requisitos establecidos en la norma que crea el privilegio.

En cuanto al privilegio de *no autoincriminación*, revisará la norma del *artículo 33 de la C.P. y el artículo 8° del CPP:*

> *En desarrollo de la actuación, una vez adquirida la condición de imputado, éste tendrá derecho, en plena igualdad respecto del órgano de persecución penal, en lo que aplica a:*
>
> *[…]*
>
> *b) No autoincriminarse ni incriminar a su cónyuge, compañero permanente o parientes...*

En cuanto al privilegio relacionado con su condición de imputado, aplican:

> *[…]*

[26] CHIESA Ernesto, Op. Cit. Tomo II, Pg. 1204.

a) No ser obligado a declarar contra sí mismo ni en contra de su cónyuge, compañero permanente o parientes...

c) No se utilice el silencio en su contra.

e) No se utilice en su contra el contenido de las conversaciones tendientes a lograr un acuerdo para la declaración de responsabilidad en cualquiera de sus formas o de un método alternativo de solución de conflictos, si no llegaren a perfeccionarse.

Debemos distinguir entre el derecho a no declarar y la obligación de no hacerlo en virtud de un privilegio. La Constitución otorga a toda persona el derecho a no declarar contra sí misma o parientes. Este derecho es renunciable por la persona a quien la ley se lo otorga.

Por otra parte, la ley impone a ciertas personas que ejercen una profesión que implica confidencialidad y reserva de la información recibida el no revelarla si no son autorizadas para ello por quien les confió la información en virtud y con ocasión de esa calidad, ya que la información que han recibido no es la ordinaria de cualquier persona sino privilegiada por la relación de vínculo, cargo o función y la relación con quien se la suministra (el privilegio pertenece al dueño de la información y no al recepcionista de la misma, ya que la recibió para un fin específico y no para revelarla).

Si el esposo le confía a su mujer que mató a una persona, ésta no puede revelar la información si el esposo no se la autoriza, ya que la información que conoció lo fue en virtud de la confidencialidad de la unión. Si una mujer ve a su esposo matar a una persona, puede renunciar al dere- cho de no declarar, sin que para ello requiera permiso del marido, ya que la información que obtuvo no fue en razón de la relación sino de la ocasión u oportunidad de percibir un hecho que habría podido percibir cualquier persona.

4.2.2.1 Regla de exclusión relativa a privilegios

Artículo 385. Excepciones constitucionales. Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañera o compañero permanente o parientes...

[…] Son casos de excepción al deber de declarar, las relaciones de:

a) Abogado con su cliente;
b) Médico / paciente;
c) Psiquiatra / psicólogo / terapista / consejero 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.

4.2.2.2 Excepciones

Artículo 385. Excepciones constitucionales. […] quien podrá renunciar a ese derecho. Artículo 8. Defensa. […] l) Renunciar a los derechos contemplados en los literales b) y k), siempre y cuando se trate de una manifestación libre, consciente, voluntaria y debidamente informada. […]

4.2.3 Impugnación de testigos

El ofrecimiento de prueba que busca la impugnación de testigos es objeto también de determinación preliminar de admisibilidad, lo cual hace el juez considerando los siguientes factores señalados en la ley:

Artículo 403. Impugnación de la credibilidad del testigo. La impugnación tiene como única finalidad cuestionar ante el juez la credibilidad del testimonio, con relación a los siguientes aspectos:

1. Naturaleza inverosímil o increíble del testimonio.

2. Capacidad del testigo para percibir, recordar o comunicar cualquier asunto sobre la declaración.

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

4. 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. Carácter o patrón de conducta del testigo en cuanto a la mendacidad.

6. Contradicciones en el contenido de la declaración.

4.3 Estipulaciones probatorias

De acuerdo con el principio rector relacionado con la actuación procesal *(art. 10, CPP)*, "El juez podrá autorizar los acuerdos o estipulaciones a que lleguen las partes y que versen sobre aspectos en los cuales no haya controversia sustantiva, sin que implique renuncia de los derechos constitucionales".

De conformidad con el nuevo código procesal, *"Se entiende por estipulaciones probatorias los acuerdos celebrados entre la Fiscalía y la defensa para aceptar como probados alguno o algunos de los hechos y sus circunstancias" (art. 356, par. CPP).*

4.3.1 Escenarios para estipular

El escenario natural para que las partes lleguen a acuerdos sobre pruebas pertinentes es la audiencia preparatoria, ya que allí se planifica el desarrollo del juicio oral y se toman decisiones a efectos de garantizar la efectividad del procedimiento.

En este sentido, las estipulaciones benefician a las partes porque pueden tener como probados hechos y avanzar en la realización de su teoría del caso, así como también tomar un hecho como probado y argumentar la conclusión en su alegato de parte.

El abogado siempre debe pensar si le conviene la estipulación y tener muy claro su alcance. Al juez le garantiza materializar el principio de eficacia de la actuación procesal, dándole un medio de convicción sobre el cual fundamentar su fallo.

Ejemplos de estipulaciones en este escenario pueden ser:

La Fiscalía y la defensa acuerdan:

- *Que de haber declarado en juicio el señor Jaime Castro, lo habría hecho según aparece en el informe de la entrevista efectuada por el investigador Baretta el 12 de septiembre (anexa declaración ante el investigador).*

- *Que se tiene como probado que el señor Durán, el acusado, es ambidiestro.*

- *Que la sustancia incautada en la casa del acusado es cocaína, según informe pericial.*

- *Que el plano que hizo el planimetrista José Rodríguez, del CTI, representa fielmente la escena de los hechos.*

• *Que no hay controversia sobre la causa de la muerte del señor XX y que la misma es la consignada en el informe del médico legista, Dr. YY.*

En la audiencia de formulación de la acusación pueden presentarse también los acuerdos probatorios, ya que allí las partes asisten al *descubrimiento de la prueba*, con lo cual conocen y analizan los medios que se harán valer en el juicio y, consecuentemente, pueden estipular según su teoría del caso; no obstante, estos acuerdos se presentan al juez en la audiencia preparatoria, para que revise que no violan derechos fundamentales y los admita para ser introducidos en el juicio.

En la audiencia de juicio oral es posible también hacer estipulaciones probatorias, tales como:

F. *"La Fiscalía llama al cabo José Cortés".*
D. *"La Fiscalía planea llamar a todos los miembros de la compañía de fusileros para que atestigüen".* F. *"Es testimonio relevante, ya que la misma defensa pretende desvirtuar que se impartió una orden".* D. *"La defensa está dispuesta a conceder que los 22 testigos dirán lo mismo que dijo el testigo Carlos Suárez, que acaba de rendir su testimonio, si la Fiscalía acuerda que ninguno de ellos estuvo con los acusados el 16 de septiembre".*
F. *"La Fiscalía acepta".*

4.3.2 Alcances de la estipulación

Cabe destacar que las estipulaciones probatorias dan como probado un hecho o circunstancia, y que la parte se acoge a lo estipulado, pero esto no implica que le estén vedados el análisis y las sugerencias de valoración de lo probado, así como tampoco cuestionar de conclusión la credibilidad del testigo cuya declaración originó la estipulación.

5. REGLAS SOBRE LA ACTIVIDAD PROBATORIA

En un sistema de partes, corresponde a cada una de ellas probar el supuesto de hecho de la norma que invoca para sustentar su pretensión. En este sentido, las partes deben buscar, ubicar, identificar, hacer analizar, preparar, custodiar, ofrecer, presentar, el medio de conocimiento o información.

5.1 Búsqueda y preparación de la prueba

En la búsqueda y preparación de la prueba se deben respetar los derechos fundamentales, las garantías constitucionales y las formalidades legales. Algunas actividades de búsqueda de la prueba son:

- Entrevistas *(art. 206, CPP).*
- Programa metodológico *(art. 207, CPP).*
- Inspección del lugar del hecho *(art. 213, CPP).*
- Inspección de cadáver *(art. 214, CPP).*
- Registros y allanamientos *(arts. 219 - 232, CPP).*
- Retención de correspondencia *(arts. 233, 234, CPP).*
- Interceptación de comunicaciones y similares *(art. 235, CPP).*
- Recuperación de información de internet *(art. 236, CPP).*
- Vigilancia y seguimiento de personas *(art. 239, CPP).*
- Vigilancia de cosas *(art. 240, CPP).*
- Análisis e infiltración de organización criminal *(art. 241, CPP).*
- Actuación de agentes encubiertos *(art. 242, CPP).*
- Entrega vigilada *(art. 243, CPP).*
- Búsqueda selectiva de bases de datos *(art. 244, CPP).*
- Exámenes de ADN *(art. 245, CPP).*

- Inspección corporal *(art. 247, CPP).*
- Registro personal *(art. 248, CPP).*
- Obtención de muestras *(art. 249, CPP).*
- Métodos de identificación *(arts. 251 - 253, CPP).*

5.2 Aseguramiento de la prueba

El garantizar la autenticidad o mismidad y, por tanto, la fiabilidad del elemento material de prueba o del medio de prueba no sólo es responsabilidad de la Fiscalía, sino es una obligación de cualquier parte o interviniente que pretenda hacer valer un medio de conocimiento en juicio. Esto implica realizar en forma técnica o empírica (cadena de custodia) todos los procedimientos que aseguren la autenticidad o mismidad del medio, durante la búsqueda, ubicación, fijación, identificación, recolección, embalaje, preparación, custodia y traslado, y que durante los tiempos transcurridos entre la ubicación y el ofrecimiento y posterior presentación, éstos estén bajo control de una persona autorizada y no se produzca su alteración o suplantación. El CPP dispone:

> *Artículo 216. Aseguramiento y custodia. Cada elemento material probatorio recogido en alguna de las inspecciones reguladas en los artículos anteriores será asegurado, embalado y custodiado para evitar la suplantación o la alteración del mismo. Ello se hará observando las reglas de cadena de custodia.*

5.3 Ofrecimiento de la prueba

El medio de prueba lo tiene que ofrecer la parte que pretenda hacerlo valer en juicio. No podrá decretarse de oficio. Si un medio de prueba se va a utilizar para probar un hecho o varios hechos que interesan a las dos partes, ambas lo deben ofrecer. Por excepción, aunque el ministerio público no es parte, si considera que un medio de prueba no ofrecido por las partes es esencial para el proceso, debe no sólo solicitar que se decrete, sino proponerlo. Es muy importan- te que las partes ofrezcan el medio de prueba, así posteriormente no lo vayan a usar en la audiencia oral. Es mejor tenerlo y no utilizarlo, que necesitarlo y no poder usarlo (siempre ofrecer al investigador).

El ofrecimiento debe hacerse durante la audiencia preparatoria. Las partes y el ministerio público, por excepción y otros intervinientes (audiencia de incidente de reparación integral), pueden ofrecer libremente cualquier medio de prueba lícito. Los elementos materiales de prueba se ofrecen con el objeto de exhibirlos durante la audiencia oral.

La prueba anticipada también debe ofrecerse durante la audiencia preparatoria por la parte que solicitó su práctica y que desea hacerla valer en juicio. Se ofrece para introducirla en la audiencia del juicio oral. Si no se ofrece o no se introduce en la audiencia, así ya esté practicada con todos los requisitos de prueba en juicio, por el principio de concentración el juez no la podrá valorar.

El único medio de prueba que no hay necesidad de ofrecer en la audiencia preparatoria es la declaración del acusado, ya que éste puede renunciar a su derecho a guardar silencio en cualquier momento antes de que finalice la etapa probatoria del juicio.

5.4 Presentación de la prueba

Quien ofrece un elemento material de prueba debe presentarlo en la audiencia oral. Esto implica introducirlo a través del órgano de prueba que tenga capacidad para testificar sobre su autenticidad y relación con los hechos objeto del debate.

Con respecto a los testigos y peritos, debe establecerse la base o el fundamento para su declaración. Tiene conocimiento directo o indirecto de los hechos por haberlos visto, oído, palpado, custodiado, analizado.

Si se quieren presentar documentos en la audiencia oral, éstos se deben leer y exhibir mediante el órgano de prueba por el cual se introducen.

La evidencia demostrativa ilustrativa se presenta o exhi- be a través de cualquier medio manual o técnico cono- cido previamente por los intervinientes (carteleras, ma- pas, diagramas, fotografías, Power Point, 3D), de tal forma que pueda conocerse y entenderse. Si se requiere, un experto lo debe explicar.

Durante la presentación del medio de prueba, la parte debe enfocarse en lo que el medio le aporta a su teoría del caso, en los hechos o circunstancias que puede establecer, demostrar, adjudicar o refutar, a través de ese medio de prueba.

5.5 Práctica de la prueba

También denominada *formación de la prueba*, la práctica de ésta es la etapa crucial de toda la actuación procesal, ya que aquí es donde se materializan todos los principios del sistema acusatorio. Los testigos son interrogados y contrainterrogados, se autentican e identifican medios de prueba, se incorporan elementos materiales probatorios, etc. La práctica de cada medio probatorio está regulada en varias partes de un mismo capítulo por el CPP:

- Reglas generales para la prueba testimonial *(arts. 382 - 404, CPP).*
- Prueba pericial *(arts. 405 - 423, CPP).*
- Prueba documental *(arts. 424 - 434, CPP).*
- Reglas relativas a la inspección *(arts. 435 y 436, CPP).*
- Reglas relativas a la prueba de referencia *(arts. 437 - 441, CPP).*

5.6 Controversia de la prueba

Más que el derecho de controversia, que es inherente al sistema acusatorio y se desarrolla tanto en la fase procesal como en la preprocesal, frente a la prueba se debe dar el contradictorio: las partes tienen derecho a controvertir los medios de prueba y los elementos materiales probatorios presentados en el juicio por la otra parte, y los que se practiquen por fuera de la audiencia oral como prueba anticipada. Esto implica el derecho a conocer con antelación el medio de prueba y, tratándose de testigos, sus declaraciones previas.

5.7 Valoración de la prueba

El juez deberá evaluar en conjunto los medios de conocimiento practicados y controvertidos en su pre-

sencia, a efectos de determinar los hechos que han quedado establecidos, demostrados o adjudicados, con sujeción a las normas relativas a cada medio de conocimiento.

De acuerdo con esto, el juez determinará qué hechos han quedado establecidos, demostrados o adjudicados, teniendo en cuenta las normas relativas a la prueba testimonial, pericial, documental, inspección y prueba de referencia. Nunca se podrá dictar una sentencia condenatoria basada únicamente en prueba de referencia.

La valoración de los medios de conocimiento por parte del juez debe hacerse teniendo en cuenta su legalidad, autenticidad, el cumplimiento de los procedimientos de cadena de custodia (técnicos y empíricos), y el grado de aceptación científica, técnica o artística de los principios en que se fundamenta.

5.7.1 Criterios de valoración del testimonio *(art. 404, CPP)*

1. Principios técnico-científicos sobre la percepción y la memoria.
2. Naturaleza del objeto percibido.
3. Estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción.
4. Las circunstancias del lugar, tiempo y modo en que se percibió.
5. Los procesos de rememoración.
6. El comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio.
7. La forma de sus respuestas.
8. Su personalidad.

5.7.2 Criterios de valoración de la prueba pericial *(art. 420, CPP)*

1. Idoneidad técnico-científica y moral del perito.
2. Claridad y exactitud de sus respuestas.
3. Comportamiento al responder.
4. Grado de aceptación de los principios científicos, técnicos o artísticos en que se apoya el perito.
5. Instrumentos utilizados.
6. Consistencia del conjunto de respuestas.

5.7.3 Criterios de valoración de la prueba documental *(art. 432, CPP)*

1. Que no haya sido alterado ni en su forma ni en su contenido.
2. Que permita obtener un conocimiento claro y preciso del hecho, declaración o atestación de verdad, que constituye su contenido.
3. Que dicho contenido sea conforme con lo que ocurre ordinariamente.

Segunda parte

Primera unidad

Audiencias preliminares y de preclusión

Sumario

1. Aspectos generales. 2. Clases de audiencias preliminares.
3. Estructura básica de las audiencias preliminares. 4. Audiencia de preclusión.

1. ASPECTOS GENERALES

1.1 Naturaleza de las audiencias preliminares

Según el Código de Procedimiento Penal, el cual res- ponde a la estructura y los principios orientadores de un sistema acusatorio que establece el juicio como fa- se única del proceso, y una fase preprocesal o preparatoria que tiene por objeto ubicar, fijar, identificar, preparar y asegurar los medios de conocimiento y elementos materiales de prueba que se presentarán en el juicio o que fundamenten alguna otra decisión conclusiva de la investigación, cualquier actuación o diligencia desarrollada durante la indagación o investigación que restrinja un derecho fundamental del investigado o de otro interviniente debe ordenarse, revisarse o adoptarse por un juez, en audiencia oral, donde el funcionario resolverá sobre su ajuste a la Constitución y la ley de acuerdo con los fundamentos fácticos y jurídicos presentados por el requirente.

En términos generales, las afectaciones de derechos fundamentales dentro del curso de una indagación o investigación penal las debe ordenar un juez. No obstante, con base en las facultades -algunas de carácter judicial y otras propias de la actividad investigativa- que la Constitución Política ha reservado para la Fiscalía, este control de garantías por regla general se realiza posteriormente en un término de 36 horas, contados, en algunos casos, a partir de la orden que haya dado la Fiscalía, y en otras ocasiones contados a partir del momento en que se cumplió el objeto de la orden.

1.2 Características comunes

1. Son tramitadas por el juez de garantías.
2. Se pueden realizar durante la fase de indagación o de investigación y por excepción durante el juicio (solicitud de captura o de medida de aseguramiento).
3. La actuación del juez no es oficiosa sino rogada. La audiencia se lleva a cabo por requerimiento de una de las partes intervinientes o del ministerio público.
4. Se garantiza el derecho de controversia de la otra parte, pero no es un minijuicio ya que las actuaciones realizadas (interrogatorios y contrainterrogatorios) no tienen valor de prueba para efectos del juicio oral.
5. Corresponde al requirente presentar al juez el fundamento fáctico y jurídico de la petición con los medios cognoscitivos que lo sustentan.
6. Las audiencias de control posterior tienen términos perentorios para su requerimiento, dados por el cumplimiento de la situación fáctica establecida en la ley.
7. Deben realizarse con la presencia del imputado o su defensor, salvo las que tienen carácter reservado.
8. El examen que debe realizar el juez no es sólo de legalidad sino de respeto de los derechos fundamentales y garantías esenciales.
9. Cuando se trate de autorizaciones o control posterior de diligencias de carácter investigativo, el juez no debe evaluar la necesidad u oportunidad de la práctica de la diligencia para el éxito de la misma, sino la pertinencia y el fundamento fáctico y jurídico para afectar el derecho fundamental; y si ya se hizo, valorar si en la diligencia se respetaron los derechos fundamentales y garantías constitucionales.
10. La decisión del juez en sentido negativo no tiene ejecutoria material sino formal. Por tanto, se

puede acudir de nuevo ante el mismo juez u otro juez de control de garantías a formular la petición, si el fundamento fáctico ha variado (en algunos casos, la ley limita el número de veces que se puede insistir ante un juez de garantías), *(art. 284, CPP).*

11. Las audiencias no tienen por objeto determinar la admisibilidad o no del medio de prueba (audiencia preparatoria) sino el respeto de las garantías fundamentales en la solicitud y práctica de la actuación, lo que podría dar lugar a la nulidad de pleno derecho de la prueba.

12. El juez deberá comunicar al ministerio público su realización para que determine si desea participar.

2. CLASES DE AUDIENCIAS PRELIMINARES

A continuación, se listan algunas de las solicitudes o actuaciones que pueden dar lugar a la realización de audiencia preliminar, sin que ello signifique que no se pueden resolver en una sola audiencia varias de las peticiones o decisiones.

2.1 De control de garantías previo

1. Audiencia para solicitar orden de captura del imputado *(art. 297, CPP).*
2. Audiencia para solicitar obtención de muestras que involucran al imputado cuando éste se niega a proporcionarlas *(art. 249, CPP).*
3. Audiencia para solicitar la obtención de muestras que involucran a la víctima cuando ésta se niega a proporcionarlas *(art. 250, CPP).*

2.2 De control de garantías posterior

1. Audiencia de control de garantías de la captura por orden del juez o en flagrancia, *arts. 300 y 301, CPP).*
2. Audiencia de control de garantías de diligencias de allanamiento *(arts. 219 y 237, CCP).*
3. Audiencia de control de garantías de interceptación de comunicaciones *(art. 235 y 237, CPP).*
4. Audiencia de control de garantías de recuperación de información dejada al utilizar medios tecnológicos (internet), *(arts. 236 y 237, CPP).*
5. Audiencia de control de garantías de revisión de medidas cautelares sobre bienes susceptibles de comiso y solicitud de suspensión del poder dispositivo sobre los bienes *(art. 84, CPP).*
6. Audiencia de control de garantías de la realización de vigilancia de personas *(art. 239, CPP).*

7. Audiencia de control de garantías de la realización de vigilancia de cosas *(art. 240, CPP).*
8. Audiencia de control de garantías de la actuación de agentes encubiertos en infiltración y penetración de organizaciones criminales *(art. 241 y 242, CPP).*
9. Audiencia de control de garantías para revisión de los resultados y entrega de los elementos materiales probatorios recogidos durante una entrega vigilada *(art. 243, CPP).*
11. Audiencia de control de garantías de la búsqueda selectiva en bases de datos privadas *(art. 244, CPP).*
12. Audiencia de control de garantías sobre cotejos de los exámenes de ADN *(art. 245, CPP).*
13. Audiencias preliminares para presentar elementos materiales recogidos durante allanamientos, registros, interceptación telefónica o de otras comunicaciones, vigilancias e infiltración de organizaciones criminales *(art. 154 num.1, CPP).*
14. Audiencia de control de garantías para entregar elementos materiales de prueba recogidos durante la investigación de la defensa *(art. 267, CPP).*

2.3 De trámite

1. Audiencia de declaratoria de persona ausente. *(art. 127, CPP).*
2. Audiencia de formulación de la imputación *(arts. 154 num.6 y 286, CPP).*
3. Audiencia de control de garantías para requerir formulación de imputación (defensa).
4. Audiencia para solicitar medida de aseguramiento en contra del imputado *(arts. 154 num.4 y 306, CPP).*
5. Audiencia para solicitar medidas cautelares reales *(arts. 92 y 154, num.5, CPP).*
6. Audiencia de control de garantías para solicitar revocatoria o sustitución de la medida de aseguramiento.
7. Audiencia de reconsideración de medida de aseguramiento.
8. Audiencia de aplicación del principio de oportunidad (renuncia de la acción penal), *(arts. 154 num.7 y 327, CPP).*
9. Audiencia de prueba anticipada (investigación) *(arts. 154, num.2 y 284, CPP).*
10. Audiencia preliminar para adoptar medidas necesarias para proteger a víctimas y testigos *(arts. 154, num.3 y 342, CPP).*

3. ESTRUCTURA BÁSICA DE LAS AUDIENCIAS PRELIMINARES

3.1 Orden de captura *(art. 297, CPP)*

- Objeto de la audiencia. Solicitar orden para la captura del indiciado, imputado o acusado.

- Iniciativa para su realización o requirente. Fiscalía General de la Nación. Por vía de excepción, en casos de urgencia en donde no pueda intervenir inmediatamente la Fiscalía, la puede solicitar la policía judicial.

- Fundamento jurídico para su requerimiento. Que el delito por el que se proceda tenga detención preventiva y que el inculpado o acusado haya participado en la conducta investigada.

- Fundamento fáctico para su requerimiento. Medios cognoscitivos, elementos materiales probatorios o evidencia física que permita fundamentar la participación del inculpado en los hechos objeto de investigación.

- Plazo máximo. Capturada la persona será puesta a disposición del juez de control de garantías en un plazo no mayor de treinta y seis (36) horas, para que efectúe la audiencia de control de garantías.

- Participantes de la audiencia. Obligatorio, el fiscal. Facultativo, el ministerio público.

- Momento en que se puede solicitar. Durante la indagación, la investigación o el juicio.

- Desarrollo de la audiencia. Recibida la solicitud en la secretaría del despacho, el juez fijará fecha y hora para su realización y citará a la parte requirente e informará al ministerio público. Llegados el día y la hora e instalada la audiencia, el juez de garantías concede la palabra al requirente para que le dé el fundamento jurídico y fáctico de la petición y le presente los elementos materiales probatorios, informes u otros medios cognoscitivos que fundamenten la petición. El juez, el ministerio público o el fiscal pueden interrogar a los investigadores, testigos, peritos, o a quien sea la fuente de la información, de acuerdo con el momento preprocesal o procesal.

- Decisión. Si el juez encuentra fundamento para ordenar la captura, accede a la petición. Negará la petición si el delito no tiene medida de detención preventiva o los medios de prueba no dan fundamento para determinar o inferir la participación del indiciado, imputado o acusado en la conducta delictiva.

- Efectos de la decisión. Si es positiva, expedición inmediata de la orden de captura, con una vigencia de seis meses. Se debe enviar por el juzgado a la Fiscalía y a la policía judicial para su cumplimiento. Si es negativa, podrá requerirse nuevamente cuando los medios cognoscitivos den el fundamento para ello.

- Formalidad de la decisión. Orden escrita con los motivos de la captura, el nombre o los datos que permitan individualizar al indiciado o inculpado, número de radicación de la indagación o investigación, nombre del fiscal que dirige la investigación y denominación del juzgado que la emite.

- Recursos. No proceden recursos.

3.2 Obtención de muestras que involucren al imputado *(art. 249, CPP)*

- Objeto de la audiencia. Solicitar obtención de muestras que involucren al imputado, cuando és- te se niega a proporcionarlas. Las muestras pue- den ser fluidos corporales, voz, grafos, impresión dental, pisadas, etc).

- Iniciativa para su realización o requirente. Fiscal que dirige la investigación. Excepcionalmente, la puede solicitar la policía judicial con informe inmediato al fiscal.

- Fundamento jurídico para su requerimiento. Resulta necesario para los fines de la investigación.

- Fundamento fáctico para su requerimiento. Existen motivos fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos, para creer que en el cuerpo del imputado existen elementos materiales probatorios o evidencia física necesarios para la investigación.

- Participantes de la audiencia. Obligatorio el fiscal y el defensor. Facultativo, el ministerio público.

- Momento en que se puede solicitar. Durante la investigación.

- Desarrollo de la audiencia. Recibida la solicitud en la secretaría del despacho, el juez fijará fecha y hora para su realización, citará a las partes obligatorias e informará al ministerio público. Llegados el día y la hora e instalada la audiencia, el juez de garantías concede la palabra al requirente para que le dé el fundamento jurídico y fáctico de la petición y le presente los elementos materiales probatorios, informes u otros medios cognoscitivos que la fundamenten. El fundamento consiste en la necesidad de la toma de la muestra para el éxito de la investigación, de acuerdo con la naturaleza de la conducta y el hecho por el que el imputado se ha negado a suministrarla voluntariamente. Presente la defensa, el juez le concederá la palabra para que se pronuncie sobre la petición.

- Decisión. Si el juez encuentra fundamentada la petición, expedirá en forma inmediata la orden a la policía judicial para la obtención de muestras para examen, siguiendo los procedimientos establecidos en el CPP y garantizando la presencia del defensor en la diligencia . Ver sentencia C-822/05. MP. Manuel Cepeda. Que declaró exequible el artículo 247 del C.P.P. Inspección corporal en forma condicionada, indicando: que requiere orden del juez si el imputado no accede voluntariamente a suministrar la muestra. El juez deberá determinar si la medida es pertinente, idónea, necesaria y proporcional; según las condiciones particulares de cada caso... Si después de dada la autorización por el juez de garantías el imputado se niega a permitir dicha inspección por las mismas circunstancias que ya fueron conocidas y tenidas en cuenta por el juez, las autoridades pueden proseguir con la diligencia aún en contra de la voluntad del imputado, respetando los principios que rigen para garantizar su dignidad humana. Si se niega por circunstancias extraordinarias que no fueron tenidas en cuenta por el juez al conferir la autorización, debe presentarse de nuevo al juez de control de garantías para que defina como debe llevarse a cabo la práctica de la inspección corporal o para que la niegue si a ello hubiere lugar.

- Recursos. No proceden.

3.3 Obtención de muestras de lesionados o víctimas de agresiones sexuales *(art. 250, CPP)*

- Objeto de la audiencia. Solicitar autorización para intervenir en el cuerpo de lesionados o víctimas de agresiones sexuales a efectos de obtener muestras para posterior examen, cuando éstas se niegan a proporcionarlas.

- Iniciativa para su realización o requirente. Fiscal o defensa.

- Fundamento jurídico para su requerimiento. Se requiere para el éxito de la investigación y cuando la víctima o su representante legal se han negado a proporcionar la muestra, a pesar que se les haya explicado su necesidad y las consecuencias de no obtenerla para el éxito de la investigación.

- Fundamento fáctico para su requerimiento. Medio de prueba que establezca la calidad de víctima del hecho relacionado con la libertad sexual, integridad corporal o un delito en el que la evidencia física se encuentra en el cuerpo de la víctima. Constancia escrita de la negativa a proporcionar la muestra, a pesar de haberles explicado la trascendencia de la misma.

- Participantes de la audiencia. Obligatorio, el fiscal. Facultativos, la defensa, el ministerio público y la víctima.

- Momento en que se puede solicitar. Durante la indagación o la investigación.

- Desarrollo de la audiencia. Recibida la solicitud en la secretaría del despacho, el juez fija fecha y hora para su realización. Llegados el día y la hora e instalada la audiencia, el juez de garantías concede la palabra al fiscal para que le dé el fundamento jurídico y fáctico de la petición y le presente los elementos materiales probatorios, informes u otros medios cognoscitivos que la fundamenten. Este fundamento consistirá en la necesidad de tomar de la muestra para el éxito de la investigación, de acuerdo con la naturaleza de la conducta, y el hecho de que la víctima se ha negado a suministrarla voluntariamente. Si se encuentra presente la defensa, la víctima o su representante legal, el juez le concederá la palabra para que se pronuncie sobre la petición.

- Decisión. Si establece la necesidad de la toma de la muestra para el éxito de la investigación, el juez emite en forma inmediata la orden, determinando las condiciones en que deberá hacerse la intervención corporal en el Instituto de Medicina Legal o en establecimiento de salud.

  Sentencia C-822/05 MP. Manuel Cepeda. Declaró exequible el artículo 249 del CPP, pero aclaró que si la víctima adulta persevera en su negativa a proporcionar la muestra, prevalecerá su voluntad, salvo cuando el juez después de ponderar si la medida es idónea, necesaria y proporcionada concluya que el delito investigado reviste extrema gravedad y dicha medida sea la única forma de obtener una evidencia física para la determinación de la responsabilidad penal del procesado o de su inocencia.

- Recursos. No proceden.

3.4 Captura en flagrancia *(art. 301, CPP)*

- Objeto de la audiencia. Solicitar al juez la revisión de la legalidad de la captura del indiciado, imputado o acusado, realizada en flagrancia, ya

sea por la policía o por un ciudadano. En tal caso, lo primero que tiene que hacer el fiscal es exami- nar las condiciones objetivas de que trata el artícu- lo 313 del CPP, para determinar si por su propia orden deja en libertad a la persona capturada, en el evento de que el delito por el que se proceda no tenga señalada pena mínima igual o superior a cuatro años, que no sea competencia de los jueces penales del circuito especializados, o que se trate de delitos contra los derechos de autor con cuantía inferior a 150 SMLMV (sentencia C-591 de 2005 que declara la exequibilidad del artículo 302 de la Ley 906 de 2004. Sentencia C-730 de 2005 que declara inexequible la captura por orden de la Fiscalía. Parágrafo 3 del artículo 2 CPP).

- Iniciativa para su realización o requirente. Fiscalía.

- Fundamento jurídico para su requerimiento. Deberán acreditarse los elementos de la flagrancia, y que el delito por el que se procede tiene detención preventiva.

- Fundamento fáctico para su requerimiento. Medios cognoscitivos, informes, declaraciones de testigos, elementos materiales o cualquier medio a través del cual se pueda inferir que el indiciado ha sido sorprendido en flagrante delito.

- Participantes de la audiencia. Obligatorio, el fiscal. Facultativos, la defensa y el ministerio público. Se debe notificar al capturado para que ejerza su derecho de asistir.

- Momento en que se puede solicitar. Dentro de las 36 horas siguientes a la captura.

- Desarrollo de la audiencia. Llegados el día y hora fijados por el juez, éste concederá la palabra a la Fiscalía para que entregue el fundamento por el cual el imputado ha sido capturado sin una orden previa del juez , es decir, los motivos que permiten inferir que se dieron los presupuestos de la flagrancia.

- Decisión. Si el juez encuentra que la solicitud para la celebración de la audiencia de control de garantías se realizó dentro de las 36 horas siguientes a la captura, que el delito investigado tiene detención preventiva, que existen medios cognoscitivos que permiten inferir que existió flagrancia[28].

  Si alguno de los requisitos anteriores no se cumplió, el juez declarará la invalidez del procedimiento y ordenará la libertad del imputado.

- Formalidad de la decisión. Acta de la diligencia en la que se declara que el procedimiento estuvo ajustado a la Constitución y la ley, que se respetaron todos los derechos fundamentales y las garantías esenciales del capturado. Si se mantiene la reclusión, oficio suscrito por quien tenga a disposición al capturado con destino al establecimiento carcelario para que permanezca recluido. En el mismo deberán expresarse el motivo y la fecha de la captura.

- Recursos. No proceden recursos.

3.5 De control de allanamientos *(art. 219, CPP)*

- Objeto de la audiencia. Solicitar al juez la revisión del control de garantías de la diligencia de allanamiento realizada por la policía judicial en virtud de orden expedida por la Fiscalía General de la Nación.

[28] Ante una captura con orden del juez , o en caso de flagrancia, el funcionario a cuyas órdenes se encuentre el capturado, tiene la obligación legal de formalizar su reclusión, para lo cual debe remitirlo inmediatamente a la autoridad del establecimiento de reclusión pertinente, para que se le mantenga privado de la libertad, mientras el juez de control de garantías decide si impone o no medida de aseguramiento de detención preventiva.

- Iniciativa para su realización o requirente. Fiscalía.

- Fundamento jurídico de la actuación de la Fiscalía. Para recoger elementos materiales probatorios o evidencia física, o para realizar la captura del indiciado, imputado o condenado, siempre que el delito por el que se proceda tenga medida de aseguramiento de detención preventiva. Existe motivo fundado para creer que la ocurrencia del delito que se está investigando tiene como autor o partícipe al propietario o tenedor del bien, o a la persona que se encuentra allí en forma transitoria, o que en el interior del inmueble, nave o aeronave se hallan los elementos con los que se cometió el delito o los bienes productos del mismo.

  El juez deberá revisar que la orden de allanamien- to expedida por el fiscal reunió los requisitos formales de precisión del lugar por registrar y que és- te se llevó a cabo dentro de las horas permitidas de 6 a.m. a 6 p.m., o si se hizo después, que existió la justificación para ello.

- Fundamento fáctico para su requerimiento. Medios cognoscitivos: informe de policía judicial, declaración de testigo o informante, elementos materiales (fotografías, videos, grabaciones, etc.) que permitan inferir que en el inmueble, nave o aeronave se iban a encontrar elementos materiales o evidencias físicas, o se hallaba la persona que deba capturarse. Si se basa en la declaración jurada de un informante, el fiscal deberá conocer su identificación y las razones que sustentan su confiabilidad*. Si el juez lo requiere, el fiscal deberá interrogar en la audiencia al testigo para apreciar su credibilidad y si la defensa y el ministerio público asisten, podrán contrainterrogarlo.

- Participantes de la audiencia. Obligatorio, el fiscal. Facultativo, la defensa y el imputado, si la diligencia se realizó después de la formulación de la imputación; si se hizo antes, no podrá estar. El ministerio público podrá participar. También deberán asistir la policía judicial, que realizó la diligencia, y los testigos o peritos, por si el juez desea escucharlos.

- Momento en que se puede solicitar. Dentro de las 24 horas después de la diligencia de allanamiento.

- Desarrollo de la audiencia. Instalada la audiencia en el día y hora, el juez verificará la presencia de las partes, concederá la palabra a la Fiscalía para que entregue el fundamento de la orden que emitió y presente los elementos materiales probatorios, informes o declaraciones que permitan establecerlo. Si el juez lo ordena se procederá a interrogatorio del investigador, perito o testigo. El juez verificará la existencia de la orden y el cumplimiento de los requisitos formales de la misma, así como el acta de la diligencia de allanamiento. Ell juez concederá la palabra a la defensa, si está presente, para que exponga, si lo desea, fundamentos en contra de los ofrecidos por la Fiscalía, que conduzcan a la nulidad o invalidez de la actuación. Si la defensa se abstiene de intervenir podrá, en la audiencia preparatoria, si procede, hacer la solicitud de exclusión de las evidencias obtenidas en el allanamiento.

- Decisión. Si el juez encuentra que la orden se ajustó a la Constitución y la ley, que existió motivo fun-

* Sentencia C-673/05 la reserva de los datos del informante no es oponible al juez de control garantías

dado, respaldado por los medios de investigación, para restringir el derecho fundamental a la intimidad y que la diligencia se realizó con respeto de los derechos fundamentales y garantías procesales y dentro de los plazos establecidos en el CPP, declara- rá la legalidad material y formal de la actuación.

Si en la orden o el procedimiento se violó un derecho fundamental, declarará la nulidad absoluta de la actuación, o la ilegalidad si se incumplió un requisito formal.

- Sentido de la decisión. 1). Validez de la actuación. 2). Nulidad absoluta, y por tanto se producirá la exclusión de la actuación procesal (Corte Constitucional, sentencia C-591 de 2005). 3). Corrección de los actos irregulares no sancionables con nulidad absoluta. Si se declara la invalidez de la actuación, los elementos materiales probatorios o evidencia física no podrán ofrecerse como medio de prueba para practicarse en juicio, sólo podrán utilizarse para fines de impugnación. Si se declara la validez de la actuación, ello no significa necesariamente que los elementos materiales probatorios se deben admitir para practicarlos en juicio. Es un tema que se debatirá en la audiencia preparatoria.

- Formalidades de la decisión. Grabación y acta donde se consigna la declaración del juez de garantías sobre la orden y el procedimiento.

- Recursos. No procede ningún recurso.

Para otras actuaciones de la Fiscalía

Las siguientes actuaciones de la Fiscalía que tienen por objeto recoger elementos materiales de prueba o información, restringiendo el derecho fundamental a la intimidad de las personas, surten un trámite similar al descrito en el acápite anterior, donde se deben sustentar los motivos de la Fiscalía para restringir la garantía constitucional.

- Audiencia de control de garantías de interceptación de comunicaciones *(art. 235, CPP).*
- Audiencia de control de garantías de recuperación de información dejada al utilizar medios tecnológicos (internet), *(art. 236, CPP).*
- Audiencia de control de garantías de la realización de vigilancia de personas *(art. 239, CPP).*

3.6 Vigilancia de cosas *(art. 240, CPP)*

Tienen un trámite similar al de las anteriores diligencias, con la diferencia de que el medio que se utilice para la vigilancia no puede afectar la expectativa razonable de intimidad del indiciado, imputado o terceras personas.

El control de garantías se ejerce dentro de las 36 horas siguientes a la expedición de la orden, la que puede tener una duración de un año.

3.7 Aplicación de medidas cautelares a bienes susceptibles de comiso y suspensión del poder dispositivo de los bienes o solicitud para levantar la medida de suspensión del poder dispositivo *(arts. 84 y 85, CPP)*

- Objeto de la audiencia. Solicitar al juez la revisión de las diligencias realizadas por la Fiscalía en las que se aplicaron medidas materiales de incautación y ocupación de bienes del indiciado o imputado, que supuestamente provienen o son producto directo o indirecto del delito que se le imputa, o que se utilizaran, en los delitos dolosos, como medio o instrumento para la ejecución del mismo, y solicitar al juez que

aplique la medida jurídica de suspensión del poder dispositivo sobre esos bienes.

Si esta medida ya se decretó, cualquiera de las partes puede solicitar el levantamiento de la misma.

- Iniciativa para su realización o requirente. Fiscalía General para suspender el poder dispositivo y para levantarlo. Para levantar la medida, la defen- sa o el ministerio público.

- Fundamento jurídico para su requerimiento. Suspender el poder dispositivo de los bienes con el objeto de garantizar su posterior comiso a favor del Estado (Fiscalía General de la Nación).

  Solicitar el levantamiento de la medida por cuanto se aplicó sobre bienes que no son del imputado, o se hizo en exceso o no son productos del delito, etc.

- Fundamento fáctico para su requerimiento. Medios cognoscitivos que permitan inferir, razonablemente, que los bienes o recursos son produc- to directo o indirecto de un delito doloso y que su valor equivale a dicho producto (no se pueden aplicar medidas en exceso). Por tanto el fiscal de- be cuantificar, aunque sea provisionalmente, el valor de este producto del delito. O medios cognos- citivos que permitan inferir que los bienes se han utilizado o están destinados a usarse como medio o instrumento del delito, o son el objeto material del mismo.

- Participantes de la audiencia. Obligatorio, el fiscal. Facultativo, el ministerio público. Si la audiencia es para solicitar el levantamiento de la medida, obligatorio el requirente (fiscal o defensor), y si lo solicita la defensa, también tiene que ser citada la Fiscalía.

- Momento en que se puede solicitar. En la audiencia de formulación de la imputación o con posterioridad a ella, dentro de las 36 horas siguientes a la diligencia de ocupación o incautación.

- Desarrollo de la audiencia. Instalada la audiencia, el juez concederá la palabra al fiscal para que presente el fundamento de la solicitud y los medios de investigación, cognoscitivos o de prueba (si se solicita en el juicio) que la sustentan. Si está presente la defensa, podrá solicitar que no se atienda la petición si puede establecer que los bienes no son producto o estaban destinados a actividades ilícitas, o que su monto excede el valor del producto del delito.

  Si la solicitud es para que se levante la medida, el requirente deberá entregar el fundamento para ello, sea que el bien no es producto del delito o no se utilizó para el mismo, o que la suspensión del poder dispositivo se hizo en exceso o que los bienes no pertenecen al imputado. En este evento, la petición debe formularla quien tiene interés legítimo en la pretensión.

- Decisión. 1). Suspensión del poder dispositivo de los bienes incautados u ocupados, o su negativa, si la medida no es procedente. 2). Levantamiento de la medida de suspensión del poder dispositivo o negativa.

- Efecto de la decisión. Suspender el poder dispositi-

vo de los bienes del imputado. Si la petición es para levantarla, la aceptación o no por parte del juez.

- Formalidades de la decisión. Oficio en el que se ordene a la autoridad competente la suspensión del poder dispositivo de los bienes o, en el segundo evento, en el que se levante la medida.

- Recursos. Apelación en efecto devolutivo.

3.8 Actuaciones de agentes encubiertos en infiltración y penetración de organizaciones criminales y de entregas vigiladas *(arts. 241, 242 y 243, CPP)*

- Objeto de la audiencia. Solicitar el control de garantías de la orden de la Fiscalía de penetrar o infiltrar una organización criminal a través de agentes encubiertos, sea de la policía judicial o particulares.

- Iniciativa para su realización o requirente. Fiscalía.

- Fundamento jurídico para su requerimiento. El indiciado o imputado está desarrollando una actividad criminal y se requiere, para el éxito de la investigación la penetración o infiltración de la organización para obtener los medios de prueba o medios de conocimiento para su procesamiento.

  Se necesita la aprobación del director nacional o seccional de fiscalías, con la descripción de las actividades extrapenales que puede realizar el agen- te encubierto.

  En el caso de la entrega vigilada, se requiere establecer que el indiciado o imputado está interviniendo en el transporte de armas, drogas, explosivos, municiones, moneda falsa, drogas ilegales, o está llevando a cabo una actividad criminal continua.

- Fundamento fáctico para su requerimiento. Existencia de informe que contiene el análisis de la organización criminal y que determina la necesidad de la infiltración o penetración de la misma a través de agentes encubiertos para obtener los medios de prueba de las actividades realizadas por sus integrantes. Este informe debe estar respaldado por medios materiales, evidencia física, análisis de inteligencia o cualquier medio cognoscitivo que dé cuenta de la existencia de la organización, su estructura, agresividad de sus integrantes y puntos débiles.

  Para la entrega vigilada, existencia del informe que da cuenta de la actividad del transporte, la vigilancia que se hizo y la entrega que se realizó.

- Participantes de la audiencia. Obligatorio, el fiscal. Facultativo, el ministerio público.

- Momento en que se puede solicitar. Aunque la ley señala que debe ser dentro de las 36 horas siguientes a la terminación de la operación encubierta, que puede durar máximo un año, prorrogable en forma justificada por otro más, existen opiniones en el sentido de que esta actuación requiere control previo del juez y no posterior, ya que durante la actuación del agente encubierto puede existir afectación de derechos fundamentales. Además, esta actuación no se encuentra entre las autorizadas por la Constitución Política para ser realizadas por la Fiscalía sin un control previo del juez de garan-

tías (art. 250, nums. 1, 2 y 3, Constitución Política). Así no se haya obtenido ningún resultado de la operación encubierta, se debe realizar la audiencia de control de garantías dentro de las 36 horas siguientes a la cancelación de la misma.

- Desarrollo de la audiencia. Instalada la audiencia, el juez concederá la palabra a la Fiscalía para que presente el fundamento de la decisión y los medios cognoscitivos que respaldaron la necesidad de la misma para el éxito de la investigación.

- Decisión. Si el juez encuentra que existió motivo para permitir la operación de penetración o infiltración o la entrega vigilada, y que en la misma el agente encubierto no sembró la idea de la comisión de la actividad delictiva, declarará la validez de la actuación. En caso contrario, si hubo violación de derechos fundamentales o garantías esenciales en la orden o en el desarrollo de la diligencia, declarará la nulidad de la actuación.

- Efecto de la decisión. Validez de la operación y posibilidad de utilizar los elementos materiales y los medios de conocimiento en el juicio, si son admitidos en la audiencia preparatoria.

- Formalidades de la decisión. Acta de la audiencia que contiene la declaración del juez respecto del control de garantías de la orden y la actuación.

- Recursos. No procede recurso.

3.9 Formulación de la imputación *(art. 286, CPP)*

- Objeto de la audiencia. 1). Comunicar a la persona la calidad de imputado por existir elementos materiales probatorios, evidencia física o información de la cual se puede inferir razonablemente que es autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga. 2). Dar a conocer al imputado los hechos sobre los cuales se le está investigando. 3). Permitir a la defensa, a partir de allí, preparar de modo eficaz su actividad preprocesal y procesal. 4). Determinar el inicio del tiempo para que la Fiscalía realice un preacuerdo, formule acusación o preclusión. 5). Interrumpir la prescripción de la acción penal. 6). Permitir al imputado que manifieste si acepta o se allana a la imputación a cambio de obtener rebajas automáticas de penas.

- Iniciativa para su realización o requirente. Fiscalía. Eventualmente, esta diligencia podrá ser solicitada por la defensa si se tiene conocimiento de indagaciones en contra de una persona con afectación de derechos como el de intimidad, buen nombre, no estar subjudice un tiempo indefinido. Se podrá requerir que la Fiscalía formule la imputación o archive la indagación *(art. 267, CPP)*.

- Fundamento jurídico para su requerimiento. La existencia de una conducta delictiva, la identificación o individualización del posible autor o partícipe, o la captura, sea por orden judicial, orden del fiscal o en flagrancia del indiciado.

- Fundamento fáctico para su requerimiento. Existencia de medios cognoscitivos (elementos materiales, informes, entrevistas) que permiten inferir razonablemente que la persona es autor o partícipe de la conducta delictiva. En caso de la defensa, que la persona ha sido objeto de indagaciones por un tiempo indefinido y se ha visto afectado su derecho fundamental a no estar subjudice en forma indefinida.

- Participantes de la audiencia. Obligatorio, el fiscal y el defensor. Facultativo, el imputado y el ministerio público. El fiscal, al requerir la audiencia, debe suministrar al juez los datos para citación del imputado. Si habiendo sido debidamente citado no comparece, sin que exista justificación para ello, la audiencia se pue- de llevar a cabo sólo con presencia de su abogado, y si éste tampoco comparece, se hará con un defensor pú- blico que se le designe en esta audiencia.

  Si el fiscal no pudo ubicar a quien debe formular- se la imputación, deberá solicitar previamente al juez que lo declare persona ausente. Para ello de- berá fundamentar la medida adjuntando los ele- mentos de conocimiento que demuestren que ha agotado mecanismos de búsqueda y citaciones su- ficientes (Corte Constitucional, sentencia C-591 de 2005). Verificado esto por el juez, lo emplazará, luego de lo cual lo declarará persona ausente y le designará defensor público. A partir de esta declaración, se podrá formular imputación y con su defensor se llevarán a cabo todas las actuaciones en las que deba actuar obligatoriamente y se surtirán todas las comunicaciones y notificaciones al imputado *(art.127, CPP)*.

- Momento en que se puede solicitar. Cuando la persona ha sido capturada o cuando se ha establecido la existencia de la conducta delictiva e identificado, o por lo menos individualizado, al presun- to autor o partícipe de la misma.

- Desarrollo de la audiencia. Recibida la solicitud, el juez fijará en forma inmediata día y hora para la realización de la audiencia y citará a las partes e intervinientes que deban concurrir. Llegados el día y hora fijados por el juez para la realización de la audiencia, instalada la misma y verificada la presencia de las partes (fiscal y defensor como mínimo), si no hay defensor el juez procederá a designar uno de la lista que debe proporcionar el Sistema Nacional de Defensoría Pública. El juez concederá la palabra al requirente para que formule la imputación o haga la solicitud para que se proceda en tal sentido. Si el requirente es el fiscal, éste procederá a individualizar en forma concreta al imputado con su nombre, datos de identificación y domicilio donde se llevarán a cabo las citaciones. En seguida, el fiscal relacionará los hechos jurídicamente relevantes sobre los cuales se efectuará la investigación. Podrá el fiscal proponer al imputado que se allane a la imputación y así obtener rebaja de pena de hasta la mitad de la que le sea imponible. El juez deberá verificar que el imputado entendió claramente los hechos que constituyen la imputación fáctica, y para ello lo interrogará al respecto. Igualmente, concederá la palabra a la defensa para que pueda ejercer la controversia de la imputación, sin que ello signifique contradicción probatoria o exigencia de medios materiales probatorios, evidencia física o información que posea la Fiscalía, sino argumentos en contra de la fundamentación de la Fiscalía, o que solicite precisión sobre los hechos penalmente relevantes que contiene la imputación (por ejemplo, se trata de un hecho querellable y ésta no se formuló, no está debidamente individualizado el imputado, los hechos no constituyen una conducta delictiva). En esta audiencia, el imputado podrá aceptar la imputación, en cuyo caso el acta enviada al juez de conocimiento servirá de base para convocar a audiencia de individualización de la pena.

  En la misma diligencia, la Fiscalía podrá solicitar al juez la medida de aseguramiento que proceda,

para lo cual deberá entregar el fundamento jurídico y fáctico.

- Decisión. 1). Declaración de haberse formulado imputación a una persona. 2). Declaración de aceptación de la imputación (si se produjo). 3). Declaratoria de contumacia, si habiendo sido citado no concurren el imputado y su abogado. 4). Designación de defensor público, si no concurre el de confianza.

- Efecto de la decisión. Vinculación formal del imputado a la investigación e inicio de términos pa- ra formulación de acusación, preclusión o cualquier otra decisión conclusiva de la investigación como criterio de oportunidad.

- Formalidades de la decisión. Acta que consigna los datos de la persona contra la cual se formula imputación, con indicación de la fecha en que se hizo y las demás manifestaciones o aceptaciones que se hayan hecho.

- Recursos. No procede recurso, salvo que en la misma se haya resuelto sobre medida de aseguramiento, evento en el cual procede el recurso de apelación respecto de ésta.

3.10 Solicitud, modificación, revocatoria o reconsideración de medida de aseguramiento *(art. 306, CPP)*

Aunque normalmente las solicitudes respecto de la libertad se tramitarán en distintas audiencias porque la primera es presupuesto básico de las otras, por depender del mismo fundamento se incluyen en esta misma estructura.

- Objeto de la audiencia. Solicitar al juez que decrete medida de aseguramiento en contra del imputado. Si esto ya se produjo, solicitar su revocatoria o modificación o sustitución de la misma.

- Iniciativa para su realización o requirente. Para la solicitud, el fiscal; para la sustitución o revocatoria, el defensor o fiscal.

- Fundamento jurídico para su requerimiento. Razonabilidad de la inferencia sobre que el imputado es autor o partícipe de la conducta delictiva y que la medida es necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia, o que constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima, o que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia. Si la medida de aseguramiento que se solicita es la detención preventiva, se debe demostrar adicionalmente que se trata de un delito de competencia de los jueces del circuito especializado o un delito investigable de oficio que tiene señalada como pena mínima más de cuatro años.

  Para solicitar la revocatoria, el fundamento es que ya no se hace necesaria la medida de aseguramiento por cuanto han variado las circunstancias que permitieron inferir que el imputado iba a obstruir la acción de la justicia, o que constituye un peligro para la sociedad o la víctima, o que no comparecerá al proceso, o no cumplirá la sentencia. Otros fundamentos: cumplimiento de la pena, preclusión de la investigación o absolución, se ha aplicado un criterio de oportunidad, han transcurridos 30 días de la formulación de la imputación y no se ha formulado acusación o preclusión (salvo extensión), o han transcurrido 50 días desde la fecha en que la Fiscalía presentó la acusación y no se ha iniciado la au-

diencia de juzgamiento. Para solicitar la sustitución, demostrar la existencia de cualquiera de las causales establecidas en el CPP para que proceda *(art. 314, CPP.)*.

- Fundamento fáctico para su requerimiento. Medios cognoscitivos: elementos materiales probatorios, evidencia física, auténticos (debidamente recogidos y asegurados), o información que permita inferir razonablemente la autoría o participación del imputado en los hechos investigados y que la medida es necesaria, de acuerdo con la causal invocada para solicitarla.

  Si lo que se busca es la revocatoria de la medida, los medios cognoscitivos deben poder inferir que el peligro de fuga u obstaculización para la seguridad de la sociedad o de la víctima han desaparecido o que hubo modificación en los hechos imputados, y el delito no tiene señalada pena privativa de la libertad superior a cuatro años.

- Participantes de la audiencia. Obligatorio el fiscal, así sea el requirente o no. Facultativo, el defensor y el ministerio público. Si el requirente de la revocatoria o sustitución es el defensor, su presencia es obligatoria para su sustentación.

- Momento en que se puede solicitar. A partir de la formulación de la imputación cuando se dé el presupuesto exigido en la ley, aun durante la fase de juzgamiento.

- Desarrollo de la audiencia. El juez, una vez que ha verificado la presencia de las partes esenciales pa- ra su desarrollo, concederá la palabra al requirente para que fundamente la petición con la presentación de los medios cognoscitivos, los cuales deben ser sólo suficientes para establecer la razonabilidad de la medida y la inferencia de la causal que invoca. En esta audiencia se permitirá la controversia pertinente sobre los fundamentos fácticos y jurídicos, y los medios cognoscitivos que los respaldan.

- Decisión. 1). Imposición inmediata de medida de aseguramiento en la que se indique el nombre de la persona, el delito, y si es privativa de la libertad o no. En este último evento, las condiciones que se imponen para su cumplimiento. 2). Revocatoria o sustitución de la medida, si ésta fue la petición.

  La decisión será negativa si el requirente no estableció el motivo fundado para aplicar la medida o la razonabilidad o necesidad de la misma.

- Efecto de la decisión. Proferimiento inmediato de la orden e informe del juez a la Fiscalía General de la Nación y al DAS, dentro de los cinco días siguientes, sobre el proferimiento. En el segundo evento, modificación, revocatoria o sustitución de la medida de aseguramiento.

- Formalidades de la decisión. Oficio en que se profiera la medida.

- Recursos. De la negativa o decreto procede el recurso de apelación en efecto devolutivo. De la decisión de solicitud de revocatoria o sustitución, no procede recurso alguno.

3.11 Medidas cautelares reales *(art. 92, CPP)*

- Objeto de la audiencia. Solicitar al juez la imposición de medidas cautelares reales necesarias para garantizar la reparación integral.

- Iniciativa para su realización o requirente. Fiscalía General, víctima, ministerio público, cuando la víctima sea un menor de edad o un incapaz y no actúe a través de su representante legal.

- Fundamento jurídico para su requerimiento. Necesidad de garantizar la ejecución del incidente de reparación.

- Fundamento fáctico para su requerimiento. Medios cognoscitivos que permitan inferir, razonablemente, que el imputado está traspasando o tiene motivos para traspasar u ocultar sus bienes.

- Participantes de la audiencia. Obligatorio, el fiscal o la víctima, si es la solicitante. Facultativo, el ministerio público, salvo que sea el requirente.

- Momento en que se puede solicitar. En la audiencia de formulación de la imputación o con posterioridad a ella.

- Desarrollo de la audiencia. Instalada la audiencia, el juez concederá la palabra al fiscal para que presente el fundamento de la solicitud y los medios de investigación, cognoscitivos o de prueba (si se solicita en el juicio) que la sustentan. La víctima deberá acreditar sumariamente su condición de tal, la naturaleza del daño y la cuantía de su pretensión.

- Decisión. Embargo o secuestro de los bienes del imputado o acusado.

- Efecto de la decisión. Sacar del comercio los bienes del imputado o acusado. Suspender el poder dispositivo de los bienes.

- Formalidades de la decisión. Oficio en que se ordene a la autoridad competente el embargo o secuestro de los bienes. Prohibición de enajenar bienes sujetos a registro durante los seis meses siguientes a la formulación de la imputación.

- Recursos. Apelación en efecto devolutivo.

3.12 Aplicación del criterio de oportunidad *(art. 327, CPP)*

- Objeto de la audiencia. Solicitar al juez que revise la legalidad material y formal de la decisión de la Fiscalía de aplicar el criterio de oportunidad, cuando con ésta se extinga la acción penal (renuncia de la persecución penal).

- Iniciativa para su realización o requirente. Fiscalía General.

- Fundamento jurídico para su requerimiento. Existencia de una de las causales establecidas en el CPP y que su aplicación se hace con sujeción a la política criminal del Estado, de acuerdo con el Plan de Política Criminal que debe desarrollarse en la reglamentación que expida el fiscal general de la nación.

- Fundamento fáctico para su requerimiento. Medios cognoscitivos que sustenten la medida.

- Participantes de la audiencia. Obligatorio, el fiscal y el imputado o su defensor. Facultativo, el ministerio público.

- Momento en que se puede solicitar. Después de la formulación de la imputación. Si se solici-

ta y aplica la suspensión condicional del procedimiento durante la audiencia de formulación de la acusación, el juez de conocimiento deberá declararlo en esta audiencia, ya que ello impide que pueda citar a la siguiente audiencia, que es la preparatoria.

- Desarrollo de la audiencia. Instalada la audiencia y verificada la presencia del fiscal y del imputado o su defensor, el juez concederá la palabra al fiscal para que fundamente la decisión de la Fisca- lía de aplicar el principio de oportunidad. El fiscal deberá establecer cuál fue la causal aplicada, su sujeción al reglamento de la Fiscalía y por qué corresponde con la política criminal del Estado. Igualmente, deberá establecer que para su aplicación se tuvieron en cuenta los intereses de la víctima y que ésta fue oída.

- Decisión. Aprobación de la aplicación del principio de oportunidad o negativa sólo si viola un derecho fundamental o una garantía esencial, no desarrolla la política criminal del Estado, o hubo en su aplicación fraude o colusión.

- Efecto de la decisión. Extinción de la acción penal o suspensión por un tiempo sujeto a unas condiciones que de cumplirse dan lugar a la extinción de la acción penal (esto si se aplicó en la audiencia de formulación de la acusación).

- Formalidades de la decisión. Resolución en que se valide la aplicación del principio de oportunidad.

- Recursos. No procede recurso.

3.13 Prueba anticipada *(art. 284, CPP)*

- Objeto de la audiencia. Solicitar al juez de garantías durante la investigación la práctica anticipada de una prueba que se piensa hacer valer en juicio, por cuanto existen circunstancias que permiten prever razonablemente que ésta no podrá practicarse en juicio y así evitar la pérdida o alteración del medio de prueba. Si se solicita durante el juzgamiento, en la audiencia de formulación de acusación o preparatoria, la practicará el juez de control de garantías, pero en este evento, quien la solicita deberá informar al juez de conocimiento.

- Iniciativa para su realización o requirente. La Fiscalía, la defensa o el ministerio público, en este caso, sólo en los asuntos en que ejerce funciones de policía judicial.

- Fundamento jurídico para su requerimiento. Existen motivos fundados para creer que el declarante no podrá presentarse al juicio por estar gravemente enfermo, debe ausentarse por fuerza mayor o cualquier otra circunstancia de similar entidad, o existen motivos fundados para suponer la pérdida o alteración del medio de prueba. Adicionalmente, debe establecerse que el medio de conocimiento es imprescindible para desarrollar la teoría del caso de la parte requirente y que es irreproductible o no podrá sustituirse por otro medio.

- Fundamento fáctico para su requerimiento. Medios materiales de prueba (dictámenes médicos, informes, amenazas, etc.) que permitan inferir razonablemente que el declarante no estará disponible al momento del juicio oral o que el

medio de prueba puede ser alterado o puede desaparecer.

- Participantes de la audiencia. Obligatorio, el fiscal, el acusado, el defensor y el declarante. Facultativo, el ministerio público (salvo que sea el requirente) y la víctima. Se puede realizar sin el acusado, si debidamente notificado (si está detenido) o citado, no desea asistir.

- Momento en que se puede solicitar. Durante la investigación, a partir de la formulación de la imputación o durante la fase de juzgamiento, en la audiencia de formulación de la acusación o en la audiencia preparatoria (en este evento, el requirente debe avisarle al juez de conocimiento).

- Desarrollo de la audiencia. El juez de garantías instalará la audiencia, verificará la presencia de todas las partes, hará entrar al testigo de los hechos o acreditación, le tomará el juramento de ley y le concederá el turno al requirente de la prueba para que llame e interrogue a su testigo. Terminado el interrogatorio, concederá la palabra a la otra parte para que, si lo desea, formule el contrainterrogatorio. El juez preguntará al requirente si desea hacer un redirecto y posteriormente a la contraparte si desea hacer un recontrainterrogatorio. Finalizados el interrogatorio y contrainterrogatorio, el juez dará por finalizada la audiencia preliminar de prueba anticipada. Si se trata de practicar prueba anticipada con varios testigos, el juez primero permitirá que la Fiscalía presente toda su prueba y que posteriormente lo haga la defensa.

- Decisión. 1). Admisibilidad de la práctica de la prueba anticipada y recaudo con citación previa de todos los que deben intervenir. 2). Negativa por no existir los presupuestos legales y poder practicarse la prueba en la audiencia del juicio oral.

- Efecto de la decisión. Si es positiva, la práctica de la prueba anticipada y su posterior ofrecimiento e introducción por la parte que la solicitó, ya sea mediante reproducción a través de un medio técnico o mediante lectura de la transcripción. Si es negativa, el declarante deberá presentarse en el juicio. A pesar de que la prueba no se practica durante el desarrollo del debate oral, no se considera prueba de referencia. Si se niega, la parte solicitante puede acudir, por una sola vez, ante otro juez de control de garantías para que reconsidere la medida.

- Formalidades de la decisión. Grabación de la audiencia de prueba anticipada y conservación de la misma con las medidas que disponga el juez.

- Recursos. Apelación, salvo que haya requerido reconsideración ante otro juez de garantías.

4. AUDIENCIA DE PRECLUSIÓN

La regla general es que esta audiencia se debe solicitar en cualquier momento de la indagación o investigación, aun antes de la formulación de la imputación (Corte Constitucional, sentencia C-591 de 2005). Por vía de excepción, se solicitará durante el juzgamiento si sobreviene una causal que impida continuar el ejercicio de la acción penal o por inexistencia del hecho investigado *(art. 331, CPP)*.

Para que se pueda aplicar la preclusión en el juzgamiento por las causales 1 y 3 del art. 331 del CPP, la misma tuvo que haber sobrevenido. Esta norma es para evitar acusaciones arbitrarias o carentes de respaldo probatorio, en busca por ejemplo de presionar aceptaciones o acuerdos, y si no se logran, entonces se invoque la preclusión con el mismo material probatorio que se descubrió u ofreció por parte de la Fiscalía.

Presentada la causal para decretar la preclusión sin que ella haya sobrevenido durante la fase del juzgamiento, el juez deberá decretarla y, a su vez, informar al superior del fiscal para las investigaciones respectivas por falta a la lealtad.

4.1 Estructura de la audiencia

• Objeto de la audiencia. Solicitar al juez de conocimiento la preclusión de la investigación por no existir mérito para acusar, o cuando ya se formuló la acusación por haber sobrevenido una causal que impide continuar el ejercicio de la acción penal, o porque sobrevi- no prueba de la inexistencia del hecho.

• Iniciativa para su realización o requirente. La Fiscalía, si es durante la investigación y si es durante el juz-

gamiento, o por vencimiento del término del artículo 294 CPP, también podrán solicitarla la defensa y el ministerio público.

• Fundamento jurídico para su requerimiento. No existe mérito para formular una acusación por los siguientes motivos: 1). Existir una causal de extinción de la acción penal (art. 77, CPP), 2). Existir una causal que excluye la responsabilidad penal, inexistencia del hecho investigado, atipicidad del hecho investigado, ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado, imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia, vencimiento del término para investigar y la prórroga de 30 días, sin que se haya formulado acusación.

• Fundamento probatorio para su requerimiento. Elementos materiales probatorios y evidencia física que fueron base de la imputación y los recogidos posteriormente que fundamentan la causal invocada.

• Participantes en la audiencia. Obligatorios, la defen- sa y la Fiscalía. La Fiscalía es obligatoria, así el requi- rente sea la defensa o el ministerio público. Facultativo, el ministerio público, salvo que sea el requirente, el imputado o acusado y la víctima.

• Momento en que se puede solicitar: Durante la indagación e investigación y durante el juzgamiento, pero sólo si sobrevienen las causales 1 o 3 del art. 332 del CPP.

• Desarrollo de la audiencia. Recibida la solicitud, el juez fijará fecha y hora para la audiencia y ordenará citar a los intervinientes obligatorios y facultativos, e informará al ministerio público. Instalada la audiencia, verificará la presencia de las partes y concederá la palabra al fiscal si fue el requirente o a quien lo haya sido para que exponga su solicitud e indique cuáles elementos materiales probatorios o evidencia física sustentan la causal invocada. Lue- go el juez concederá la palabra a la víctima, al ministerio público y a la defensa para que manifiesten si desean oponerse a la petición y expongan las razones para ello. En esta audiencia no se solicitarán ni practicarán pruebas. El juez deberá anunciar su decisión en la misma audiencia, pudiendo decretar un receso hasta de una hora.

• Decisión. Sentencia que decreta la preclusión o auto que rechaza la solicitud.

• Efectos de la decisión. Si se dictó sentencia de preclusión y no fue apelada, la decisión hace tránsito a cosa juzgada. Si no se aceptó la solicitud y la decisión no fue apelada, o habiéndolo sido fue confirmada, las diligencias deben volver a la Fiscalía para que continúe la investigación, debiéndose restituir el término que duró el trámite de la preclusión hasta que quedó en firme la decisión de rechazo. La decisión del juez de rechazar la solicitud de preclusión constituye causal de impedimento para conocer del posterior juzgamiento, si lo hay.

• Formalidades de la decisión. Sentencia del juez en que decreta la preclusión.

• Recursos. Apelación.

Segunda unidad

Audiencias en la etapa del juzgamiento, previas y posteriores al juicio oral

Sumario

1. Formulación de la acusación. 2. Audiencia preparatoria.
3. Audiencia posterior al juicio oral: incidente de reparación integral.

1. FORMULACIÓN DE ACUSACIÓN

(Art. 336, CPP)

La formulación de la acusación por parte de la Fiscalía General puede ser por tres vías, a saber:

- Por aceptación de la imputación *(art. 293, CPP)*, evento en el cual lo actuado hasta el momento de la formulación de la imputación se tendrá como suficiente para que la Fiscalía presente escrito de acusación ante el juez de conocimiento, y éste en audiencia, verifique que la declaración de aceptación fue libre, voluntaria, con conocimiento y debidamente ilustrada de los derechos y consecuencias, y si la acepta, individualice la pena y dicte la senten- cia, debiendo dar una rebaja al acusado de hasta la mitad de la pena.

- Por preacuerdo entre la defensa y la Fiscalía sobre los hechos y sus consecuencias, realizado después de la audiencia de formulación de la imputación. La pena por imponer, si el juez de conocimiento acepta el preacuerdo (si no desconoce o quebran- ta derechos fundamentales), será la que resulte del mismo. En este evento, el juez de conocimiento en audiencia deberá revisar el preacuerdo consignado en el escrito de acusación, y si lo aprueba, previa verificación sobre que el acusado lo realizó en forma libre, voluntaria, con conocimiento y debida ilustración sobre los derechos y obligaciones, cita- rá para audiencia de sentencia.

- Porque los elementos materiales probatorios, evidencia física e información obtenida durante la investigación determinan la existencia de la conduc- ta delictiva y establecen la probabilidad de que el imputado es autor o partícipe del delito. En este evento, recibido el escrito, el juez de conocimiento debe convocar a audiencia de formulación de la acusación.

1.1 AUDIENCIA DE FORMULACIÓN DE LA ACUSACIÓN

Presentado por parte de la Fiscalía el escrito de acusación (el cual debe tener dos partes: los hechos que constituyen la acusación y el anexo de descubrimiento de prueba) ante el juez de conocimiento competente, éste deberá señalar fecha y hora para la realización de la audiencia de formulación de la acusación. Esta audiencia deberá celebrarse dentro de los tres días siguientes al recibo del escrito de acusación.

• Objeto de la audiencia: 1). Revisar el cumplimiento de los requisitos formales del escrito de la acusación. A diferencia de otros sistemas en los que esta audiencia tiene por objeto que el juez determine, con base en los medios cognoscitivos recogidos durante la investigación, si existe probabilidad de la participación del acusado en la conducta punible y, por tanto, la necesidad de su juzgamiento, en Colombia este control de garantías, que tiene por objeto evitar acusaciones arbitrarias, injustas, por razones políticas o de índole similar, no quedó consagrado y la revisión sólo es formal. 2). Que las partes y el ministerio público presenten las causales de impedimento, recusación o nulidades. 3). Formulación oral de la acusación. 4). Determinar la calidad de víctima y reconocer su representación legal, si se constituye. 5). Adoptar, si así se solicitan, medidas de protección de víctimas o testigos. 6). Iniciar el descubrimiento de elementos materiales probatorios, evidencia física o información que posea la Fiscalía. 7). Si la defensa presenta una defensa afirmativa con base en una causal de inimputabilidad, deberá descubrir los elementos materiales que la respalden. 8). Declarar la aplicación del principio de oportunidad, si el

acusado en esta audiencia solicitó la suspensión condicional del procedimiento y fue aceptado por la Fiscalía.

• Iniciativa para su realización o requirente. El juez debe fijarla una vez que reciba el escrito de acusación por parte de la Fiscalía.

• Fundamento jurídico para su requerimiento. Sanear el procedimiento y garantizar que en la audiencia de juicio oral no se presenten incidentes que suspendan o retrasen el desarrollo del debate oral o atenten contra el principio de concentración. Garantizar que la defen- sa y el imputado conocen los hechos sobre los cuales versará el juicio, y que puedan preparar la defensa co- nociendo los elementos materiales probatorios, la evi- dencia física y la información que ubicó, descubrió, re- cogió, aseguró y preparó la Fiscalía.

• Fundamento fáctico para su requerimiento. Escri- to de acusación, elementos materiales de prueba, evidencia física, información y exposiciones que posea la Fiscalía que fundamente la acusación, y que pretenda hacer valer en juicio.

• Participantes de la audiencia. Obligatorio, el fiscal y el defensor. Facultativo, el acusado, el ministerio público y la víctima.

• Momento en que se debe desarrollar. Dentro de los tres días siguientes de recibido el escrito de acusación se debe fijar la fecha de la audiencia, la cual no podrá ser después de los cinco días siguientes (término judicial).

• Desarrollo de la audiencia. El juez de conocimiento instalará la audiencia, verificará la presencia de la Fisca- lía y la defensa, y constatará si está presente otro interviniente y el ministerio público. Concederá la palabra en primer lugar a la Fiscalía, luego a la defensa y al ministerio público para que se pronuncien sobre la existencia de alguna(s) causal(es) de impedimento, recusación o nulidad, si existieren. Corrido el traslado del escrito de acusación, la defensa y el ministerio público podrán hacer observaciones al mismo y señalar si se incumplió alguno de los requisitos establecidos en el CPP. En este caso, se concederá la palabra a la Fiscalía para que lo aclare, adicione o corrija. Saneado el procedimiento, el juez concederá la palabra al fiscal para que formule la acusación. Si el juez acepta alguna causal de impedimento, suspenderá la audiencia y remitirá el escrito al funcionario competente; si prospera la recusación, se enviará el escrito al superior funcional, quien deberá resolver de plano, dentro de los tres días siguientes. Si se presenta una nulidad no subsanable, el juez la declarará. Si dentro de la audiencia el acusado solicita la suspensión condicional del procedimiento a prueba, el juez permitirá que dialogue con la Fiscalía para llegar a un acuerdo, determinar las condiciones que hay que cumplir y el tiempo de las mismas. Si la Fiscalía aplica el criterio de oportunidad, el juez así lo declarará y quedará suspendida la convocatoria a la audiencia preparatoria por la aplicación futura del principio de oportunidad por renuncia a la acción penal o la reanudación del procedimiento por no cumplimiento de las condiciones impuestas por la Fiscalía (en este caso, el juez no revisa la legalidad de la aplicación del principio de oportunidad, ya que no extingue la acción penal sino que suspende el procedimiento una vez que se formule la acusación).

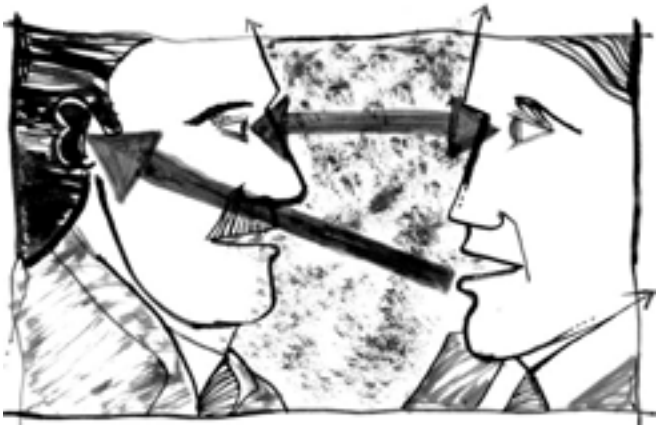
• Decisión. 1). Formulación de la acusación con las correcciones incorporadas, si hubo lugar a ellas, y fijación de la fecha, hora y sala para la celebración de la audiencia preparatoria. 2). Si se presentó un preacuerdo entre las partes, el juez lo aprobará o improbará si con el mismo no se han violado derechos fundamentales o garantías esen-

ciales. 3). Si el acusado, dentro de la audiencia, solicitó a la Fiscalía la suspensión condicional del procedimiento y ésta estuvo de acuerdo y aplicó el criterio de oportunidad, el juez decretará la suspensión del procedimiento, si legal- mente corresponde. En este evento, primero debe proceder la formulación de la acusación y luego la aplicación del criterio de oportunidad, porque es precisamente en ese estadio procesal (formulada la acusación) que procede la suspensión del procedimiento a prueba; de no cumplirse las condiciones, la actuación siguiente será la audiencia preparatoria.

• Efecto de la decisión. 1). Fijación del objeto del juicio. 2). Aprobación del acuerdo. 3). Suspensión condicional del procedimiento y determinación de las condiciones que deberá cumplir el acusado. Si se aprobó un preacuerdo o una declaración de aceptación de los cargos, el juez señalará fecha y hora para la realización de la audiencia de individualización de la pena.

• Formalidades de la decisión. Grabación de la audiencia y acta que contenga el objeto de la misma, los participantes y las decisiones adoptadas.

• Recursos. No proceden, pero si se presentaron impedimentos, recusaciones o nulidades, se remitirán al superior funcional del juez para que resuelva de plano en tres días. Contra la decisión del superior no procede ningún recurso.



2. AUDIENCIA PREPARATORIA

(art. 355, CPP)

• Objeto de la audiencia: 1). Revisar si el proceso de descubrimiento de prueba por parte de la Fiscalía fue completo y leal. 2). Enunciar las pruebas que cada parte hará valer en el juicio, incluida la prueba anticipada, y presentar o enunciar los elementos materiales probatorios que desean ser exhibidos en la audiencia oral de juzgamiento. 3). Que la defensa descubra los elementos materiales probatorios y evidencia física que hará valer en el juicio. 4). Solicitar la exclusión de los medios de conocimiento o prueba que sean inadmisibles de acuerdo con las reglas de prueba. 5). Que las partes hagan las manifestaciones sobre estipulaciones probatorias, se presenten las mismas y se dé la aprobación del juez. 6). Que el acusado manifieste si acepta o no los cargos, a efectos de obtener rebaja de pena y se proceda a dictar sentencia.

• Iniciativa para su realización o requirente. El juez la fija en la audiencia de formulación de la acusación.

• Fundamento jurídico para su requerimiento. Garantizar que el descubrimiento de prueba haya sido completo y en caso contrario, anticipar la no admisibilidad posterior del medio de prueba que contiene la información o puede establecer el hecho. Garantizar que al juicio sólo entre la prueba pertinente y admisible por ser legal y lícita. Garantizar que las partes no recibirán sorpresas en el juicio porque conocen los medios de conocimiento y los elementos materiales probatorios que se presentarán y exhibirán en el juicio oral. Evitar dilaciones injustificadas del proceso, procediendo a dictar sentencia inmediata, si el acusado acepta los cargos formulados en la acusación.

• Participantes de la audiencia. Obligatorio, el fiscal y el defensor. Facultativo, el acusado, el ministerio público y la víctima.

• Momento en que se debe desarrollar. Entre quince y treinta días después de haberse realizado la audiencia de formulación de la acusación.

• Desarrollo de la audiencia. El juez de conocimiento instalará la audiencia, verificará la presencia de la Fisca- lía y la defensa y constatará si está presente otro interviniente y el ministerio público. El juez concederá la palabra a la defensa para que se pronuncie sobre el descubrimiento de prueba y manifieste si considera que el descubrimiento ha sido completo, o señale algún elemento material o información que conozca y no se le haya dado a conocer. Si la defensa formuló algún reparo al descubrimiento, se otorgará la palabra a la Fiscalía para que controvierta las afirmaciones si lo solicitado está excluido como material o información que deba descubrirse, o para que entregue lo requerido por la defensa. En seguida, se da la palabra al fiscal para que haga lo propio. El juez ordenará a la defensa que descubra los elementos materiales probatorios y evidencia física que posea y que pretenda hacer valer en el juicio oral (la defensa no debe descubrir aquellos elementos probatorios recogidos durante su investigación que incriminen a su cliente, salvo que los piense hacer valer de alguna manera en el juicio oral). Si la defensa ha anunciado que ejercerá una defen- sa afirmativa, el juez exigirá que descubra todos los elementos materiales probatorios e información que posea y que fundamente la misma.

Resuelto lo relativo al descubrimiento, el juez preguntará a las partes si van a presentar estipulaciones probatorias; si así se lo solicitan, podrá decretar un receso hasta de una (1) hora para que las partes discutan el punto y le presenten las estipulaciones. Presentadas las estipulaciones por escrito, el juez revisará que las mismas no violen ninguna garantía fundamental, y de ser así las aprobará y devolverá para que se introduzcan durante el juicio oral. Acto seguido, el juez le concederá la palabra a la Fiscalía para que enuncie las pruebas que pretende hacer valer en el juicio y en seguida oirá a la defensa sobre su solicitud de pruebas. El único medio de prueba que no es necesario ofrecer, así se tenga el propósito de practicarlo en el juicio, es el testimonio del acusado, ya que éste puede renunciar a su derecho a guardar silencio y a no autoincriminarse y declarar como testigo de la defensa en cualquier momento, antes de culminar el turno de práctica de pruebas de la defensa.

Si alguna de las partes pretende que se inadmita algún elemento material o evidencia física o un medio de prueba, deberá entregar el fundamento jurídico y fáctico para ello. Hecho esto, el juez concederá la palabra a la contraparte para que controvierta los fundamentos dados por quien pretende la exclusión o inadmisibilidad del medio de conocimiento. Si el juez lo requiere, se puede interrogar y contrainterrogar a testigos sobre el punto respecto del cual verse la controversia para la admisibilidad o rechazo del medio de conocimiento. Oídas las partes y al ministerio público si estuviere presente, el juez se pronunciará sobre las solicitudes de inadmisibilidad, indicando, si es así, los motivos por los cuales no acepta un determinado medio de prueba. Acto seguido, el juez decretará la práctica en la audiencia del juicio oral de las pruebas pertinentes que hayan sido solicitadas y no fueron inadmitidas.

Cada una de las partes le deberá indicar al juez el orden de presentación de las pruebas (primero las de la Fiscalía y luego las de la defensa) y el orden en que serán interrogados los testigos (art. 390, CPP).

Resuelto sobre la admisibilidad de los medios de conocimiento o prueba propuestos por las partes y en forma

excepcional por el ministerio público, si hubo lugar a ello, el juez resolverá sobre la solicitud, si se presenta, para exhibir en esta audiencia los elementos materiales probatorios que ofrecen las partes.

Finalmente, el juez concederá la palabra al acusado para que, asesorado por su defensor, manifieste si acepta los cargos formulados en la acusación. En caso positivo, el juez verificará que se trata de una declaración libre, consciente, con conocimiento, debidamente ilustrada y asesorada sobre los derechos y las consecuencias de hacerlo, y si es así, procederá a dictar sentencia, reduciendo en una tercera parte la pena por imponer.

Si no hubo aceptación de los cargos, procederá a fijar la fecha, hora y lugar para la audiencia del juicio oral.

• Decisión. Sentencia en virtud de la aceptación de los cargos formulados por la Fiscalía: 1). Decretar las pruebas solicitadas y admitidas por el juez. 2). Revisión de las estipulaciones hechas por las partes. 3). Determinación sobre el orden en que se presentará la prueba de la Fiscalía y luego de la defensa.4). Fijación de la fecha y la hora para el inicio de la audiencia del juicio oral (dentro de los treinta días siguientes).

• Efecto de la decisión. Establecer las reglas que regirán durante el juicio oral en cuanto a práctica de pruebas.

• Formalidades de la decisión. Grabación de la audiencia y acta que contenga todas las decisiones adoptadas por el juez en materia de admisibilidad de los medios de conocimiento.

• Recursos. Contra la decisión del juez de inadmitir un medio de conocimiento o prueba, procede el recurso de apelación en el efecto suspensivo.

3. AUDIENCIA POSTERIOR AL JUICIO ORAL: INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL *(art. 102, CPP)*

• Objeto de la audiencia: 1). Determinar los daños causados con la conducta criminal. 2). Oír la pretensión de reparación integral de la víctima. 3). Promover la conciliación entre las partes. 4). Decidir el incidente, determinando la forma y plazo de la reparación integral. 5). Incorporar la decisión a la sentencia que profiera el juez.

• Iniciativa para su realización o requirente. La iniciativa debe provenir en primer lugar de la víctima o sus herederos, sucesores o causahabientes, o del ministerio público, pero a instancia de la víctima, o cuando éste es menor o incapaz y no tiene representante, del fiscal, siempre y cuando la pretensión de reparación integral no sea sólo económica.

• Fundamento jurídico para su requerimiento. Garantizar que se lleve a cabo una reparación integral de los daños causados con la conducta punible, ya sea mediante la aplicación de un programa de justicia restaurativa (conciliación, mediación), o mediante decisión en el incidente de reparación integral.

• Fundamento fáctico para su requerimiento. Pretensión concreta en contra del declarado penalmente responsable y propuesta de reparación integral. Pruebas que respalden la existencia del daño y de la pretensión del requirente. El declarado responsable penalmente podrá presentar pruebas para controvertir la calidad de víctima, el pago anterior, la naturaleza del daño y la pretensión reparatoria.

• Participantes de la audiencia. Obligatorio: la víctima o el solicitante, si fuera el fiscal o el ministerio público. Facultativa: el declarado penalmente responsable,

el fiscal, el ministerio público, el tercero civilmente responsable y el asegurador (sólo para la conciliación), si hubo llamamiento en garantía.

• Momento en que se debe desarrollar. Dentro de los ocho días siguientes al anuncio del sentido del fallo que declara la responsabilidad penal del acusado. La solicitud caduca dentro de los 30 días siguientes al anuncio del fallo.

• Desarrollo de la audiencia. El juez de conocimiento instalará la audiencia, verificará la presencia del requirente (víctima) y constatará si está presente alguna de las partes u otro interviniente. Concederá la palabra en primer lugar a la víctima o incidentante para que formule su pretensión en contra del declarado penalmente responsable y en forma concreta manifieste a qué tipo de reparación integral aspira (económica, una disculpa, una manifestación pública de arrepentimiento, etc.) y enuncie qué pruebas pretende hacer valer. El juez procederá a examinar la pretensión y la rechazará si se comprueba que el incidentan- te no es víctima o ya se hubieran pagado los perjuicios y la pretensión se limita a éstos.

Si el juez admite la pretensión, la pondrá en conocimien- to del declarado penalmente responsable y promoverá la realización de una conciliación, dando oportunidad a los intervinientes para que dialoguen. Si se llega a una conciliación, el juez dará término al incidente y lo acordado se incorporará a la sentencia. Si no se llega a un acuer- do, el juez suspende la audiencia y convoca para conti- nuar dentro de los ocho (8) días siguientes.

Reanudada la audiencia, el juez invitará nuevamente a los intervinientes a conciliar, y de lograrse un acuerdo concluirá la audiencia y lo acordado se incorporará a la sentencia. Si no hubo conciliación, el juez abrirá la práctica de las pruebas ofrecidas por las partes, empezando por las del incidentante y luego las del declarado penalmente responsable. Concluida la práctica de las pruebas, la víctima y el incidentante presentarán los fundamentos de sus pretensiones. Si la víctima o incidentante no comparecen, se declarará el archivo de la solicitud por desistimiento de la pretensión.

Si quien no comparece es el declarado penalmente responsable, se resolverá con la prueba ofrecida por el incidentante y los presentes. Presentadas las pruebas y los fundamentos, el juez adoptará la decisión en forma inmediata y la incorporará a la sentencia que declara la responsabilidad penal.

• Decisión. 1). Rechazo de la pretensión y archivo de la misma. 2). Admisión de la pretensión. 3). Aprobación de la conciliación e incorporación a la sentencia, o decisión sobre la pretensión e incorporación a la sentencia, o declaratoria del desistimiento de la pretensión y archivo de la solicitud y condena en costas.

• Efecto de la decisión. Poner fin al incidente e incorporar la decisión a la sentencia.

• Formalidades de la decisión. Grabación de la audiencia y acta que contenga las decisiones adoptadas, e incorporación de la decisión en la sentencia que declara la responsabilidad penal.

• Recursos. Contra la decisión de inadmisión de la pretensión por no reconocerse la condición de víctima, procede el recurso de apelación; contra la sentencia, procede el recurso de apelación.

Tercera unidad

Técnicas del juicio oral

Sumario

1. Preliminar. 2. Teoría del caso. 3. Técnicas de negociación. 4. Declaración inicial. 5. Técnicas de interrogatorio. 6. Técnicas de contrainterrogatorio. 7. Oposiciones. 8. Argumentos de conclusión. 9. Planeación y organización del juicio.

1. PRELIMINAR

1.1 Concepción y enfoque de las técnicas del juicio oral

La dinámica de las instituciones jurídicas y los recientes cambios constitucionales para la implantación del sistema acusatorio en Colombia impulsan a trabajar permanentemente en el desarrollo del denominado juicio oral, como herramienta fundamental para materializar principios y valores procesales tales como los de publicidad, concentración, contradicción, inmediación, igualdad, lealtad, buena fe y dignidad humana.

Son grandes la expectativa y la esperanza que la nación ha puesto en lo que deberá ser el nuevo sistema de enjuiciamiento penal colombiano, pero no podemos olvidar que la reforma normativa es sólo un eslabón en la cadena de transformaciones estructurales que nuestro sistema necesita. El cambio sustancial está, más que en la erradicación de valores culturales arraigados a las seculares formas de enjuiciamiento inquisitivo, en la creación de nuevos valores procesales y éticos que identifiquen al abogado como un profesional con una misión social: contribuir en la solución de los conflictos, en la protección de los bienes jurídicos fundamentales y en el logro de la paz y la concordia nacional.

Los actuales abogados tienen el gran reto de transformar sus paradigmas, para ingresar en el ejercicio dialéctico y retórico del razonamiento forense oral. Su nue- va prioridad deberá ser persuadir a los juzgadores de que su pretensión es la más creíble y ajustada a los he- chos, a través de sus habilidades orales para obtener la verdad de quien la posee u oculta, o de aquello que la evidencia.

Los futuros juristas deberán hacer lo propio, con el compromiso adicional de consolidar los nuevos valores procesales y éticos que caracterizarán los debates judiciales venideros.

En un sistema entre partes, en el que corresponde a cada parte probar el supuesto de hecho de la norma que invoca y donde la decisión del juez sólo puede estar basada en la prueba que en forma oral se practica o introduce en la audiencia, es necesario que el abogado desarrolle las habilidades y destrezas necesarias para persuadir al juez de que es su pretensión, y no la de la contraparte, la que debe acoger.

1.2 Habilidades y destrezas para la persuasión

Un buen abogado, cualquiera que sea el escenario donde se desempeñe, como funcionario público, funcionario judicial, negociador de conflictos, o en el ejercicio particular, requiere, además del conocimiento sustantivo y la capacidad de ubicar e identificar las fuentes del derecho, las habilidades y destrezas para aplicarlo. Estas habilidades y destrezas en todo el escenario judicial, sobre todo en el juicio penal, son básicamente las que le permiten utilizar la comunicación oral como un método efectivo de persuasión. El propósito de cada una de las partes en juicio es convencer al juzgador de que su versión de los hechos es la correcta, que su teoría del caso y no la de la contraparte es la que debe acoger. Para lograrlo, el abogado debe planificar cada una de sus actuaciones en el juicio, teniendo en cuenta que a éste no se llega a saber lo que pasó, sino a probar lo que ocurrió. Esto no lo puede lograr el abogado utilizando sólo su talento intuitivo personal.

Dos son los instrumentos que tiene el abogado para la persuasión: la ley y la prueba. La forma en que és-

tos se llevan al juzgador para demostrarle que la versión de los hechos que le presenta es la verdadera es lo que constituye la habilidad y destreza para utilizar la palabra, no para el discurso o la discusión, sino para una persuasión efectiva en la que logra que la percepción última del juez corresponda con la que le hemos transmitido.

La capacidad de persuasión está ligada a la credibilidad de la persona que transmite la información, a su capacidad de comunicación y a la capacidad del juzgador para asimilarla y procesarla. La credibilidad del fiscal, del defensor y de los declarantes, es la que se pone a prueba cada vez que un juicio se inicia. Esta credibilidad se sustenta en la confianza que se le inspire al juzgador y para ello el abogado y el testigo deben actuar con ética, conocimien- to, técnica y dinamismo. Las habilidades, destrezas y valo- res que debe desarrollar el abogado para presentar su pretensión en forma convincente y lograr persuadir al juzgador están ligadas con poder:

- Formular una teoría del caso lógica, creíble y jurídicamente suficiente que se pueda probar.

- Determinar estratégicamente el orden en que presentará sus pruebas y sus testigos en el juicio.

- Presentar una declaración inicial que le permita plantear una visión de lo sucedido y de lo que verá en el juicio a través de una historia clara, completa, amena y con señalamiento de la prueba que acreditarán los hechos en la forma como se proponen.

- Conocer y aplicar la técnica del interrogatorio pa- ra acreditar al testigo y hacer que narre una historia convincente, de acuerdo con lo que le consta de la misma.

- Utilizar correctamente la técnica del contrainterrogatorio para revelar todas aquellas debilidades, intereses, errores, prejuicios y contradicciones que tenga el testigo de la contraparte, o para destacar algo que fortalece su teoría.

- Saber el momento oportuno y a través de qué testigo introducirá la evidencia física o material, solicitar al juez su admisión como prueba para su valoración y utilizarla en los momentos oportunos.

- Saber en qué momento y con qué fundamento formular una oposición.

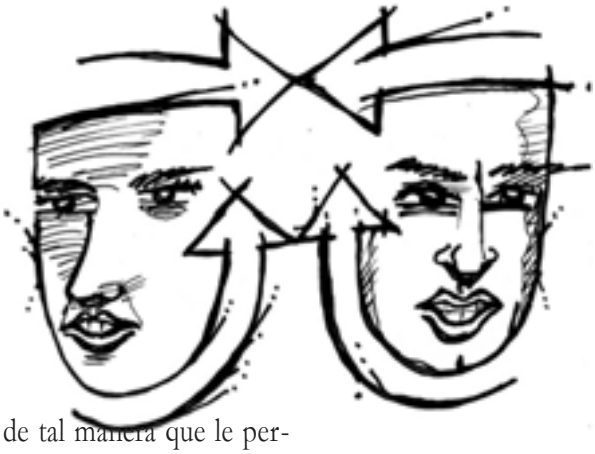
- Saber hacer estipulaciones, determinar en su escrito el alcance de las mismas, introducirlas como prueba en juicio y hacer uso de ellas en el mismo.

- Saber usar y reconocer el lenguaje no verbal.

- Hacer un alegato de conclusión claro, corto, preciso, que le ayude al juez a valorar la prueba y le permita realmente concluir que el abogado probó su caso y que la petición que formula es la que corresponde con lo que vio en el juicio. Un alegato de conclusión donde se establezca qué probó, cómo lo probó y la conclusión de lo probado.

- Reconocer y aplicar los principios y valores inmersos en toda contienda judicial para lograr que la misma sea leal, transparente, efectiva y vigorosa, pero a la vez respetuosa de los derechos de todos los que en ella intervienen.

Las habilidades y destrezas orales no son herramientas para convertir al abogado en un actor, ni siquiera en un orador excelente, sino en un orador efectivo. Esta efectividad se la da precisamente el poder usar el lenguaje verbal para acercar al juzgador a un fallo justo y acertado, en virtud de que los interrogatorios y los contrainterrogatorios se hicieron técnicamente, de tal manera que le permitieron reconstruir la historia de los hechos, y en que el alegato final no fue una simple repetición de rol, si- no una argumentación basada en cómo la prueba estableció que el hecho coincide perfectamente con el derecho invocado, sustento de la pretensión.



El aprendizaje de las técnicas para desarrollar habilidades y destrezas orales permite saber que *la forma* y *el orden* en que se presenta la información influyen en la toma de decisiones del juzgador; que son importantes el uso y la manera de escoger el lenguaje en la formulación de las preguntas; que el ritmo y el tono deben saberse manejar para mantener la atención del juez durante todo el tiempo; que el uso de ayudas audiovisuales son una forma de extensión de la voz y una técnica del aprendizaje visual en la que se debe apoyar el abogado.

La oralidad como principio y las habilidades y destrezas orales como técnica que lo materializan no son exclusivas de un sistema acusatorio, sino de todos los sistemas procesales. La oralidad como principio sirve al sistema de justicia en general, en cuanto le permite materializar otros principios como los de igualdad, inmediación, concentración y contradicción. La oralidad como técnica le sirve al abogado en particular, en cuanto le brinda las herramientas para la persuasión.

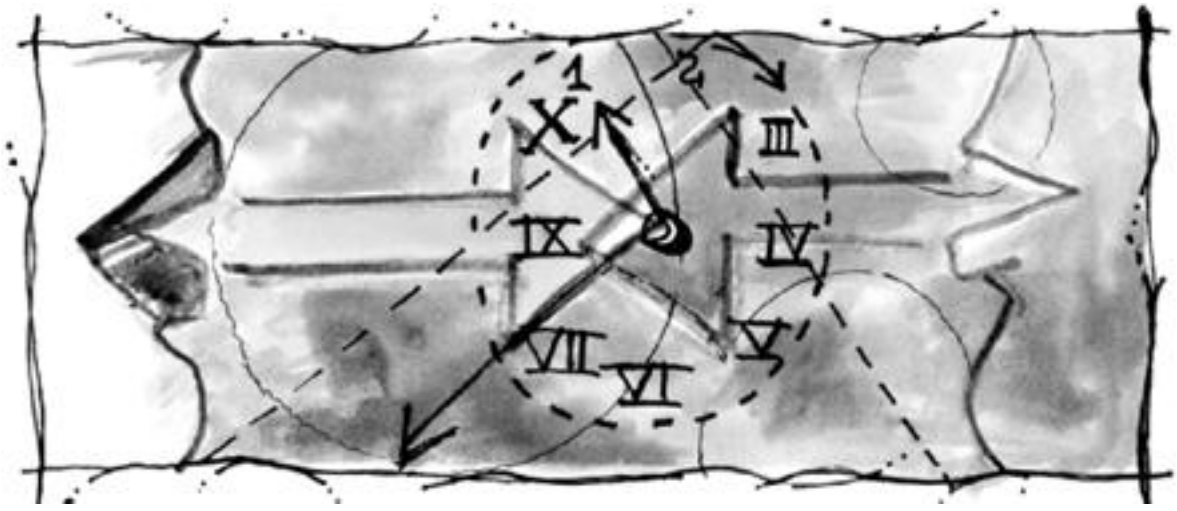
En las unidades siguientes de este manual se desarrollarán las técnicas orales necesarias para una actuación oral persuasiva, centradas particularmente en el papel de los sujetos procesales en confrontación dialéctica. Se tratarán entonces las técnicas para la elaboración, presentación y comprobación de la teoría del caso; aquellas referidas a la negociación como herramienta alternativa para la solución del conflicto penal; las técnicas para realizar los alegatos iniciales y finales; y las relacionadas con los interrogatorios, contrainterrogatorios y oposiciones.

2. TEORÍA DEL CASO

2.1 Aspectos generales

2.1.1 Introducción

Afrontar un litigio judicial requiere una adecuada planeación para que las pretensiones que se presentan logren ser declaradas por el juzgador. La teoría del caso es la herramienta más importante para planear la actuación del proceso, verificar el desempeño durante el debate oral y terminar adecuadamente en el argumento de conclusión. La planeación y la prepara-



ción del juicio evitan inconsistencias e incongruencias cuando se está alegando de apertura o cierre y cuando se está interrogando, contrainterrogando o haciendo oposiciones.

2.1.2 ¿Qué es la teoría del caso?

La teoría del caso es, pues, el planteamiento que la acusación o la defensa hace sobre los hechos penalmente relevantes, las pruebas que los sustentan y los fundamentos jurídicos que lo apoyan.

Es la teoría que cada una de las partes en el proceso penal plantea sobre la forma como ocurrieron los hechos, y la responsabilidad o no del acusado, según las pruebas que presentarán durante el juicio.

Es el guión de lo que se demostrará en el juicio a través de las pruebas.

2.1.3 ¿Cuándo se construye la teoría del caso?

La teoría del caso se empieza a construir desde el primer momento en que se tiene conocimiento de los hechos. Una vez que se posea la información que servirá a cada una de las partes, se debe definir cuál será la teoría del caso por demostrar. Se plantea inicialmente como hipótesis de lo que pudo haber ocurrido. Estas hipótesis deben ser sujetas a verificación o comprobación mediante las diligencias que se practican durante la investigación. Las hipótesis de investigación se convierten en teoría al finalizar la misma. Se modifica y se ajusta hasta que empiece el juicio.

2.1.4 Características de la teoría del caso

Para que la teoría del caso sea verdaderamente útil, debe cumplir con las siguientes condiciones:

- Sencillez. Los elementos que la integran deben ser claros y sencillos, sin necesidad de acudir a avanzados raciocinios.

- Lógica. Porque debe guardar armonía y permitir la inferencia de las consecuencias jurídicas de los hechos que la soportan.

- Credibilidad. Para lograrse explicar por sí misma, como un acontecimiento humano real, acorde con el sentido común y las reglas de la experiencia. Debe ser fundamentalmente persuasiva. La credibilidad está en la manera como la historia logra persuadir al juzgador.

- Suficiencia jurídica. Porque todo el razonamien- to jurídico se soporta en el principio de legalidad y por tanto debe poder llenar, desde el punto de vis- ta del acusador, todos los elementos de la conduc- ta punible y de la culpabilidad. Desde la óptica del defensor, debe determinar la falta de un elemento de la conducta o de la responsabilidad, o de los antecedentes jurisprudenciales que fijan el alcance de la norma o la violación o inexistencia de los procedimientos que garantizan la autenticidad o mismidad de los medios de prueba (cadena de custodia).

- Flexibilidad. Ya que inicialmente se concibe cómo será el juicio, pero éste siempre está sujeto a un conjunto de avatares e imprevistos, como todo proceso adverso. La teoría del caso debe ser lo suficientemen- te flexible para adaptarse o comprender los posibles desarrollos del proceso sin cambiar radicalmente, porque el cambio de teoría del caso da al traste con la credibilidad de cualquier sujeto procesal.

Una buena teoría del caso será, entonces, aquella que contiene una hipótesis sencilla sobre los hechos y una clara adecuación típica de los mismos, sin que se entre en sofisticados razonamientos fácticos o dogmáticos, que sea creíble porque su posibilidad de acaecimiento es notoria y su formulación es lógica, y que logre explicar congruentemente la mayor cantidad de hechos que sustenten la propia pretensión, e incluso aquellos que fundamentan la teoría del caso de la contraparte y que han podido salir a la luz en el transcurso del juicio.

2.1.5 ¿Para qué sirve la teoría del caso?

La teoría del caso sirve para pensar organizadamente el caso y monitorear cada etapa del juicio. Permite construir la historia persuasiva con significado penal relevante. En cada fase del juicio oral, la teoría del caso ayuda a:

- Planear y organizar la alegación inicial. La presentación de la teoría del caso se realiza en la declaración inicial. "Una vez instalada la audiencia de juicio oral, antes de proceder a la presentación y práctica de las pruebas, la Fiscalía deberá presentar la teoría del caso. La defensa, si lo desea, podrá hacer

lo propio *(art. 371, CPP)*. Se presenta como una historia que reconstruye los hechos con propósitos persuasivos hacia el juzgador. Esta historia persuasi- va contiene escenarios, personajes y sentimientos que acompañan toda conducta humana.

Esta declaración inicial, como se verá más adelante, contiene la presentación del tema, la narración de los hechos, las pruebas que sustentarán la teoría y se practicarán en el juicio, y lo que logrará probarse. La teoría del caso es la esencia de la declaración inicial que permite organizarlo lógica y persuasivamente en sus aspectos fácticos, probatorios y jurídicos.

- Organizar la prueba que se presentará. La teoría del caso permite organizar la prueba de la forma que mejor convenga para vivificar la teoría del caso. Para la Fiscalía la mejor forma puede ser cronológicamente, ya que permite presentar la historia paso a paso. Para la defensa la mejor opción es la presentación temática o estratégica, formas dirigidas a probar un supuesto jurídico determinado (por ejemplo, no autoría).

  La organización de la prueba permite eliminar las pruebas innecesarias y direccionar las pruebas que se presentarán hacia el hecho (s) que se quiere probar, relacionarlas con los supuestos jurídicos y anticipar su contradicción por los demás sujetos procesales.

  Permite establecer el orden en que se presentará a los testigos y peritos, privilegiando los testimonios fuertes al comienzo y al final para causar impacto sobre el juzgador, con el principio psicológico de que lo que se retiene es lo primero y lo último. También permite organizar los interrogatorios, orientando éticamente al testigo sobre su declaración y la secuencia de la examinación, así como orientarlo frente al contrainterrogatorio que vendrá después. Ayuda a analizar las debilidades de los testigos propios y adversos, y a preparar el contrainterrogatorio respectivo.

  Igualmente, la teoría del caso permite determinar a través de cuál testigo de acreditación se podrá introducir cada una de las evidencias físicas.

- Hacer estipulaciones. La teoría del caso le permitirá determinar cuáles hechos o circunstancias que requieren ser probados no van a ser controvertidos por la otra parte y, por tanto, se podrán proponer estipulaciones probatorias.

- Preparar el alegato de conclusión. La culminación del debate oral es el alegato final. Se aconseja siempre diseñar la teoría del caso a partir del alegato de conclusión y devolverse para saber cuáles son los pasos que hay que dar y los presupuestos fácticos jurídicos y probatorios que deberán presentarse, para que los argumentos establezcan las promesas realizadas en la declaración inicial.

- Adoptar y desechar estrategias de acusación y defensa. Con un buen diseño de la teoría del caso, el fiscal y el defensor están en capacidad de identificar cuál es su mejor posibilidad de acusación o defensa: si la aplicación de un criterio de oportunidad, la declaración unilateral de aceptación de la imputación o acusación, o los preacuerdos.

2.1.6 Elementos de la teoría del caso

La teoría del caso tiene tres niveles de análisis:

- Jurídico. Es el punto de partida, todo gira alrededor de esto. Consiste en el encuadramiento jurídico de los hechos dentro de las disposiciones legales, tanto sustantivas como procedimentales. Es la subsunción de los hechos, la historia en la norma penal aplicable.

- Fáctico. Sustenta lo jurídico. Es la identificación de los hechos relevantes o conducentes para comprobar la existencia de la conducta punible y la responsabilidad o no responsabilidad del procesado, hechos que se deben reconstruir durante el debate oral, a través de las pruebas. Los hechos contienen las acciones con circunstancias de tiempo, los lugares o escenarios, los personajes y sus sentimientos, el modo de ocurrencia, los instrumentos utilizados, y el resultado de la acción o acciones realizadas.

- Probatorio. Sustenta lo fáctico. Permite establecer cuáles son las pruebas pertinentes para establecer la certeza de la ocurrencia de la conducta punible y de la responsabilidad del acusado como supuestos de una sentencia condenatoria para la Fiscalía, o la ausencia o deficiencia de estos requisitos en el caso de la defensa, fallas procedimentales esenciales o la ruptura de la cadena de custodia que hace perder la autenticidad de la prueba. El aspecto probatorio de la teoría es el modo de comprobar ante el juez los planteamientos formulados.

2.2 Construcción de la teoría del caso

En general, de lo que se trata es de construir *proposiciones fácticas* adecuadas a *elementos legales*, sobre las cuales se elabore un *relato creíble*, sustentado en *medios de prueba*.

2.2.1 Construcción de las proposiciones

Lo primero en la construcción de la teoría del caso es dedicar especial atención a la investigación, búsqueda, identificación, definición, análisis e interpretación de los hechos que llegan a nuestro conocimiento. Con esto, podemos definir cuáles de ellos poseen alguna relevancia penal, es decir, si pueden satisfacer o no los elementos legales que estructuran el delito por el cual se procesará a la persona. Hechos relevantes para el fiscal pueden ser, por ejemplo: que el acusado disparó sobre la víctima; que la víctima murió como consecuencia del disparo; que el acusado se encontraba en el lugar de los hechos el día del homicidio; etc. Hechos irrelevantes pueden ser: el tipo de arma (pisto- la o revólver) con la cual el acusado disparó, si no se discute que le disparó.

Algunos hechos nos parecerán con alguna relevancia penal, pero no necesitaremos incorporarlos a nuestro alegato, ya que, por ejemplo, pueden ser objeto de acuerdo con la contraparte, sobre la inutilidad de llevarlos a la controversia oral. Es el caso del acuerdo o estipulación a que podrían llegar la Fiscalía y la defensa sobre la causa de la muerte, cuando lo que se controvierte es la autoría del hecho y no la existencia del mismo.

Lo siguiente será construir nuestras proposiciones, que no son otra cosa que el encuadramiento legal de los hechos materia del proceso; según Baytelman y Duce,

"Una proposición fáctica es una afirmación de hecho que satisface un elemento legal. Dicho de otro modo, una proposición fáctica es un elemento legal reformulado en un lenguaje corriente, que se remi- te a experiencias concretas del caso, experiencias és- tas sobre las que un testigo sí puede declarar"[29].

Tomamos entonces cada hecho relevante, lo comparamos con uno o varios elementos del delito y determinamos si aquél se subsume en éste o éstos. De ser así, formulamos una o varias proposiciones fácticas para cada elemento legal, como podría ser que en el caso Patiño (ver al final del manual) el disparo que el acusado hizo a la víctima se produjo como resultado del forcejeo que tuvo con la misma. Este resultado era previsible por el acusado al presentarse a hurtar con un arma de fue- go (dolo eventual).

En el caso *Patiño,* podemos imaginar lo siguiente: Revisado el informe del investigador *Guillermo Fonseca*, y luego de haber realizado otras indagaciones sobre los hechos acaecidos y sus circunstancias, el fiscal pudo establecer que se dio muerte a *Andrés Castro*, para facilitar la consumación de un hurto en el establecimiento comercial denominado *El Triunfo*.

Con este simple y primario análisis fáctico, pensó que la conducta de *Carlos Patiño* podría satisfacer los elementos legales que estructuran los delitos de homicidio agravado y hurto calificado y agravado. Dichos elementos los remitió a los hechos y circunstancias concretas del caso, con lo cual pudo elaborar varias afirmaciones o proposiciones fácticas que pretenderá probar en el jui- cio y basar en ellas la construcción de su relato y sus pretensiones condenatorias. Algunas de las proposiciones que construyó son éstas: *Carlos Patiño* disparó contra la humanidad de *Andrés Castro*; *Carlos Patiño* sustrajo $650.000 que se encontraban en la caja registradora y una botella de aguardiente Néctar; *Andrés Castro* murió como producto del disparo que le hizo *Carlos Patiño*; el día y hora en que *Carlos Patiño* dio muerte a *Andrés Castro*, aquél vestía una camiseta de las que se usan para jugar baloncesto y se desplazaba en una moto de color rojo; en la casa de *Carlos Patiño* se encontró una botella de aguardiente Néctar. *Carlos Patiño* le dijo a su novia, *Janira Salazar*, que tuvo problemas con un tipo, pero que no quería que muriera.

2.2.2 Determinación de los medios de prueba

Después de haber identificado y seleccionado los hechos que tienen la capacidad de producir un efecto jurídico determinado, corresponde acreditar aquellos que efectivamente hayan sucedido, lo cual se logra mediante la determinación de los diversos medios de prueba. Entre estos medios de conocimiento se encuentran la prueba testimonial, pericial, documental, inspección, los elementos materiales probatorios, evidencia física o cualquier otro medio técnico o científico que no viole el ordenamiento jurídico *(art. 382, CPP)*. Para esto, lo primero que hay que tener en cuenta son las proposiciones seleccionadas para fundamentar la pretensión penal. Un inventario detallado de éstas permitirá determinar los medios probatorios más idóneos para demostrar que los hechos identificados sí se encuadran dentro del precepto normativo.

Por ejemplo, si se está ventilando un caso por el delito de peculado por apropiación, en lo referente al fiscal, se debe probar que el sujeto activo es un empleado oficial

[29] Andrés Baytelman y Mauricio Duce, *litigación penal en juicios orales*, 2a ed., Santiago de Chile, Universidad Diego Portales, 2001, P. 44.

y por tanto debe acreditar dicha calidad a través de documentos tales como el decreto de nombramiento, el acta de posesión y la constancia de tiempo de servicios. Como la acción es la de apropiación, el fiscal demostra- rá su ejecución a través de cheques girados a terceros sin sustento contable o administrativo, testimonios de empleados que dan cuenta de la pérdida del bien a manos del acusado, etc.

A cada proposición debe corresponder uno o varios medios de prueba que la demuestren o nieguen. Lo que debe buscar el operador es aquel medio de prueba que mejor demuestre su proposición fáctica.

> En el caso *Patiño*, el fiscal decidió entrevistar a varios testigos reportados por el investigador *Fonseca*, con lo cual logró comprometer el testimonio de *Rebeca López*, *Carlos Muñoz* y *Gloria Dávila*. *Gloria Dávila* aportará evidencia afirmativa sobre que *Carlos Patiño* fue quien disparó contra *Andrés Castro* y quien hurtó el dinero de la caja registradora y la botella de aguardiente Néctar. Ella se encontraba con la víctima, su esposo, en el momento de los hechos. *Carlos Muñoz* aportará evidencia afirmativa sobre que el acusado, el día de los hechos, vestía una camiseta de las que se usan para jugar basquetbol y se movilizaba en una motocicleta de color rojo. Él observó desde su panadería los movimientos de *Carlos Patiño*. *Rebeca López* aportará evidencia afirmativa de que escuchó a *Carlos Patiño* cuando refería a su novia, *Janira Salazar*, un problema con un hombre a quien no quería matar. Adicionalmente, el fiscal podría introducir al juicio la camiseta de basquetbol, a efecto de que fuera reconocida por sus testigos.

Siempre es conveniente anticipar futuros problemas con probabilidad de presentarse, a causa de los efectos que pueda tener la introducción de ciertos medios de prueba de la contraparte. Éstos deben ser siempre analizados y revisados para descubrir sus fortalezas y debilidades, y así poder minimizar aquéllas y resaltar éstas en el juicio.

Los medios de prueba son manipulados ilícitamente muy a menudo, contaminados o recogidos de manera ilegal, ya sea porque se aplicaron procedimientos antitécnicos, ya porque la parte que pretende hacerlos valer defrauda al proceso y a sus actores. Por esto se deben investigar y analizar todas las circunstancias posibles que envuelven un medio de prueba, si se quiere tener armas adicionales que quiten valor probatorio a los medios y desacrediten a la parte que los presenta.

> En el caso de *Carlos Patiño*, la defensa bien podría introducir evidencia de refutación para demostrar que el reconocimiento y la identificación que con seguridad hará la señora *Gloria Dávila* en el juicio, carecen de credibilidad, ya que su capacidad de percepción y evocación de las características fisonómicas del acusado se vio afectada por un procedimiento irregular del investigador *Fonseca*, quien durante la indagación exhibió a la señora una fotografía del acusado, sin mostrarle otras que evitaran dirigir su memoria hacia una sola figura propuesta por un agente del Estado. Durante el juicio, cuando se inquiera a la testigo sobre la individualización del agresor, con seguridad dará las características de quien vio en la foto y a quien tiene delante de ella. Es lo más fácil.

El análisis probatorio como elemento de la teoría del caso culmina con un juicio de valor que asigna una determinada capacidad de demostración a los medios probatorios con que se cuenta. El hecho está probado *(prueba)* cuando se ha demostrado su acaecimiento, a través de medios idóneos *(medios de prueba)*, aplicados sobre determinados objetos o personas *(fuentes u órganos de prueba)*, de los cuales se extraen elementos de convicción *(evidencias)* con capacidad de demostración.

2.2.3 Construcción del relato

Con las proposiciones fácticas que encuadran en las normas jurídicas construidas y sustentadas probatoriamente, el abogado debe construir una historia o relato persuasivo, *lógico y creíble.*

La lógica del relato puede estar garantizada para el fiscal, en primer término, si la historia se cuenta de manera cronológica, ya que es el modo como el entendimiento humano capta mejor las ideas que se le comunican. En la fase de investigación, el caso casi siempre se presenta sin ningún tipo de orden. La narración que hacen los primeros testigos o sujetos intervinientes es ambigua, oscura, con lagunas e inconclusa y desordenada. El trabajo del abogado es preguntar para conocer el orden cronológico, hasta tener elaborada una histo- ria con secuencias lógicas. En segundo término, un re- lato lógico es aquel que exhibe una lógica interna, es decir, que los hechos antecedentes son efectiva y natural causa de aquellos sobrevinientes o posteriores. Es el ca- so de la poca racional afirmación de que el homicida no tenía la intención de dar muerte a la víctima, cuando aquél le propinó a ésta doce disparos en una misma des- carga del proveedor de su pistola.

Asumir la historia en forma temática resulta más efectiva para la defensa.

Lo creíble del relato depende de que el narrador sea capaz y comprometido con su causa y los intereses de quien representa. Todos los episodios del relato que se está contando deben transmitir seguridad y convicción con respecto a su capacidad de acaecimiento y demostración. No es creíble un relato que se ha construido alrededor de una teoría del caso ambigua, incoherente o contradictoria. Un ejemplo extremo es el que traen Baytelman y Duce, en relación con un abogado defensor que dice:

"Lo cierto es que mi representado no estaba en el lugar de los hechos al momento del homicidio…
Ahora, si se prueba que estaba en el lugar de los hechos, él no fue quien disparó el arma…
Pero bueno, si se prueba que él sí disparó el arma, entonces lo hizo en legítima defensa…
Ahora bien, si no se logra acreditar la legítima defensa, entonces mi representado es inimputable por demencia…"[30].

El tema dentro de la teoría del caso

Toda teoría del caso contiene un tema, el cual es el asunto central de esta historia persuasiva presentada ante el juez. Es una frase, un emblema, una calificación de los hechos que se repite dentro de todo el juicio oral. El propósito es fijar en el juzgador la esencia de la teoría del caso.

En la declaración inicial del proceso por el homicidio de *Andrés Castro*, la Fiscalía enunciaría el tema así: "Señor juez: este es el caso de un joven irresponsable e indolente, que para robar una botella de aguardiente y el dinero de un honesto trabajador, le segó la vida". El tema así enunciado plantea un concurso entre los delitos

[30] *Ibid.*, P. 51.

de homicidio agravado y hurto calificado y agravado, y personaliza al acusado como irresponsable e indolente que mata por un motivo abyecto.

Para la defensa, el tema sería el siguiente: "Señor Juez: este es el caso de una identificación subjetiva y de la imposibilidad física de cometer un delito". Ahí se anuncia que la identificación hecha por Gloria Dávi- la fue influenciada por el investigador y que además Carlos Patiño se encontraba en otro lugar al momento de cometerse el homicidio.

2.2.4 El móvil en la teoría del caso

El móvil de la acción es importante en el relato, porque normalmente implica para el jurado o para el juez la motivación de la acción, y hace de nuestra reconstrucción de los hechos una historia más interesante y representativa de la realidad, en la cual prácticamente nadie actúa porque sí, sino llevado de ciertas motivaciones interiores o exteriores.

El móvil explícito en el caso de Carlos Patiño es el hurto.

2.2.5 Estructuración de la teoría del caso

ESTRUCTURA JURÍDICA DE LA TEORÍA DEL CASO	FISCALÍA	DEFENSA
Homicidio agravado 1. Matar 2. A otra persona 3. Sin justa causa 4. Con conocimiento 5. Habiendo previsto como probable la realización de la infracción y dejado el resultado al azar. 6. Para facilitar otra conducta. Autor: quien realizó la conducta. Sujeto activo no calificado.	Se mató al señor Andrés Castro sin que mediara causal de justificación y en forma dolosa para poder facilitar un hurto. El autor de la conducta fue Carlos Patiño.	Se mató al señor Andrés Castro. El autor de la conducta no fue Carlos Patiño.
Hurto calificado y agravado 1. Apoderarse 2. De una cosa mueble 3. Ajena 4. Con el propósito de obtener provecho para sí o para un tercero. 5. Con violencia sobre las personas y las cosas. 6. En establecimiento público. 7. Autor: sujeto activo no calificado	El autor del hecho fue Carlos Patiño, con un arma de fuego y mediante ruptura de la caja registradora.	El autor del hecho no fue Carlos Patiño.

ESTRUCTURA FÁCTICA DE LA TEORÍA DEL CASO	FISCALÍA	DEFENSA
1. Cuándo (elemento de tiempo): a) Referente amplio b) Referente específico	a) El día 20 de julio del año pasado. b) A las 11:30 p.m.	a) El día 20 de julio del año pasado. b) Toda la noche.

2. Dónde (elemento de locación)	• Supermercado El Triunfo, ubicado en la calle 172 con carrera 50, en la ciudad de Bogotá, D.C.	• En su residencia, ubicada en la autopista Norte con calle 100, en la ciudad de Bogotá, D.C.
3. Quién lo hizo (elemento subjetivo activo)	• El aquí acusado *Carlos Patiño*.	• Un hombre que no pudo ser identificado.
4. Qué hizo (acción imputada o afirmada)	• Disparó un arma de fuego.	• Compartía un juego de cartas con su novia Janira Salazar y sus amigos Alfonso Daza y Luis Neira.
5. A quién se lo hizo (elemento subjetivo pasivo)	• Contra la humanidad de Andrés Castro.	
6. Circunstancias de: a) Modo b) Instrumento c) Otras	a) En un aparente forcejeo. b) Con un revólver calibre 38. c) Luego de haber dejado una moto encendida en la que huyó.	a) Tomaron aguardiente b) *Luis Neira* se retiró como a las 11:00 p.m. c) *Alfonso Daza*, se quedó dormido como a las 11:00 p.m. y amaneció allí. d) *Janira Salazar* se acostó a dormir con Carlos Patiño. e) Este no salió en toda la noche de su apartamento.
7. Resultado de la acción	• La muerte a Andrés Castro.	• Ninguno relevante penalmente.
8. Móvil de la acción o el porqué	• Para facilitar el hurto de $650.000 y una botella de aguardiente Néctar.	• Ninguno relevante penalmente.

ESTRUCTURA PROBATORIA DE LA TEORÍA DEL CASO	FISCALÍA TESTIMONIOS	DEFENSA
Qué. Establecido por:	Gloria Dávila	Janira Salazar, Luis Neira y Alfonso Daza.
Cómo. Establecido por:	Gloria Dávila Carlos Muñoz	Janira Salazar, Luis Neira y Alfonso Daza.
Cuándo. Establecido por:	Gloria Dávila Carlos Muñoz	Janira Salazar, Luis Neira y Alfonso Daza.
Dónde. Establecido por:	Gloria Dávila y Alfonso Daza, contrainterrogatorio Janira y Luis Neira	Janira Salazar, Luis Neira y Alfonso Daza.
Quién. Establecido por:	Rebeca López, Gloria Dávila	Gloria Dávila, Carlos Muñoz y Rebeca López (contrainterrogatorio).
A quién. Establecido por:	Gloria Dávila Médico forense	Janira Salazar, Luis Neira y Alfonso Daza.
Resultado de la acción.	Gloria Dávila	No existe acción de carácter penal que probar.
Móvil de la acción.	Gloria Dávila	No existe móvil de delito.

2.3 Estrategias y técnicas para la efectiva comunicación de la teoría del caso

No hay que olvidar la regla de oro de la comunicación efectiva: no importa qué tan bueno o significativo sea el mensaje, si el mensajero es malo, el mensaje no llega. El mensaje del abogado es la teoría del caso y el aboga- do mismo es el mensajero. El medio natural de la trans- misión es el relato. Su objetivo es persuadir al juzgador –el recipiente del mensaje– de que se trata de la versión más fidedigna de los hechos, y de la interpretación de la ley más adecuada y justa.

¿Cómo, entonces, comunicar efectivamente el mensaje de la teoría del caso? Para comunicar su teoría del caso, el abogado debe convertir la esencia de su teoría en una historia sencilla, coherente y convincente, que se pueda transmitir fácil y rápidamente. Está demostrado que la transmisión efectiva de esta historia depende en buena medida de un manejo hábil por el abogado de ciertas técnicas y consideraciones especiales. A continuación se resumen algunas de las más relevantes.

2.3.1 El tema central y las etiquetas

Entre estas técnicas cabe destacar la definición de un te- ma que encierre lo fundamental de la teoría del caso, así como el uso de un lenguaje basado en el tema, que facilita la comunicación sucinta y convincente de dicha teoría.

A los términos específicos utilizados para nombrar a las personas, los eventos o las cosas asociados con un tema, se les puede llamar “etiquetas”.

En el caso *Patiño*, la defensa puede alegar como teoría del caso la falsa identificación del sindicado. Un tema posible se podría expresar así: "Este caso se trata de una confusión de identidades; no negamos que la trágica muerte del señor *Andrés Castro* sucedió, pero sí afirmamos que los testigos se equivocaron al señalar al defendido, señor *Patiño*, como el responsable". El tema es la "confusión de identidades"; las "etiquetas" son aquellas palabras blandas que buscan amortiguar el golpe de los hechos y su impacto sobre la presunta responsabilidad del sindicado, como "muerte" en lugar de "ejecución" o "asesinato"; "occiso" en lugar de "víctima"; "Carlos Patiño" en vez del "acusado" o el "asesino".

Temas y etiquetas, pues, son el vocabulario que conforma el lenguaje del juicio oral que debe emplear el abogado para comunicarle al juzgador con claridad las bases de su posición fáctica y jurídica. La teoría del caso debe poder reducirse a un tema central, expresable en frases o palabras memorables, hasta emotivas, que encapsulan y reflejan lo esencial de dicha teoría. Un tema simple es preferible, aunque hay veces en que puede ser más sofisticado.

Las etiquetas son aquellos términos favorables utilizados por el abogado para referirse a las personas, los eventos y las cosas asociadas con el juicio, vistos desde su óptica. La repetición del tema central y de las etique- tas correspondientes a lo largo del juicio es una técnica muy eficaz para transmitir la visión del caso del aboga- do al tribunal.

2.3.2 Técnicas para contar la historia

El juzgador espera de la historia presentada por el abogado una versión coherente y lógica de los hechos, y una interpretación natural de las normas aplicables. Evidentemente, no hay que persuadirlo en cuanto a los hechos no controvertidos; por tanto, el abogado durante el juicio debe centrarse en transmitir su versión de las cuestiones y los hechos materiales controvertidos. El abogado debe identificar y evaluar objetivamente, tanto los hechos controvertidos como la prueba favorable y desfavorable a su causa. Sólo así podrá hacer los ajustes necesarios a su teoría del caso para poder relatar, en el juicio, una historia creíble que destaque lo positivo mientras amortigua el golpe de lo negativo.

Sabemos que comunicar una teoría del caso significa poder relatar una historia y avanzar una posición de manera persuasiva. Y como cualquier historia, su impacto depende de cómo se narra. Se ha dicho que la teoría del caso sirve de guión para organizar todas las actividades probatorias en el juicio; aun así, le queda al abogado la tarea de *humanizar y dramatizar* la historia que narra con el fin de recrear el drama humano de modo convincente. El abogado debe desempeñar con convicción e interés el papel que le dicta la causa que defiende.

Como quien cuenta una historia, el fiscal efectivo hace énfasis en la trama, los personajes y las emociones de la historia que relata, manifestando ira, indignación, tristeza o cualquier otra emoción que las circunstancias le exijan. Debe emplear un lenguaje colorido, memorable, seleccionado para impactar al oyente y provocar reacciones emotivas, evidentemente sin exagerar o tergiversar la realidad. A través de su narración, el abogado busca atraer al espectador –el juzgador– para que éste simpatice con las víctimas de su historia, a la vez que se ponga en contra de los "malos del paseo" que describe. Por su parte, el defensor debe humanizar a su cliente,

llamarlo por su nombre, presentarlo como la víctima de la acusación injusta.

2.3.3 Audiovisuales

El uso estratégico de ayudas audiovisuales para transmi- tir información, sobre todo en procesos de alta compleji- dad, aumenta dramáticamente la efectividad de la comunicación. Está comprobado que una persona receptora de un mensaje oral retiene más y mejor información si éste se transmite en combinación con un apoyo audiovisual. Mientras más complejo sea el mensaje, más necesidad hay de utilizar recursos audiovisuales para hacerlo llegar a su destinatario. Por tal razón, en países con un sistema penal acusatorio de larga data como Estados Unidos, los juicios orales se están convirtiendo cada vez más en juicios audiovisuales: fotografías, diagramas, diapositivas, cuadros, modelos, documentos magnificados y simulaciones computarizadas, son algunas de las herramientas utilizadas en el transcurso del juicio por los abogados norteamericanos para facilitar la asimilación de información por el juez o el jurado.

El abogado litigante en Colombia debe aprender a valerse de los medios audiovisuales en la narración de la teoría del caso durante el juicio oral. Si se trata de un accidente automovilístico, por ejemplo, el abogado debe presentar diapositivas, diagramas o modelos, grandes y claramente marcados, que grafican para el juzgador no sólo el lugar de los hechos sino la alineación de las calles y de los semáforos, la posición de los carros de las partes en contención, los sentidos en el flujo del tráfico; en fin, todo lo que necesita para visualizar el evento a la luz de la teoría avanzada.

3. TÉCNICAS DE NEGOCIACIÓN

3.1 La negociación en el proceso penal

Una vez construida la teoría del caso por parte del fiscal y la defensa, es el momento de ver la mejor opción de actuación. Para esto, el fiscal debe considerar en una relación costo-beneficio, qué es lo que más conviene a los intereses de la justicia, de la sociedad y de

la víctima. La defensa, previa ilustración a su cliente de las alternativas, debe revisar la mejor estrategia de defensa.

Las dos partes deben estar preparadas para buscar formas alternativas de solución del conflicto planteado entre el Estado y el destinatario de la ley penal, a efectos de evitar los riesgos y costos financieros y no financieros que conlleva un juicio.

El proceso penal colombiano no ha sido muy prolífico en cuanto a la utilización de formas alternativas de aplicación de las penas. Los mecanismos de deflación penal que ha utilizado el legislador casi siempre son de tipo especial, relacionados con la disminución de los tiempos del rito procesal, a través de formas como el "proceso abreviado".

En lo que se dio en llamar "formas de terminación anticipada del proceso", en 1993 se incluyó dentro del ordenamiento penal la figura de la "audiencia especial", que permitía al fiscal y al procesado, en caso de "duda probatoria" sobre una eventual acusación, la negociación de la pena a efectos de buscar que el juez aprobara un acuerdo de rebaja de penas como producto de la aceptación de unos cargos y de un determinado *quantum* punitivo. Tal forma de terminación anormal del proceso se eliminó por ser una negociación fundamentada en la duda probatoria, pues frente al principio del *indubio pro reo*, en tal caso lo que debía proceder era la preclusión de la investigación.

La otra forma conocida de terminación anticipada del proceso penal es la llamada "sentencia anticipada". Aquí el fiscal, fundamentado en prueba suficiente de responsabilidad, formula unos cargos al procesado y éste los acepta o los niega. Tal actuación, vertida en un acta, da fe de unas decisiones tomadas al amparo de la ley, pero que deben ser avaladas por un juez, quien, controlando que en la aceptación de los cargos no se hayan violado las garantías constitucionales, impone la pena. A diferencia de la anterior figura, en ésta no se autoriza a las partes a efectuar negociación alguna sobre los cargos y mucho menos sobre la pena por imponer. Sencillamente hay una solicitud clara y directa del procesado para que se le adelante el fallo.

En virtud del Acto Legislativo 03 de 2002 y su correspondiente desarrollo legal, Ley 906 de 2004, y dada la naturaleza acusatoria del proceso que instauró en Colombia, podemos decir que tenemos una nueva figura que contribuirá sustancialmente a la impartición de justicia penal, que es la aplicación de los criterios del principio de oportunidad *(art. 321, CPP)*, las declaraciones de culpabili-

dad *(arts. 288, 351 y 369 CPP)* y los preacuerdos *(art. 348, CPP)*, que permitirán la negociación entre el fiscal y el defensor sobre un marco definido por la ley.

Conocemos formas alternativas de aplicación de las penas en el derecho comparado. En Estados Unidos, por ejemplo, el *Plea Bargaining*, o "acuerdos de negociación", que culminan con un *Plea Bargain* o propuesta de acuerdo para el juez. El fiscal y el imputado, a través de su abogado defensor, realizan conversaciones con miras a acordar unas obligaciones mutuas validadas por un juez. El imputado acepta su culpabilidad por el delito alegado por el fiscal cuando formalizó la imputación, o en la acusación, o por un delito de grado inferior. El fiscal se compromete, por ejemplo, a solicitar el archivo de otros cargos pendientes que se tienen sobre el imputado; eliminar cargos que puedan agravar la pena imponible; recomendar una sentencia en particular o no oponerse a la solicitud de la defensa so- bre determinada sentencia, o aceptar que determinada sen- tencia específica es la más adecuada al caso concreto.

Mediando el acuerdo a través de un acta, ésta se notifi- ca al juez de conocimiento, quien puede aceptarlo o rechazarlo. En caso de una aceptación, el acuerdo formará parte de la sentencia condenatoria que pone fin al proceso. Si hay un rechazo, así lo comunica el juez al imputado y le advierte que tiene el derecho de retirar su alegación de culpabilidad, circunstancia que impide que los términos del acuerdo y sus detalles se usen posteriormente contra el procesado. La notificación al juez sobre el acuerdo se hace normalmente antes de la acusación, pero en algunos casos se puede presentar cuando ya avanza el juicio oral.

A efectos de garantizar el debido proceso, el juez debe cerciorarse de que el acuerdo ha sido obtenido con pleno conocimiento, conformidad, voluntariedad y conciencia por parte del imputado o acusado sobre los derechos y consecuencias que de él se derivan por parte del imputado, que es conveniente para una sana administración de justicia y que está conforme al derecho y a la ética procesal.

En el marco de esta figura, el fiscal no está obligado a aceptar la propuesta del imputado, si considera que tiene todos los elementos de convicción que serían suficientes para obtener del juez de conocimiento el llamamiento a juicio. Además, en caso de un acuerdo, el fiscal decide de manera autónoma qué delito imputa o cuál sentencia solicita, siempre teniendo en cuenta la posición del imputado. Con un acuerdo por delante, el fiscal está en la obligación de cumplirlo, cuando la declaración de culpabilidad del imputado estuvo basada en tal acuerdo. Sin embargo, el fiscal puede retirar su oferta consignada en el acuerdo, siempre y cuando esto lo haga antes de la declaración formal de culpabilidad ante el juez.

En principio, los preacuerdos para la aplicación anticipada de la pena proceden en todos los delitos. La Fiscalía General puede seleccionar eventualmente algunas figuras típicas que, por sus implicaciones sobre la sociedad, pueden ser excluidas de la posibilidad de la negociación (delitos de lesa humanidad). De cualquier manera, la investigación y el análisis del fiscal deben ser minuciosos, para decidir si negocia o no con el imputado. En los delitos en los que se produzca un incremento patrimonial no justificado, la ley prevé que debe producirse el reintegro de por lo menos 50% de este incremento y asegurarse el recaudo del remanente para poder proceder a un preacuerdo.

En Estados Unidos cuando en un caso se ha acusado (indictment) o se ha hecho sumario de cargos o acusación, se espera que haya una oferta de negociación

(plea), porque con la gran cantidad de casos es imposible llevarlos todos a juicio. Si el fiscal no ofrece negociar, se considera injusto, desinteresado o demasiado duro con el imputado. Es fácil en delitos que tienen que ver con la propiedad, como el robo y el daño, donde es muy viable una reparación. Es difícil en los delitos que implican violencia. Por ejemplo, en los delitos de violación, el aspecto de la dignidad no puede recompensarse, no se puede valorar sólo en dinero.

La negociación dentro del proceso penal requiere también, por parte del fiscal, un estudio de la relación costo-beneficio para el Estado, la justicia, la sociedad, el acusado, la víctima, frente a las implicaciones de un juicio público y la posibilidad de obtener verdad, justicia y reparación con un acuerdo de partes.

3.2 Técnicas de negociación

3.2.1 Del fiscal

La primera cosa estratégica que debe hacer el fiscal es un análisis de los hechos y la determinación de las fortalezas y debilidades de su teoría del caso, desde el pun- to de vista de su función. Igualmente, debe estudiar los intereses y realidades procesales del imputado.

El proceso negociador debe comenzar muy temprano. Por lo general, empieza cuando el fiscal decide formular la imputación. De entrada no se deben hacer muchos cargos, ya que a éstos pueden corresponder muchos años de cárcel y son pocos los imputados que negocian sobre tal base. El fiscal tiene que desestimar algunos cargos para poder negociar.

> En el caso *Patiño*, el fiscal puede negociar para desestimar los cargos por hurto calificado y agravado contra *Carlos Patiño*, a efectos de que acepte declararse culpable por el cargo de homicidio agravado.

Un punto muy importante en la negociación es la reputación individual de cada fiscal. La percepción ciudadana de un fiscal que acusa por muchos cargos y luego empieza a retirarlos es muy negativa. Una solicitud de 40 años que llegue a 20 no es bien vista por la sociedad, que siempre espera que el fiscal obtenga en una negociación mucho de lo dicho en la formulación de la imputación. Si por ejemplo, por una u otra razón, se tiene la reputación de nunca ir a juicio, entonces se conoce al fiscal como muy débil para negociar.

> En el caso de *Carlos Patiño*, el fiscal puede decirle al imputado, siempre y cuando todo sea cierto, que va a solicitar pena por los delitos de homicidio agravado y hurto calificado y agravado, y que desestimará cargos pendientes por otros delitos contra el patrimonio. Si le dice que va sólo por homicidio agravado, el imputado va a pedirle que también renuncie a éste y negocie con él homicidio preterintencional, por ejemplo. Esto es frecuente cuando el imputado sabe que el fiscal tiene miedo de ir a juicio, aprovechando para fijar posiciones muchas veces lesivas para los intereses de la sociedad. Aquí es importante que el fiscal no sólo sea justo y firme, sino que se sienta en disposición de ir a juicio si es necesario.

Otra estrategia que suele utilizarse por parte de los fiscales es iniciar la negociación ofreciendo lo mínimo que se tiene, porque con la cantidad de procesos es más conveniente señalar desde ahora una posición. En estos casos, si el abogado defensor va a presentar

nuevos hechos, o tiene otros testigos, o trae una coartada, siempre se va a poder modificar la solicitud de negociación. Aquí no se trata de asuntos privados, donde se ofrece lo más alto y se comienza a regatear. Es un proceso que se debe conducir desde el comienzo con honestidad.

Sobre la iniciativa para proponer la negociación, ésta debe ser del fiscal, porque es él quien tiene el control sobre la acción. En la práctica, se hace de ambas maneras. El defensor puede llamar al fiscal para decirle que quieren negociar, pero es clave en algún punto que el fiscal tome el liderazgo de la negociación.

3.2.2 Del defensor

Lo primero es hacer también el análisis de los hechos, determinar las fortalezas y debilidades del caso. Es importante verificar cuál es la percepción que tiene el cliente. ¿Cuál es su deseo?, ¿a qué le teme?, ¿en qué se muestra decidido?, etc.

El defensor puede empezar con una pregunta al fiscal sobre cuál es su ofrecimiento. Si el fiscal comienza con un ofrecimiento, el defensor debe decidir cuál será su respuesta. Es bueno explorar más la negociación y desarrollar un plan de negociación. Si el fiscal dice que va a imputar un determinado delito, si el imputado acepta otro, ¿qué va a responder el defensor para su cliente? Desde luego, debe desarrollar argumentos a favor o en contra. En una negociación, uno ofrece y obtiene una respuesta con argumentos, luego viene otro ofrecimiento, etc.

Se tiene que saber cuál es el rango de la negociación. El mínimo es "no culpable", el máximo es el establecido por la mayor pena posible. Y se deben también conocer los detalles que contribuyen al máximo o al mínimo. Se establecen cuáles son máximos y mínimos y los detalles importantes para la negociación.

La opción más optimista es que se termine el juicio y no se condene al cliente. Se puede establecer entonces un plan, comenzando con que el fiscal no debe acusar porque no hay pruebas suficientes. Pero, ¿es realista esta posición cuando se sabe que el fiscal ha podido recaudar importantes elementos de convicción? En tal caso se debe escuchar al fiscal para ver si propone algún tipo de negociación.

El defensor, frente al fiscal, negocia usando lo práctico (las posibilidades que tiene el fiscal de ganar en juicio) y la justicia (demostrándole al fiscal que lo que propo- ne el defensor es justo para la sociedad, la víctima y el sindicado, a quien también le tiene deberes el fiscal. A la vez, frente al usuario, el defensor igual le habla de lo práctico (las posibilidades que tiene el imputado de ganar en juicio) y de los intereses del usuario (como por ejemplo su familia, deseos para el futuro, etc.).

> El abogado de *Carlos Patiño* bien puede iniciar negando la posibilidad de una negociación, amparado en que la prueba material, por ejemplo, hace imposible que se pruebe que *Carlos Patiño* disparó el arma. Sin embargo, el fiscal cuenta con testigos importantes que pueden ser valorados positivamente por el juez y por tal motivo producirse una condena bastante aflictiva para el imputado. Tal vez sea más conveniente que el defensor esté atento a alguna negociación que proponga el fiscal.

Se deben, pues, determinar los rangos, posibilidades y opciones de la negociación. Al fijar varias hipótesis de

negociación, se puede sopesar cada una, asignándole sus pros y sus contras, siempre bajo el foco de lograr la opción más favorable para el cliente. Anticiparse a los argumentos del fiscal puede ser una buena estrategia para lo anterior. La pregunta es, entonces, ¿cómo se convence al fiscal de una determinada posición? Esto se puede hacer preguntándose cuáles son los intereses del fiscal. Uno es evitar un juicio y otro el tener la certeza de la culpabilidad. Por tal razón es conveniente mostrar sus debilidades en materia de elementos de convicción y tener en cuenta si aquél desea o no ir al juicio.

> Será necesario, entonces, que el abogado defensor convenza al fiscal de que tiene mucho riesgo si va a un juicio donde el resultado no va a ser lo que él ha ideado. Si se va al juicio, posiblemente el juez va a determinar que *Carlos Patiño* no disparó el arma contra *Andrés Castro*, ya que las pruebas de la Fiscalía no son lo suficientemente contundentes para romper la presunción de inocencia.

Otra cosa que se debe pensar es cuánto realmente se le va a contar al fiscal sobre la defensa y el caso. Porque el abogado defensor siempre debe considerar la posibilidad de que no suceda nada y fracase la negociación. Después de esto, ¿qué va a pensar el fiscal durante el proceso? Que el imputado tiene problemas de credibilidad, que si estuvo en el lugar del crimen, etc. En otras palabras, si la negociación fracasa, ¿qué elementos podrá usar el fiscal en contra del imputado cuando se va- ya a juicio? Es algo que siempre debe pensarse antes de entrar a negociar con el fiscal. Aunque jurídicamente no puede usar lo expresado durante las negociaciones, el fiscal va a obtener información que le permitirá reorientar la investigación.

> Por otro lado, cuando se hace un ofrecimiento, éste debe apoyarse en los hechos y acompañarse de un beneficio para el fiscal. Si el fiscal acepta la alegación de culpabilidad de *Carlos Patiño* por homicidio simple, por ejemplo, aquél tiene la posibilidad de que se haga justicia y evita que el juez deseche su teoría del caso. Aquí el defensor acompaña su ofrecimiento con razones que apoyan y que benefician al fiscal. El ofrecimiento es importante.

En general, no se puede negociar con éxito si no se está preparado. Preparación en los hechos y en el derecho y también en el conocimiento de las estrategias de la contraparte. Desde el momento en que el cliente llega, se le debe educar en la forma de solucionar conflictos de manera negociada. Normalmente, existe diferencia entre lo que necesita el cliente y lo que le gustaría al abogado. Éste para actuar siempre debe tener la autorización del cliente, quien debe ser educado con respecto a la realidad del proceso y a los beneficios de la técnica de negociación.

Es preciso dejar de negociar desde una posición de poder, para lograr un acuerdo. Por ello, así como se debe representar los intereses del cliente, se debe aprender a reconocer los intereses del contrario. El Estado busca castigar, prevención general, prevención especial, rehabilitación del acusado, indemnización, etc. El interés del acusado no debe ser exagerado y el del Estado tampoco. Entre dos extremos es que deben cederse los intereses. Frecuentemente en negociación se espera un abogado duro, no flexible, y ocurre todo lo contrario: cuanto más cooperativo, mejor se puede negociar. La agresividad exagerada, la crítica fuerte, el lenguaje soez, no abre lugar a la ne-

gociación y en la mayor parte de las veces hace que fracase. Es importante plantear negociaciones desde sus intereses y los del contrario. Las buenas relaciones, la confianza y una comunicación fluida permiten negociaciones en un tiempo más corto, esto es, eficaz y eficientemente.

La defensa debe presentar los hechos como los conoce, para ilustrar al fiscal sobre otros puntos de vista de los hechos o unos nuevos que lo motiven a buscar un acuerdo. En todo caso, dependiendo del bien jurídico que se pretende proteger con la acusación, será más o menos fácil lograr un acuerdo.

3.3 Estilos de negociación

Entre de las técnicas básicas de negociación, analizamos fundamentalmente las diferencias entre un negociante competitivo y uno *cooperativo,* y entre uno *integrador y otro distributivo.* Esto lo llamaremos estilo personal para la negociación.

3.3.1. Competitivos y cooperadores

- Un negociador *competitivo* tiene grandes expectativas: hace demandas muy grandes y realiza pocas y pequeñas concesiones; hace burla o denigra de las concesiones de la otra parte; crea asuntos falsos haciendo, por ejemplo, una dramatización sobre un aspecto que él no considera importante, pero que le da oportunidad de lograr en cambio una mayor concesión para los oponentes; utiliza la intimidación o la amenaza; puede ser muy abusivo, argumentativo y difícil para lograr empatía. El negociador *cooperativo* busca una solución justa; es más dado a compartir información; busca armonizar, no es argumentativo; admite sus debilidades y problemas; utiliza la persuasión lógica y racional.

- El negociante *competitivo* busca maximizar el acuerdo a favor de su cliente. Lucha por las necesidades de su cliente y se siente satisfecho utilizando herramientas legales. El *cooperativo* mantiene buenas relaciones con los otros; se comporta éticamente; evita el litigio, cuando es posible; busca un acuerdo justo; no trata de atacar al contrario; no persigue optimizar sus propios intereses.

- El negociador *competitivo* mide su éxito en la negociación por cuanto superó o venció a la otra parte. Se pregunta ¿gané? ¿Vencí a mi oponente? Negocia en contra. El *cooperador,* por el contrario, lo mide según si fue una solución justa. Negocia. Las dos partes trabajan en conjunto para solucionar el conflicto.

- El negociador *competitivo* es duro con el oponente y duro con el asunto que hay que negociar. El negociador cooperativo es suave con las personas y duro con el asunto que se debe negociar.

- El *competitivo* hace producir resultados porque está en permanente combate. Rara vez falla en ser muy suave o en conceder mucho. Algunas veces obtiene mayores resultados. El *cooperativo* promueve un mutuo entendimiento entre las partes y la realización mutua de sus necesidades. Generalmente produce acuerdos en menor tiempo y en un mayor número de casos, así como mayores resultados compartidos.

- En los negociantes *competitivos* es menos probable que se llegue a un acuerdo porque hay más confrontación y lucha. Generan tensión y desconfianza. Incrementan el riesgo de romper la negociación. Patrocinan reacciones retaliatorias por el oponente frustrado. Tienen reputación de agresivos. Los *cooperativos* son vulnerables a la explotación. Tienden a hacer muchas concesiones. Tienden a interpretar erróneamente la situación, a sobrerreaccionar y a perder objetividad.

Sobre los dos tipos de estilos de negociadores, se encuentran las siguientes características.

Características de efectividad	
Negociante competitivo	**Negociante cooperativo**
Dominante	Creíble
Talentoso	Cortés
Honesto	Afectivo
Amplias demandas	Legalmente astuto
Logra conocer al oponente	Efectivo
Características de inefectividad	
Negociante competitivo	
Irritable	
Simula fortaleza	**Negociante cooperativo**
Cabeza dura	Creíble
Arrogante	Dice la verdad
	Cortés
	Inteligente
	Se lamenta
	Autocontrolado
	Sin habilidades para leer las señales del oponente.

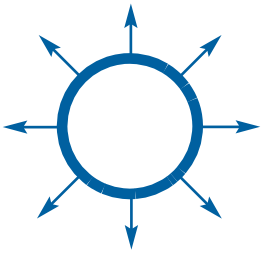
La gran mayoría de los negociantes cooperativos se ven afectados por la negociación. Los competitivos son poco efectivos por ser conflictivos.

3.3.2 Integradores o distributivos

- El negociador *distributivo* considera que cada negociación es como un ponqué. Si mi parte del ponqué va a ser más grande, la parte del otro va a ser más pequeña. Un peso más para mí es un peso menos para él. La zona cero es donde comienzo y voy teniendo más ganancia. Es el estilo de negociar como ganar - perder.

Zona cero
Ganar - perder

- El negociador *integrador* tiende a dar valor para que el ponqué sea más grande. Es el estilo de negociación de ganar - ganar.

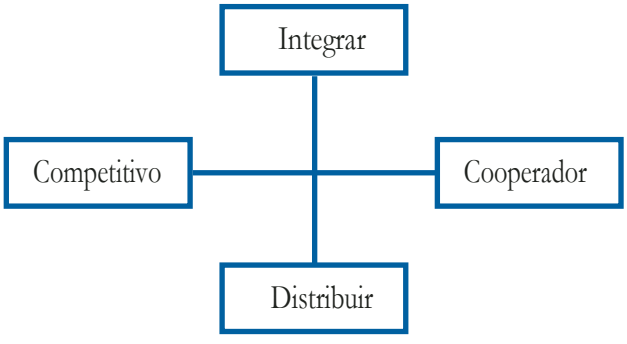


Zona cero
Ganar - ganar

La idea es que si se hace el ponqué más grande, pueden satisfacerse las necesidades de ambas partes. En el caso de *Carlos Patiño*, ¿cuál podría ser el interés del fiscal? Él va tras el delito más gran-

de: homicidio agravado. El abogado defensor puede perseguir que se desestime la imputación por hurto calificado y agravado. Expandiendo el ponqué, pueden llegar a un acuerdo teniendo en cuenta los intereses de ambos.

Pueden combinarse también los estilos del *distributivo e integrador* con los de *competitivo y cooperador*.



En cualquier lugar de este gráfico, puede desarrollarse el proceso de negociación. Al comienzo de la negociación puede estar al lado del competitivo y se empieza a mover hacia el cooperador. También se puede iniciar desde la posición de distribuir e ir cambiando hacia la integración, en ese rango, terminando en integración y cooperación.

Lo hacen mejor los negociadores cooperativos que los competitivos. Lo hacen mejor también los negociadores competitivos que los malos negociadores cooperativos. El negociador cooperativo sólo es un negociador condicionalmente cooperativo.

No permita que el otro camine sobre usted. Si usted descubre todo frente al otro negociador y no se reserva nada, entonces no puede avanzar. Si usted es un buen negociador cooperativo, puede compartir las necesidades de su cliente y a la vez incrementar la posición de nego- ciar cooperativa e integrativamente para alcanzar un acuerdo.

3.4 La inteligencia emocional en la negociación

El proceso de reflexionar sobre lo que es la *inteligencia emocional*, entra dentro de lo que es la teoría de la toma de decisiones y la lógica de la toma de decisiones en la negociación. La negociación suele apreciarse de diferentes modos:

Si se ve una posibilidad de obtener algo, por ejemplo dinero, como humanos tendemos a no arriesgarnos. No nos gusta el riesgo. Dinero, automáticamente. Y no nos gusta tomar riesgos porque podríamos no obtener nada. Por otra parte, cuando se incrementan las expectativas de mayor dinero, más personas toman la decisión de ir por la salida del riesgo.

Esto tiene especiales efectos para evaluar los valores en la negociación. Si *Carlos Patiño* tiene una oferta del fiscal consistente en aceptar una imputación de homicidio simple, por ejemplo, para reducir su tiempo en prisión de 40 a 10 años, tomaría esta opción porque ya tiene un beneficio fijo, sin aventurarse al riesgo de ser condenado por todos los delitos imputados inicialmente; por el contrario, puede también tomar el riesgo y buscar su total libertad al ir a juicio. En cuanto al fiscal, si ve la oportunidad de reducir la pena y obtener una decisión inmediata y esto lo considera una ganancia fácil porque sus pruebas no son lo suficientemente fuertes, de inmediato lo acuerda. Si por el contrario, ve la negociación como una pérdida y el acusado debe ir a la cárcel por un largo tiempo, entonces toma el riego de que el juez le desestime sus cargos, y decide ir a juicio.

En la negociación, las motivaciones humanas inciden grandemente en la perspectiva con que se mire la ganancia o la pérdida. Si somos actores racionales y si las

emociones no cumplen ningún papel en la toma de decisiones, no habría diferencias entre escoger la salida de los pocos beneficios pero seguros y la salida de los muchos beneficios pero a riesgo.

Hay una estrecha relación entre el nivel de confianza y la eficiencia de la negociación. En la relación entre el fiscal y el abogado defensor a largo plazo, si hay una buena comunicación y confianza en la información, es mucho más fácil para ellos obtener un acuerdo, porque la negociación no tiene que demorarse por una larga investigación o preparación. Pero la primera vez que el defensor le mienta al fiscal o al revés, que el fiscal le mienta al abogado defensor, ¿qué pasa con la confianza? Se acaba. Entonces la negociación se vuelve mucho menos eficiente.

Lo común es pensar que, al momento de tomar decisiones, deben desligarse las emociones. La ciencia actual plantea que no pueden tomarse decisiones sin que estén de por medio las emociones. Las funciones emocionales del cerebro por sí solas tienden a limitar la toma de decisiones, ya que no existe ningún pensamiento sin emoción, y cada uno de los recuerdos tiene emociones atadas. Todas las decisiones tienen un componente de memoria, pues al tomar una decisión, se mide qué se debe hacer con respecto a las emociones anteriores.

En este orden de ideas, al negociar deben tenerse en cuenta las emociones, lo que no quiere decir que se involucren emocionalmente. Las emociones no son solo del cliente, sino también del abogado.

SÍNTESIS

Para acudir a cualquiera de las formas alternativas de solución de conflictos, ya sea la aplicación del criterio de oportunidad como medida de política criminal aplicada por la Fiscalía General, o las aceptaciones de la imputación o acusación, o los preacuerdos de declaración de culpabilidad, se requiere que las partes tengan:

1. La teoría del caso.
2. Un análisis del caso (fortalezas y debilidades de cada prueba y de los testigos).
3. Ánimo de solucionar el conflicto por vías alternas al juicio oral.
4. Plan de negociación que establece los rangos de la misma (máximo por alcanzar, mínimo que se aceptaría).
5. Reconocer los intereses legítimos de la otra parte para entender que en una negociación no es ganar – perder, sino ganar – ganar. Si queremos obtener algo, debemos ceder.
6. Para la defensa, ilustración suficiente a su cliente sobre sus derechos y obligaciones derivados de los posibles preacuerdos con el fin de obtener la aprobación para efectuar negociaciones.

Si bien el criterio de oportunidad no es un derecho del imputado sino un instrumento de política criminal del Estado que aplica a través de la Fiscalía, siguiendo los criterios definidos por el legislador, ello no obsta para que la defensa, en un proceso de negociación, haga ver a la Fiscalía, en cada caso concreto, el beneficio que traería para la administración de justicia, la sociedad, la víctima y el inculpado la aplicación del mismo.

4. DECLARACIÓN INICIAL

4.1 Aspectos básicos

4.1.1 ¿Cuál es la importancia de la declaración inicial?

Efectuados el análisis y la planeación de la teoría del caso, se hace necesario llevarla a la práctica en el debate oral. La presentación de la teoría del caso se realiza, entre otras oportunidades, a través de la declaración inicial. Una vez instalada la Audiencia de Juicio Oral la Fiscalía y la Defensa, esta última si lo desea, realizarán cada una la declaración correspondiente *(art. 371, CPP)*. Es la primera ocasión de poner en contacto al juez con los hechos y los antecedentes que los fundamentan desde la perspectiva adversarial[31].

Los primeros diez ó quince minutos iniciales son fundamentales para fijar en el juez el tema de la teoría del ca- so y la visión de cada sujeto procesal. Estudios psicoló- gicos demuestran que con frecuencia, ante una presen- tación efectiva de proposiciones y medios de demostra- ción, la instancia decisoria toma decisiones prontas que luego justifican con las pruebas.

4.1.2 ¿Qué contiene la declaración inicial?

La declaración inicial contiene todos los elementos de la teoría del caso. Una narración persuasiva de los hechos (elemento fáctico), los fundamentos jurídicos que permiten soportar legal y doctrinalmente la tesis (elemento jurídico) y las pruebas que los demuestran y que se practicarán en el debate (elemento probatorio). Para comunicar efectivamente la teoría del caso, es muy importante fijar desde el primer momento el tema de la misma y repetirlo varias veces (máximo tres) durante la apertura. Igualmente, plantear los temas de la controversia.

4.1.3 ¿Cuándo y cómo se presenta?

La declaración inicial, como su nombre lo indica, abre la audiencia de juzgamiento. El primero que presenta su teoría del caso es el fiscal. Éste se dirige al juez para narrarle los hechos según su investigación, explicarle el contenido de su acusación, anunciarle los medios de prueba que presentará para la controversia adversarial y señalarle las proposiciones fácticas que probará con esos medios, y anticipar su petición. Luego la defensa hace lo propio si así lo desea. Aunque no es obligatorio para la defensa presentar su teoría del caso como sí lo es para la Fiscalía, estratégicamente siempre conviene que lo haga para evitar que en la mente del juez haya una sola versión de los hechos con la cual observará o filtrará el desarrollo de todo el juicio.

4.2 Estructura de la declaración inicial

No existe un formato o una sola estructura del alegato. Éste depende de las particularidades del caso y de la

[31] Ibid., P. 189.

formación y estilo del abogado. Sin embargo, existen algunos elementos demostrados por la experiencia y la práctica que permiten organizar una buena declaración inicial.

4.2.1 Presentación del tema

La declaración debe, desde su inicio, enviar un mensaje claro al juzgador. El tema, como se explicó, es la síntesis de la teoría del caso que destaca sus características particulares; por tanto, antes que presentaciones distractoras y llenas de contenido abstracto o doctrinal, es conveniente desde el comienzo enviar el mensaje claro del tema sobre el que versa la teoría del caso.

> En el proceso por el homicidio de *Andrés Castro*, la defensa podría enunciar el tema así: señor juez, lo que aquí probaremos es que este caso está basa- do en una identificación errónea y sugestiva.

Este planteamiento inicial da al juez el camino que tomará la defensa, que de antemano acepta la ocurrencia del homicidio, pero niega la autoría por parte de su defendido.

4.2.2 Presentación de los hechos

La declaración inicial es una introducción al juicio, una presentación de lo que se debatirá y del criterio con el cual se abordará la controversia. Por tanto, al no existir aún el caudal probatorio practicado y controvertido, no hay lugar para realizar la crítica de las pruebas, ni inferir o argumentar conclusivamente sobre el caso. Esto es propio del alegato final. Un ejemplo de la presentación fáctica no argumentativa es el siguiente:

En el caso del homicidio de *Andrés Castro*, la Fiscalía podrá presentar los testigos sobre la identidad del homicida, así:

> La Fiscalía ha ofrecido como testigo a la señora *Gloria Dávila*, viuda del señor Castro, quien lo acompañaba en el momento de su muerte. La señora *Dávila* nos contará cómo sucedió el asalto a su tienda y luego el asesinato de don *Andrés Castro*, y cómo pudo observar cuando Carlos Patiño asesinó a su ser más querido.

La Fiscalía presentará los hechos que probará, concentrándose en los hechos, la escena, la manera de ocurrencia y el centro de su teoría, la identidad del asesino. No realizó ninguna inferencia, simplemente los enumeró a efectos de comprometerse a probarlos.

La Fiscalía, que lleva la carga de la prueba, debe enunciar toda la historia y cada elemento probatorio

que la soportará. Debe integrar, al final de la audiencia, todos los requisitos para declarar la responsabilidad del acusado.

La defensa tiene un trabajo, en cambio, concreto frente a las deficiencias de la investigación o a hechos que desvirtúan la teoría de la Fiscalía; por tanto, su presentación no siempre es secuencial ni ordenada cronológicamente, sino por temas.

En el caso de Patiño, iniciará con las deficiencias en la identificación de la persona que mató a *Castro* y el hecho de que *Patiño* se encontraba con sus amigos jugando cartas a la hora en que ocurrió la muerte.

4.2.3 Presentación de los fundamentos jurídicos

El abogado debe enunciar al juez las disposiciones sustantivas (Código Penal) y adjetivas (Código de Procedimiento Penal) que fundamentan su teoría. La Fiscalía deberá enunciar los juicios objetivos y subjetivos que disponen la teoría del delito y el cumplimiento de las condiciones probatorias necesarias para condenar.

En el caso *Patiño*, el fiscal bien puede afirmar que *Carlos Patiño* mató a *Andrés Castro* sin que mediara causal de ausencia de responsabilidad, y en forma dolosa, para facilitar la comisión de un delito de hurto.

La defensa hará lo propio con las eximentes de responsabilidad o con la enunciación de la falta de requisitos para que configuren los supuestos de la acusación y, por tanto, de la sentencia. Podrá situarse en la violación a los derechos y garantías fundamentales o en cualquier referente jurídico que debidamente sustentado permita recogerlo al finalizar la audiencia, en el alegato de conclusión.

4.2.4 Conclusión

La declaración inicial debe concluir con una petición concreta sobre lo que será la realidad del juicio. El juez debe saber qué le pide el abogado que declare al finalizar la audiencia. La petición debe ser concreta, completa y clara para fijarse en la mente del juez.

El fiscal puede pedirle al juez que al ver la práctica de las pruebas declare que *Carlos Patiño* es responsable por la muerte de *Andrés Castro*, y por la afectación del patrimonio del occiso y su cónyuge.

4.3 Técnicas de la declaración inicial

4.3.1 Prepare un esquema de la declaración, no un guión para leer

Es conveniente realizar un bosquejo del alegato, no un alegato escrito. Con un esquema, el abogado podrá conocer los pasos que dará en la presentación, repasará la secuencia y el tiempo de cada parte, y podrá sortear ordenada y eficientemente la presentación. El bosquejo es una ayuda para el alegato, pero no lo sustituye ni lo soporta para que se realice una lectura. El bosquejo es una indicación, no un guión.

4.3.2 No haga promesas que no cumplirá

Se dice que en la declaración inicial, a similitud del salto alto o salto con garrocha, no hay que poner la vara demasiado alta. Todo lo que se enuncia en la declaración inicial debe probarse, porque toda promesa incumplida la tomará por el contradictor como un motivo de ataque durante las pruebas y sobre todo en el alegato de conclusión. El juzgador puede

tomar este hecho como debilidad o impreparación del litigante.

A la audiencia pública no se llega a aventurar, a investigar o a esperar que el caso se falle a favor con la sola habilidad o la suerte, o las debilidades del oponente. Por eso en la planeación y construcción de la teoría del caso y el argumento de conclusión, debe precisarse cada he- cho relevante en relación con cada medio de convicción o prueba, para saber de antemano si se podrá enunciar para ser probado o deberá, antes de iniciarse el juicio, replantearse la teoría del caso.

Tampoco la presentación debe abundar en detalles, porque es casi imposible que todos puedan ser probados, ya que el juzgador puede entender que los testigos han sido preparados indebidamente y llegarán sólo a dar la lección planeada por el abogado. Finalmente porque los detalles, cuando son muchos, distraen del centro del debate y aburren al juzgador.

4.3.3 Nasa de opiniones personales

En los alegatos siempre hay que ser afirmativo. Debe expresarse el convencimiento pleno sobre la teoría del caso. Lo que se exprese debe denotar la certeza de que lo dicho fue lo que ocurrió y de la manera como ocurrió. Las opiniones personales demuestran lo que el abogado piensa desde una perspectiva subjetiva pero no persuasiva ni real. El juez que observa no asume la presentación como la realidad de los hechos, sino apenas como una versión sobre la que el abogado da su criterio al opinar. La psicología de la percepción obliga a que la presentación ante el juez sea asertiva y objetiva.

4.3.4 Maneje bien el tiempo

La presentación debe ser completa y a la vez eficiente. El abogado debe conocer de antemano cuánto demorará su presentación, concentrándose en la atención del juez. Por otro lado, el juez define el tiempo de la presentación y el abogado debe ajustarse a esta decisión. Lo mejor es planear el alegato centrado en lo fundamental y ensayar contabilizando el tiempo de exposición. Esto da seguridad y permite, al escucharse, realizar los últimos ajustes al alegato.

4.3.5 Utilice ayudas audiovisuales

La percepción visual es mejor que la exclusivamente auditiva. El apoyo audiovisual permite crear imágenes que determinan síntesis, recrean los hechos y permiten un mejor nivel de persuasión. En casos complejos evita que la declaración inicial se prolongue demasiado porque se utilizan para resumir los hechos y condensar las pruebas. Es importante nunca dejar de lado que por muy buena que sea la ayuda, es sólo una ayuda y no sustituye al abogado ni su presentación, ya que si lo hace, genera el efecto contrario: distraer.

En el uso de la ayuda es importante tener en cuenta que debe contener un mensaje claro para el juez, es decir, no es apoyo o guía para el abogado.

4.3.6 Esté atento a la declaración de la contraparte

Descubrir inconsistencias, errores, teorías irracionales, promesas no cumplidas y debilidades probatorias se ha- ce más fácil si desde el principio se escucha atentamen- te la declaración inicial de la contraparte. Es bueno in- cluso tomar notas cada vez que encontramos algún as- pecto importante para la lucha dialéctica.

4.3.7 Maneje un buen nivel de comunicación

Es conveniente que el abogado hable en voz alta, clara y segura, haciendo contacto visual con el juez mientras le habla. Lo mejor es usar su propio estilo de oratoria, pero siempre en un lenguaje cotidiano, no rebuscado, siendo breve y conciso, y exponiendo los hechos de manera organizada y lógica.

SÍNTESIS

Una buena declaración inicial debe:

- En la introducción, reflejar claramente la esencia de la teoría del caso de la parte.
- Verse claramente cuáles son los hechos y las pruebas desde el punto de vista del papel que representa.
- La presentación debe ser persuasiva pero sin caer en argumentaciones.
- En el papel de la defensa se debe humanizar al cliente. En el papel de la Fiscalía se debe ver claramente la relación del acusado con los hechos.
- Si se utilizan ayudas audiovisuales, las mismas deben cumplir el propósito de llevar un mensaje más eficiente al juzgador.

5. TÉCNICAS DE INTERROGATORIO

5.1 Aspectos básicos

5.1.1 Introducción

Trabajadas la teoría del caso y la declaración inicial, el juicio se concentra en el debate probatorio, donde la prueba testimonial vertida a través del interrogatorio deberá probar los elementos de la teoría del caso.

En esta unidad se explican el fundamento y la finalidad del interrogatorio, la importancia de la planeación y las formas técnicas para su práctica.

5.1.2 El interrogatorio

El testimonio ha sido la prueba más recurrente e importante en los procesos penales. Su trascendencia en el aspecto jurídico, sin embargo, se ha centrado en definir sus elementos y en elaborar teorías sobre su apreciación racional. El proceso escrito ha llevado a que toda la discusión sobre el análisis del testimonio se haga contra el papel en el que reposa la declaración y no contra la percepción directa que el juzgador, en virtud del principio de inmediación, logra captar del testigo.

De aquí nace la importancia del interrogatorio. El interrogatorio es la manera como la prueba testimonial se presenta y practica ante el juez. Cada sujeto procesal pretende probar su teoría del caso a través de sus testigos y esto se hace a través del interrogatorio. De ahí que un interrogatorio debidamente planeado y practicado conduce a la persuasión.

La planeación del interrogatorio permite determinar cuáles son los hechos o las opiniones (peritos) relevantes de la teoría del caso que el testigo probará con su dicho, qué secuencia deberá seguir para explicarlos claramente, y qué temas y detalles son de importancia para la consistencia de su declaración.

La práctica del interrogatorio tiene como objetivo lograr que el testigo presente todos los hechos que le constan, como los haya percibido, los recuerde y los pueda reproducir oralmente[32]. Por eso se dice que el protagonista del interrogatorio es el testigo.

La técnica del interrogatorio permite desarrollar dos habilidades: la planeación y la práctica, para conducir exitosamente la declaración de los testigos propios.

[31] François Gorphe, *Apreciación judicial de las pruebas,* Bogotá, Temis, 1998.

5.1.3 Función del interrogatorio

La función del interrogatorio es presentar el testimonio de una manera efectiva, lógica y persuasiva El interrogatorio es el arte de obtener información pertinente, cla- ra, precisa y sencilla.

- Efectividad. Para lograr comprobar la teoría del caso. Debe ser conciso, preciso y evitar toda información innecesaria y superflua. Hay que dejar de lado todo asunto irrelevante. Para ello, las preguntas que se debe hacer el abogado cuando está planificando el interrogatorio son: ¿Qué le aporta es- te testigo a mi teoría del caso? ¿Qué temas debo tratar con este testigo? ¿Cuál debe ser el orden del interrogatorio? ¿Qué debo acreditar de este testigo para afianzar su credibilidad?

- Lógica. Para obtener un relato coherente de los hechos, donde se destaquen los puntos claves del testimonio, con el fin de fijarlos claramente en la memoria del juzgador.

- Persuasión. Porque es el convencimiento del juez el fin del proceso oral y a través de los testigos se logra el relato veraz de los hechos. Un interrogatorio no es persuasivo si suena improbable o entrenado.

  Con el interrogatorio se persigue claridad y credibilidad del testigo.

En el interrogatorio el centro de atención es el testigo, cuya credibilidad se determina por ¿quién es? (su vida), ¿qué dice? (contenido) y ¿cómo lo dice? (comportamiento).

Para el fiscal o el defensor que presenta su testigo, su habilidad en el interrogatorio es obtener la información de su testigo, que el juez comprenda lo dicho por ese testigo y se persuada de ese dicho.

Desde la perspectiva del juez, él se pregunta: ¿quién es este testigo? (acreditación) ¿Por qué está aquí? (relación con los hechos) y ¿Por qué debo creerle? (verosimilitud).

5.2 Planeación del interrogatorio

Un interrogatorio efectivo requiere una planeación fundamentada en la teoría del caso, que permita saber qué le aporta el testigo a ella; cuáles son las fortalezas y debilidades del testigo y su testimonio; y cuáles son los temas básicos que se deben examinar con un testigo determinado. La planeación comprende entonces: ¿en qué orden presentar a los testigos? ¿Cómo orientar éticamente al testigo? ¿Cómo acreditar al testigo? ¿Cómo desarrollar lógica y persuasivamente el testimonio a través de la narración previa de los hechos? Gran parte de estos interrogantes se resuelven en la entrevista con el testigo. Para preparar al testigo y su testimonio, es necesario focalizarse en lo que éste le aporta a la teoría del caso de la parte que lo propone o presenta. No se puede poner a hablar a los testigos de todos los hechos, sino únicamente de aquellos que le constan directamente y resultan relevantes o importantes para probar la teoría expuesta por la parte. Una vez que se tiene establecido lo que el testigo aporta, se deben determinar los temas y subtemas que hay que tratar con él y la forma de hacerlo.

Nombre del testigo: Luis Neira

Lo que aporta	Temas
Coartada. Imposibilidad de Patiño de estar en la escena de los hechos.	Hora de llegada al apartamento de Patiño. Actividades realizadas. Hora de partida del apartamento. Si Patiño se quedó en el apartamento. Condiciones en que quedó (muy embriagado).
Personalidad de Patiño.	¿A qué actividades se dedica Patiño? ¿Cómo es el trato con Yanira? ¿De dónde provienen sus ingresos?

5.2.1 Desarrollo de los temas del interrogatorio

Identificados los temas que se van a tratar con cada testigo, se deben desarrollar a partir del propósito o lo que se quiere que el juzgador conozca a través de cada testigo.

Elaborado este esquema general, se debe hacer uno para cada testigo, con los temas y subtemas que ha de abordar con ellos para obtener el propósito general de persuadir al juzgador de la no responsabilidad (defensa) o responsabilidad (Fiscalía) de Patiño. Co-

Tema	Objetivo	Medio de conocimiento
Personalidad de Patiño.	Mostrarlo como un joven de buenas costumbres, deportista, no violento, dedicado a labores sociales, que dispone de recursos económicos.	Yanira Salazar, Luis Neira, Alfonso Daza. Yanira, Neira y Daza.
Imposibilidad de cometer el hecho.	Establecer que a la hora en que ocurrieron los hechos, Patiño se encontraba en otro lugar.	Yanira Salazar.
Establecer el contexto real de lo que escuchó Rebeca López.	Mostrar que la frase que escuchó no se corresponde con un contexto de un delito realizado por Patiño.	

mo se ve en el cuadro general, un tema puede ser abordado por varios testigos y en este sentido la estrategia del orden de presentación de los mismos es muy importante.

5.2.2 Análisis de las fortalezas y debilidades del testigo

No existen testigos perfectos. Siempre se encuentran debilidades en ellos sea de índole personal o del contenido de su declaración por inconsistencias internas o externas. Durante la preparación del interrogatorio se deben sacar estas debilidades y establecer una estrategia para abordarlas durante su interrogatorio, para evitar que sean "reveladas" por la contraparte con el propósito de desacreditar a los testigos. Esto sirve para minimizar el impacto de las mismas en el contrainterrogatorio.

Establecidas las debilidades, debemos pensar en la forma de asumirlas. Por ejemplo, el hecho de ver el tatuaje se debió a que tuvo al agresor todo tiempo de frente y no de lado (esto debe salir en el interrogatorio: las posiciones respectivas del testigo y del agresor).

Testigo	Fortalezas	Debilidades
Gloria Dávila	Presenció los hechos.	No observó características muy visibles que tiene Patiño, como su tatuaje en el brazo y el bigote. No hizo manifestaciones sobre existencia de aliento alcohólico.
	Tuvo condiciones de distancia y visibilidad para ver al autor de los hechos.	Tiene interés en los resultados del juicio.
	No tiene problemas económicos.	

5.2.3 Preparación de un esquema para el interrogatorio

Un ejemplo de este esquema puede ser: CASO Nº 005-2003_____

Nombre del Cliente: CARLOS PATIÑO_____ Declaración de: YANIRA SALAZAR_____

Tema	Pregunta	Razón Mostrarla	Respuesta
Acreditación	Nombre Edad Estudia Trabaja	como profe- sional de buenas cos- tumbres. Acreditar a Carlos Patiño y mostrar que tienen buena relación con él y que no es violento.	Estudia administración de empresas. Lo conoce hace cinco años. Carlos es basquetbolista…
Relación y conocimiento de Carlos Patiño	Conoce Desde cuándo Por qué Qué hace Carlos Ingresos Personalidad ¿Cómo es su relación con él? ¿A qué hora llegó donde Carlos?		
Qué hicieron el día de los hechos	¿Quién más llegó? ¿Qué hicieron? ¿Qué tomaron? ¿Qué hizo Carlos? ¿A qué hora terminó la reunión? ¿Por qué sabe la hora? ¿Qué hicieron los amigos? ¿Qué hizo Carlos después de que terminó la reunión? ¿Carlos salió en algún momento? ¿Ella estaba despierta cuando Carlos se durmió?	Demostrar que Carlos en ningún momento salió del apartamento ese día. Introducir a los otros testigos.	Estuvieron todo el tiempo en el apartamento de Carlos…
Relación con Rebeca López	¿Quién es Rebeca? ¿Desde cuándo la conoce?	Demostrar que Rebeca tiene animadversión	Es una persona conflictiva.

Relación con Rebeca López	¿Cómo es su relación con ella? ¿Cómo es la relación con Carlos? ¿Qué pasó la mañana del 24 de julio?	hacia Carlos y que por todo llama a la policía. Mostrar un contexto diferente del que plantea Rebeca sobre la frase que oyó.	No ha tenido una buena relación con Carlos.
¿Qué hicieron el 24 de julio?	¿Estuvo en el apartamento de Carlos? ¿Qué hicieron? ¿Tuvo una pelea con ella? ¿La golpeó? ¿Él le mencionó una conversación relativa a una muerte?	Mostrar que no tuvo una discusión con Carlos. Que él nunca le dijo nada so- bre un muerto.	
Embarazo Amor por Carlos	¿Está enamorada? ¿Está embarazada? ¿Carlos lo sabe? ¿Esas razones la llevarían a mentir?	Demostrar que a pesar del amor y el posible interés que tiene, no estaría dispuesta a mentir.	No se casaría con una persona que supiera delincuente y mucho menos homicida.
No salió	¿Está segura de que Carlos no salió del apartamento la noche del 2 de julio?	Ratificar que Carlos no pudo cometer el delito porque nunca salió.	Carlos nunca salió.

La parte de la "respuesta" es para que, en la medida en que se hace cada interrogatorio, se vaya anotando lo que se logró probar con cada testigo. Puede ser el sentido o la frase para citarla en el alegato de conclusión.

5.2.4 Orden de presentación de los testigos

La reconstrucción coherente y persuasiva de los hechos es el objetivo de cada litigante en juicio. Por ello la organización de la prueba tiene una importancia primordial, pues la misma debe obedecer a un patrón estratégico: cronológico, sistemático, de menor a mayor complejidad, por autor, por acción, por delito acusado, comenzando por la más tenue y cerrando con broche de oro, o bien impactando con la más fuerte y cerrando con la menos importante, o bien en el orden que el litigante considere más apropiado a su estrategia. Lo que no debe faltar es una estructura de prelación, o sea, de ordenación.

Tradicionalmente se reconocen algunos principios para determinar el orden en que se presentará la prueba tes-

timonial, los cuales son comúnmente aceptados. Entre ellos se mencionan:

1. Principio de orden cronológico. Se presentan los testigos en el mismo orden en que puedan ilustrar cómo sucedieron los hechos. Así, los testigos que conocen el hecho 1 pasarán primero; luego los que conocen el hecho 2, y así sucesivamente. Es uno de los métodos más utilizados, pues en la reconstrucción de hechos al ser humano le es más fácil avanzar en orden histórico.

2. Principio de primacía y novedad. Este principio es de una aplicación reiterada en la práctica foren- se anglosajona, dada la inclinación por el modelo acusatorio que sigue este sistema, en el cual es conocido como *primacy and recency principle*. Según éste, las personas recuerdan mejor lo primero y lo último que oyen. Es un método de contenido psicológico, pues lo que busca es impresionar al juez o al jurado.

   En el mismo sentido, apuntaba ya desde el siglo antepasado Enrico Ferri:

   "Yo he comprobado, en cambio, que el atenerse a la primera impresión inmediata es siempre más útil, ya sea para excitar después al cliente, presentándole objeciones y preguntas, a poner en claro puntos oscuros; ya sea, sobre todo, para no olvidar cuál será la primera impresión, esto es, el estado de ánimo inicial de los jueces, populares o togados"[34].

   Vale aclarar que este principio rige para todas las actuaciones.

3. Principio del testimonio más creíble. Su estrategia consiste en presentar primero los testimonios más verosímiles, pues causarán un impacto que quedará retratado en la retina del juzgador en función de la historia, la cual conocen bien, es coherente y verosímil, no tiene contradicciones y se percibe como real. En los juicios de jurado, esto permite al juzgador formarse un primer criterio (prejuicio) sobre la historia que luego relatarán otros. Esto también permite prescindir del testigo que traerá al juicio un conocimiento ya admitido o consensuado. Es un método de acreditación de la historia, no de la persona, por la impresión de verdad que causa una historia que se percibe como incuestionable.

4. Principio del testigo más creíble. Según este principio, se presenta primero al testigo más creíble u honrado por el grupo social (un político prominente, un ciudadano de buena reputación, un profesional internacionalmente reconocido). Es el principio del testigo de excepción. Inversamente, al testigo idóneo en su testimonio pero cuestionable en su persona, se lo dejará de último o no se lo incluirá. El orden de presentación de testigos puede estar afectado por la credibilidad, pues aunque un testimonio sea bueno, el litigante podrá preferir dejarlo para después, dada la figura personalmente cuestionable del testigo.

Es obvio que a toda persona la perciben por los demás según una forma de energía: credibilidad-incredulidad, rechazo-aceptación, admiración-menosprecio, factores todos que son intangibles e imprevisibles; no obstante, el jurado o los jueces descodifican esa energía de un modo muy perso-

[33] Tomado de *Teoría del caso y técnicas del debate en el proceso penal,* Nicaragua, MP/USAID, Programa de Fortalecimiento Institucional, 2001, P. 98 y ss.

[34] Enrico Ferri, *Defensas penales,* prefacio a la segunda edición, Italia, Rocca di Papa, 1922.

nal, y los prejuicios que permita que se formen inicialmente pueden tener mucho peso al momento de creer o no la historia, obtenida a través del interrogatorio. Este método también es de orden psicológico, pues se utiliza una especie de falacia de autoridad, según la cual lo que diga una persona incuestionable es a su vez incuestionable.

5. Principio de adecuación al tipo de juzgador. Algunos autores creen que dependiendo del tipo de tribunal ante el cual se deba estar, así tiene que ser el orden de los testigos, pues presumen que las condiciones psicológicas son diferentes ante un tribunal de derecho que ante un jurado, y por tan- to deben cambiar la estrategia general del caso y el orden de la prueba. Es un método que tiene orientación psicológica también, pues busca ofrecer primero al testigo según la impresión que puede causar en el destinatario, independientemente de la credibilidad de la persona o del testimonio.

Mauet[35], un clásico del diseño de técnicas para el deba- te en el derecho anglosajón, recomienda el siguiente or- den de testigos en un caso de homicidio culposo:

- Primero: testigo presencial
- Segundo: el primer policía en llegar a la escena
- Tercero: conductor de ambulancia
- Cuarto: patólogo
- Quinto: testigo presencial
- Sexto: policía que efectuó el arresto
- Séptimo: policía que condujo la investigación Véase

que los dos testigos presenciales, uno al inicio y otro al final, no obedecen al principio de *primacy and recency*, según el cual deben presentarse primero los testigos más impactantes, y cerrarse con otros semejantes, pues lo primero y lo último es lo que el jurado o el juez recordarán. Si se quisiera hacer la presentación de testigos según el principio citado, el orden de los mismos debería ser:

- Primero: testigo presencial (de impacto)
- Segundo: el primer policía en llegar a la escena
- Tercero: conductor de ambulancia
- Cuarto: patólogo
- Quinto: policía que efectuó el arresto
- Sexto: policía que condujo la investigación
- Séptimo: testigo presencial (de impacto)

Con este orden sí estaríamos aplicando el principio citado, pero debe tenerse el cuidado de no perder el orden cronológico de la historia que estamos reconstruyendo.

La selección y organización de la prueba testimonial implica también la decisión sobre el número de testigos que se propondrá para el juicio, o que se utilizarán en él. Al respecto hay que tener presente:

1. No sobrecargue la prueba testimonial. Si un testigo o dos pueden indicar fehacientemente los hechos, no utilice un tercero o cuarto.
2. Utilice solamente los testigos necesarios para probar los elementos de su teoría del caso. Recuerde que si utiliza testigos débiles, le está dando facilidades a la contraparte.
3. Si sólo tiene prueba débil, ¿qué hace esa causa en juicio? Ello implica que se ha llevado hasta el pináculo del proceso un asunto que tenía problemas de teoría probatoria y, por tanto, donde no se podía

[35] Tomas A. Mauet, *Fundamentals of trial techniques,* Boston, Little, Brown & Co., 1992.

sostener una buena teoría del caso. Probablemen- te eso era un expediente, pero no un caso.

4. No ofrezca al policía si no vio los hechos. Por tanto, no lo llame antes de que termine de testificar el último testigo directo.
5. Ofrezca al policía para detallar otros elementos. Ejemplo: hallazgo del arma en ropas del acusado; lugar, hora y modo de realizar la detención (para demostrar la flagrancia o la inmediatez con respecto al hecho ilícito).

5.2.5 Acreditación del testigo

La acreditación es la presentación que se hace al juzgador del testigo que responde a la pregunta ¿Quién es? En esta parte no se trata sólo de preguntarle al testigo sus generales de ley, sino ir más allá. Es importante, a través de las preguntas, presentarle al juez aquellos aspectos del testigo que permiten cimentar su credibilidad. El juez desea saber antes del testimonio quién es la persona que declara y de ahí desprender su credibilidad.

El interrogador debe haber averiguado aquellos aspectos personales del testigo que son relevantes y que abonan puntos a su credibilidad (falta de motivos para mentir, ausencia de interés, etc.). En el caso Patiño, Gloria Dávila es- tá sujeta a aspectos de acreditación: su relación con la víc- tima, si tiene hijos, sus estudios, su condición económica, si usa lentes o no (determinar capacidad para ver).

Después de haber acreditado debidamente al testigo, se le deben hacer preguntas sobre:

- La escena. Para que el juez pueda tener un panorama general de lo que pasó, es necesario pintarle la escena con sus condiciones de luz, distancia, y ubicación de objetos y de personas, etc.
- Acción. El examen del testigo comprende aquellos aspectos de la acción que conoce. Para ello es importante saber los temas principales que se van a tratar en el interrogatorio.
- Detalles. Se le hacen preguntas que complementen la historia, relacionadas con tiempo, modo, lugar, objetos, etc. Esto precisa la historia y le da mayor credibilidad al testigo.

Es conveniente realizar una práctica del interrogatorio para lograr la claridad y precisión del testimonio que se presentará. El abogado hace saber también al testigo el deber de detener su relato si hay alguna oposición o surge una controversia con los otros abogados o existe algún requerimiento del juez. También se pueden enseñar al testigo documentos o declaraciones previas, a efectos de refrescar su memoria.

5.2.6 Ilustración al testigo

A los testigos y peritos de cada sujeto procesal se les debe ilustrar para presentar su declaración. Tal actividad no se dirige a que falte a la verdad o que engañe al juez sino, por el contrario, a resaltar la veracidad y la efectividad de su testimonio. Este trabajo con el testigo sirve también para romper el hielo y darle tranquilidad para responder lo que conoce muy bien.

Los propósitos de la ilustración al testigo son:

- Familiarizarlo con los fines y forma de la audiencia oral.
- Mostrarle cuáles son sus derechos y obligaciones.
- Recalcar su deber de declarar la verdad sobre lo que conozca de los hechos objeto del debate.
- Lograr que su declaración sea efectiva.

- Reducir su temor y nerviosismo con una clara explicación de los procedimientos y propósitos del interrogatorio y contrainterrogatorio.
- Recordar la necesidad de escuchar la pregunta antes de responder y de manifestar claramente si no la entiende.
- Detenerse cuando se realice una oposición.
- Poner de presente el deber de dirigirse siempre al juez y acatar sus instrucciones.

En el Programa de Fortalecimiento Institucional de USAID en Nicaragua se recomienda ilustrar al testigo sobre[36]:

- Cómo es una sala de juicio.
- Cuál es el procedimiento.
- Cuáles son las reglas más importantes que lo afectan como testigo.
- Cuáles son los efectos jurídicos de su declaración y cómo podrían afectar a otros o a él mismo.
- Cuál es el papel de su abogado interrogador.
- El abogado no es el protagonista.
- El testigo es el personaje principal.
- Cuándo puede hablar y cuándo no con otras personas dentro y fuera de la sala.
- Cuándo se puede ir y cuándo no.
- Qué derechos y deberes tiene.
- El impacto que produce la solemnidad de la audiencia.
- El rito procesal que debe seguir.
- El momento en que debe entrar y salir.
- Las opciones de quedarse por si es solicitado posteriormente.
- La simbología propia del juicio oral y público, con reglas sobre el comportamiento de partes y testigos.
- El lugar donde debe sentarse cuando sea llamado, y la forma de hablar si existe micrófono.
- A quién o quiénes debe dirigir sus palabras cuando sea interrogado. El testigo debe dirigirse al juez y no al abogado que lo interroga.
- De qué manera vestir.
- Cómo comportarse durante su presencia en el lugar.
- La importancia de su apariencia antes, durante y después del juicio.

Al testigo hay que referirle los valores que deben guiar su testimonio, y que ante todo diga la verdad; busque la justicia, no su interés; conteste "no me acuerdo" sólo cuando en realidad no se acuerde; no afirme nada de lo que no esté seguro; no procure favorecer a alguien por compadrazgo o amistad; y no testifique para vengarse de otra persona.

Explicarle qué es lo que se busca con su testimonio (reconstruir la historia, según lo que él pudo percibir): aquí hay que aclararle que no interesan sus opiniones ni su parecer personal sobre el asunto.

No se le debe indicar que aparente estados de tristeza, dolor, angustia, cansancio, interés o desinterés, según quien le esté preguntando y según lo que le esté preguntando. Los estados anímicos han de ser espontáneos, según la naturaleza de la situación que el deponente esté viviendo en el juicio.

Si se trata de personas excepcionales (menores, adolescentes, ancianos, personas con minusvalías físicas o mentales), darles un tratamiento que no les impida contestar con soltura y libertad, libres de prejuicios. En el manejo de la historia que el testigo reconstruirá

[36] Tomado de *Teoría del caso y técnicas del debate en el proceso penal*, op. cit., P. 104 y 2001.

con base en las preguntas de quien lo propuso, se recomienda:

- Ilustrarlo de manera individual, pues se le interrogará o contrainterrogará individualmente, de modo que esté listo para rendir una declaración en primer lugar verdadera y, en segundo termino, verosímil. La ilustración que se deja en manos de ayudantes que no conocen bien el caso (familiares, asistentes del despacho, empleados judiciales, estudiantes u otro) no siempre da buenos resultados.

- Revisar con el testigo todos sus testimonios y la clase de respuesta que dará al interrogatorio o al contrainterrogatorio. Sobre todo si rindió con anterioridad otras manifestaciones verbales o escritas que pudieran llamarse prueba de refutación (investigaciones anteriores en sedes administrativas, en litigios civiles, familiares, pendientes o resuel- tos, en instancias en que solicitó alguna cosa o fue juramentado sobre hechos relacionados, en informes presentados ante autoridades, jefaturas, instituciones, en textos literarios, u otros semejantes), los cuales puedan usarse en su contra. Haga que el testigo lea esos materiales y resuelva las contradicciones con usted.

- Revisar con el testigo todos los elementos materia- les de prueba, para que él los pueda identificar o relacionar adecuadamente con la historia. Explíquele cómo planea usted introducirlos a través de él en la audiencia.

- Comparar el testimonio de otros deponentes para encontrar inconsistencias. Pídale al testigo que le explique por qué existe alguna contradicción o defecto. Haga de *abogado del diablo*. Justifique las incoherencias buscando en qué punto son verosímiles, dónde hay consistencia lógica, cómo se fortalecen al relacionarlas con otras pruebas, para que se prepare para el ataque de su contrincante.

- Es mejor que prepare su interrogatorio y lo revise con el testigo repetidas veces. Si el testigo le da respuestas diferentes, averigüe por qué. Si hay una historia falsa, utilice la historia verdadera y varíe su estrategia. Si hay nerviosismo, falta de memoria, confusión u otro elemento que afecte la verosimilitud, repase con el testigo la respuesta correcta y por qué lo es.

- Insista en qué se debe acentuar y en qué no al momento de contestar.

- ¿Y si se me olvida? El abogado debe explicarle al testigo que una persona que ha vivido un hecho es probable que pueda referir mejor que nadie lo que vivió. Explíquele que usted no puede hacerle preguntas sugestivas ni recordarle hechos sino hasta que los haya introducido el mismo deponente. Si algo se le olvida, simplemente debe indicar que no se acuerda.

- Explíquele que no narre o conteste lo que él supone que el abogado quiere que diga, sino lo que en efecto sucedió.

- En caso de testigos manipuladores, escépticos, tácitos o silenciosos, habladores, espontáneos u otros, ilústrelos para un contrainterrogatorio intenso, y utilice con ellos las herramientas que su caso particular amerite (preguntas cerradas, abiertas, cortantes, indiferentes, interesadas, etc.).

- Ilustre al testigo sobre el modo como debe presentarse en la sala de juicio, ubicación del estrado, lugar que le corresponde, modo de entrar, estar y salir. Esto para que disminuya el impacto de escenario.

- En el manejo de la audiencia, explíquele que debe contestar mirando al juez y no al interrogador, que no caiga en el juego de la víbora y el ratón (la mirada electrizante del abogado contrainterrogador que busca crear nerviosismo donde hay verosimilitud), que hable claro y en voz alta para que lo puedan escuchar las partes, el jurado, el juez y todos los abogados presentes. Si existen cámaras o público, que los ignore porque producen perturbación. Si no entiende una pregunta, que pida al juez o al abogado que se la repita. Si no recuerda o no sabe, que así lo haga saber. Insístale en que no debe usar palabras que no esté acostumbrado, debe utilizar el vocabulario que emplea siempre en sus asuntos cotidianos, de un modo serio y educado.

- Hágale ver al testigo que no discuta con los abogados y mucho menos con el juez, que no se ofusque ni pierda su compostura.

- Ilústrelo para que en el contrainterrogatorio no responda inmediatamente, sino que haga la pausa para que le dé tiempo a usted de oponerse, sin estar volviendo a ver hacia usted como solicitando autorización, pues eso evidencia inseguridad y le da debilidad a la respuesta, aunque sea la correcta.

- Ilústrelo para enfrentar interrogatorios sobre su pasado, y para la pregunta clásica: *"¿Qué le dijo su abogado que debería declarar en este juicio?"*, o bien *"¿Ha hablado con alguna persona en relación con este caso?"*. Si indica que con el abogado habló *"lo normal"*, le preguntarán *"¿Qué es normal para usted?"*. Si responde que con sus familiares o amigos, el abogado procurará disminuir el valor del testimonio de los demás por la influencia probable, entre otros argumentos a veces innobles.

- Hay abogados que practican lo que decía Quintiliano, orador forense romano:
  "Ante todo, es asunto fundamental conocer al testigo; pues si es tímido, puede ser asustado; si es tonto, engañado; si es irascible, provocado; si es ambicioso, envanecido; si es prolijo, enredado. Por el contrario, si es atento y coherente, o debe ser alejado inmediatamente como hostil y testarudo, o refutado, mas no con preguntas, sino con una breve interrupción por parte del defensor; o amortiguado y entibiado en su entusiasmo con palabras corteses e ingeniosas, o desacreditado con acusaciones deshonrosas, si es que se puede decir alguna cosa contra su vida"[37].

5.2.7 Narración previa de los hechos

Conviene planear el relato de los hechos de manera lógica y persuasiva para que el testigo los recree al presentarlos al juzgador. La planeación de la narración de los hechos comprende la descripción de la escena de los hechos, y la secuencia ordenada de los mismos buscando destacar los temas relevantes que el testigo deberá probar con su dicho.

Para algunos autores, la mejor manera de planear el relato es cronológicamente como una historia donde

[37] *Instituta oratoria,* vol. 7, "Maximus patronis circa testimonia sudor est...", citado por Enrico Ferri, op. cit.

se presenta el antes, el momento de los hechos y el después, para que el juzgador conozca y siga los hechos en el orden en que sucedieron[38]. Esta forma es conveniente para la Fiscalía, que por llevar la carga de la prueba debe presentar ordenada y coherentemente los hechos relevantes de la acusación, para que el juez los perciba.

En el ejemplo del homicidio de *Andrés Castro*, la Fiscalía interrogaría a la viuda, *Gloria Dávila*, única testigo presencial con la siguiente secuencia:

- Acreditación. *Gloria Dávila.* Edad, condición de esposa y madre, su dedicación al trabajo en compañía de su esposo, tiempo del matrimonio.
- Escena. Descripción del supermercado El Triunfo. Ubicación en el barrio, puerta y reja de entrada, localización del mostrador, la caja registradora, el mueble donde se ubican las botellas de aguardien- te. Condiciones de visibilidad nocturna, distancias de observación.
- Acción. Ocurrencia de los hechos. En secuencia cronológica: precisión del día festivo y la hora. Labores que estaban realizando cuando llegó el asaltante (*Andrés* estaba cerrando la reja). Empujón del asaltante, el arma (revólver) con que amenaza a *Andrés*, frases de amenaza de muerte del asaltante, frases de Andrés para calmarlo. Ladrido del perro, distracción momentánea del agresor, intento por desarmarlo, forcejeo, disparo y caída de *Andrés*. Golpe de la caja registradora, robo de dinero y aguardiente, huida del homicida.
- Detalles. Identidad física del agresor. Este es el punto central de la declaración de *Gloria Dávila*, El interrogatorio debe detenerse en los detalles de identidad, edad, color de piel, estatura, peluqueado, uniforme deportivo que conducen a señalar a *Carlos Patiño* como homicida. El interrogatorio debe rematarse con un punto fuerte, como la relación del testimonio con la persona a la cual se ha referido. Es decir, si esa persona se encuentra en la sala, "el señalamiento de *Carlos Patiño*, presente en la sala como la persona que *Gloria Dávila* vio que disparó contra su esposa, el homicida". (conexión del dicho con la persona a la cual se ha referido).

Otros autores no consideran aconsejable tomar el orden cronológico porque los puntos donde se quiere hacer énfasis no están al final del relato y el testimonio debe terminar con un punto fuerte, que se fije en la mente del juez[39].

Esta estrategia es útil para la defensa, que debe concentrarse en los puntos efectivos que destruyan la teoría del caso de la acusación. No necesita la defensa sino concentrarse en los temas esenciales, sin realizar recuento cronológico alguno.

5.2.8 Esquema del interrogatorio

El análisis del testimonio que hay que rendir debe partir de cuáles son los hechos relevantes de la teoría del caso que deben probarse con este testigo, cómo debe presentarlos y qué detalles auxiliares enriquecen el testimonio. Así mismo, han de precisarse las debilidades o vacíos de ese testigo en las entrevistas realizadas por los cuerpos investigativos o declaraciones anteriores rendidas ante autoridades judiciales. Esto con el fin de anticipar el contrainterrogatorio de la parte adversa.

[38] Thomas Mauet, *Trial techniques*, 5th ed., Aspen Publishers, 2000. Steven Goldberg, *The first trial in a nutshell,* West Group, 1982.
[39] Ronald Carlson, *Dynamics of trial practice,* American Casebook Series, St Paul, Minn. West Group. 1995, P. 179.

El abogado preparará luego una secuencia o esquema con el que desarrollará el interrogatorio. No propiamente un guión con todas las preguntas, pero sí una guía o lista de chequeo que le permita la conducción del interrogatorio e ir verificando si se abordaron todos los temas relevantes para su teoría, llevar un orden o secuencia lógica e incluir algún detalle especial del testigo.

Nombre del testigo: _____

Tipos de preguntas	Temas claves	Observaciones
Acreditar el testigo.	Nombre, edad, estado civil, estudios, en qué trabaja, ubicación de la residencia.	
Mostrar su relación con los hechos.	• Fue testigo presencial. • Vio al acusado huir del lugar. • Oyó una conversación del acusado que lo incrimina.	Ha tenido problemas personales con el acusado.
Describir o pintar la escena de los hechos y la posibilidad del testigo para narrarlos.	Visibilidad, distancia y ubicación de objetos.	Debe mostrar el carácter violento del agresor.
Mostrar la acción: antes-durante-después.	• Lo que hizo el acusado. • Lo que hizo la víctima. • Lo que hizo el testigo.	

5.3 Desarrollo del interrogatorio

5.3.1 Acreditación del testigo (¿quién es?)

El interrogatorio comienza con la introducción del testigo ¿quién es? su nombre, edad, familia, empleo, experiencia, y la mejor integración incluye algunos detalles para que el juez le crea. Debe presentarse un testigo que tenga credibilidad. En toda persona hay algo que se hace interesante. La obligación del abogado es explorar los antecedentes significativos de ese testigo.

La acreditación de *Carlos Muñoz* en el caso de *Carlos Patiño* podría ser así:

Pregunta: Señor Muñoz, ¿dónde vive usted?

Respuesta: Vivo en la calle 172 N° 50-01, en Mazurén.

Pregunta: ¿Desde hace cuánto?

Respuesta: Desde hace diez años.

Pregunta: ¿Con quién vive?

Respuesta: Vivo con mi esposa y mis dos hijos.

Pregunta: ¿Dónde trabaja?

Respuesta: Trabajo ahí mismo. Tengo una tienda que se llama El Bizcocho Calentano. Yo soy panadero.

Con estas preguntas sencillas se muestra que el testigo es casado, tiene un hogar, hijos y un trabajo, además de cierta madurez y responsabilidad.

Estas preguntas pueden complementarse con otras igualmente breves, donde se indague por el trabajo o la familia, permitiendo, según la clase de testigo, que muestre su condición de padre, hermano, esposo o trabajador dedicado.

Estas preguntas de referencia sobre el testigo siempre deben hacerse porque la credibilidad es el tema que siempre está en consideración en el testimonio.

5.3.2 Relación del testigo con los hechos (¿por qué está aquí?)

El interrogatorio debe revelar la razón por la cual se ha citado al el testigo. Mediante preguntas introductorias debe relacionarse al testigo con los hechos, con los personajes, los lugares y los sentimientos. Es la fundamentación del testigo que permite constatar la razón de su dicho.

El testimonio de *Carlos Muñoz* continuaría así:

Pregunta: Pasemos ahora a los hechos que nos convocan a esta audiencia.
¿Conoció usted al señor *Andrés Castro*?
Respuesta: Sí, señor, sí lo conocí.
Pregunta: ¿Por qué lo conoció?
Respuesta: Lo conocí porque era mi vecino y era dueño del supermercado El Triunfo, donde yo me surtía de algunos víveres para mi tienda.
Pregunta: ¿Dónde está ubicado el supermercado El Triunfo?
Respuesta: Está ubicado en el mismo barrio donde yo vivo, en Mazurén, diagonal a mi tienda El Bizcocho Calentano.
Pregunta: ¿Cuándo vio al señor Castro por última vez?
Respuesta: Eso fue hace un año, el 20 de julio.

5.3.3 Descripción de la escena de los hechos (¿Qué escena vio?)

Escena, en sentido amplio, es el lugar donde se pueden encontrar evidencias de los hechos. Acreditado el testigo y establecida su relación con los hechos, éste debe dibujar la escena. Se le formulan entonces preguntas descriptivas que lo sitúan en el lugar donde se produjo la conducta y explican las condiciones de ambiente, hora, visibilidad, distancia, tiempo, y determinan su nivel de percepción. La descripción de la es-

cena permite fundamentar el testimonio al situar al testigo en la escena, para luego entrar a describir los hechos desde su perspectiva.

Una manera de describir la escena es comenzar con una visión panorámica y luego caer en los detalles trascendentales de los hechos. El testigo describe lo que vio. Luego se presentan los detalles, por ejemplo ¿qué tan lejos estaba del acusado?, ¿cómo estaba la luz?, ¿qué dijo?, ¿qué ropa tenía?, y la altura, peso, etc.

El interrogatorio de *Carlos Muñoz* continuaría así:

> *Pregunta*: *Señor Muñoz*, precísenos la ubicación de su tienda y del supermercado El Triunfo.
> Señor juez, solicito nos autorice acercarnos al papelógrafo, donde reposa el plano P-3.
> El juez: Proceda, señor fiscal.
> *Pregunta* (frente a la ayuda audiovisual): ¿Dónde queda ubicada su tienda El Bizcocho Calentano?
> *Respuesta:* Aquí en esta esquina de la calle 172 con carrera 50.

El uso de ayudas audiovisuales contribuye a una mejor explicación y descripción de la escena de los hechos. Los planos y gráficas con la ubicación de las personas facilitan la comprensión del juez en la descripción de los hechos que hace el testigo.

5.3.4 Presentación de los hechos (¿Qué acción observó?)

El eje central del testimonio es la presentación de los hechos por el testigo. Su confiabilidad depende de la manera como los describa. Se debe ser preciso y detenerse en los temas esenciales que se quieran enfatizar. La manera como se hacen las preguntas es fundamental para desarrollar lógica y ordenadamente el interrogatorio.

Las preguntas deben ser abiertas, porque en el interrogatorio el testigo revela los hechos por sí mismo y en su propio lenguaje. Al testigo se le pregunta ¿Qué? ¿Cómo? ¿Cuándo? ¿Dónde? ¿Por qué? ¿Cuántos...? Las preguntas abiertas permiten enfatizar también en eventos importantes para obtener detalles.

Después de hacer el ejercicio sobre lo que le aporta cada testigo a la teoría del caso de la parte que lo propone, se debe orientar el interrogatorio al tratamiento de cada tema y subtemas del mismo, teniendo claro el objetivo o lo que se propone que el testigo informe a través de su declaración.

Cada vez que se aborda un tema hay que agotarlo antes de pasar a otro. Por ejemplo si pasamos al tema de la escena de los hechos, para establecer la capacidad de la testigo de poder observar al homicida, debemos agotar todas las preguntas relativas a este punto antes de pasar a los temas de la acción (hora, forma en que entró el atacante, amenazas que realizó, disparo, ruptura de la caja registradora, toma de la botella de aguardiente y el tema principal de individualización, características morfológicas y de vestimenta).

Es fundamental determinar en este punto la relevancia de dichos temas para que, con el objetivo claro, las preguntas estén dirigidas a mostrar estos aspectos:

En el caso Patiño:

- La hora es importante porque ataca la coartada del acusado.
- La toma del aguardiente es importante porque

coincide con lo que Patiño estaba tomando esa noche y con la marca que vio el investigador en el apartamento de éste.

- La forma en que entró y las amenazas son relevantes porque coinciden con la descripción de la personalidad de Patiño que hace Rebeca López.

5.3.5 Preguntas para completar detalles

Es importante que al abordar un tema en el interrogatorio, se pregunten sobre los detalles que permiten apuntalar la credibilidad del testigo. Cuando Gloria Dávila afirma que los hechos ocurrieron alrededor de las 11:00 p.m., la siguiente pregunta debe ser ¿por qué lo sabe? Cuando Yanira Salazar afirma que Patiño no sa- lió esa noche, la siguiente pregunta debe ser ¿cómo está segura de eso?

5.3.6 Preguntas de transición

En el interrogatorio se realizan preguntas de transición que permiten precisar cuándo termina un hecho y comienza otro. También se hacen preguntas para reconducir al testigo o para que éste precise el punto que está declarando, buscando respuestas específicas. Ejemplo:

> *Pregunta:* Pasemos ahora al día de los hechos, el 20 de julio de 2000.
> *Pregunta: s*eñor Muñoz, precisemos lo que sucedió en el momento en que llegó el motociclista.

5.3.7 Preguntas de cierre

Las preguntas de cierre deben ser impactantes, en virtud del principio según el cual lo que escuchamos más recientemente o de último, es lo que más se nos graba. Estas preguntas de cierre deben referirse al tema principal que aporta el testigo a la teoría del caso de su proponente. En el caso de Gloria Dávila, el tema principal es la individualización del homicida de su esposo. Una pregunta podría ser: señora Gloria, usted ha señalado al señor Carlos Patiño como el homicida de su esposo. ¿Está usted segura de que se trata de él y no de otra persona? *R.* Sí señor, perfectamente segura. Esa cara no se me olvidará nunca.

5.3.8 En el interrogatorio, el testigo revela los hechos por sí mismo

En el interrogatorio, las preguntas no deben ser sugestivas. Quien declara no es el abogado, y por tanto cualquier pregunta que impida que el testigo declare voluntariamente y sugiera la respuesta puede ser objeto de una oposición.

Las preguntas deben ser cortas, precisas, sencillas y referirse cada una a un hecho o circunstancia. Mientras más claras y comprensibles sean las preguntas, más fáciles las contestará el testigo y se comprenderán mejor por el juez.

También se orienta más fácil el interrogatorio, evitándose respuestas demasiado largas y narrativas que abren la puerta a temas impertinentes u opiniones, distraen la precisión sobre los hechos e impiden que el testimonio se centre en los puntos relevantes.

La concentración en el debate o en la pregunta siguiente no permite que el abogado a veces escuche lo que el testigo dice, lo que le impide conocer qué escucha el juez, y evita que se haga seguimiento al testimonio para aclarar o precisar puntos de su declaración. Por otro lado, el testigo requiere un acompañamiento con la mirada y la entonación que le dé seguridad y confianza. Se dice por eso que la mejor manera de hacer un testimo-

nio interesante es que el abogado realmente esté interesado en ese testimonio[40]. Si se demuestra desinterés por el testigo propio, el juez tampoco tendrá interés en esa declaración.

5.3.9 Problemas especiales (tomado del manual del debate de USAID Guatemala)

A continuación se presentan ejemplos de algunos tipos de testigos que tendrá que confrontar a lo largo de su experiencia. Recuerde para todos ellos que cualquiera que sea la respuesta, no debe discutir o reñir con el testigo. Esta es una conducta poco profesional y podría resultar en que se presentarán oposiciones contra usted. Además, este tipo de conducta puede dar la apariencia de que usted está retando al testigo, lo que reducirá su credibilidad con el tribunal y probablemente pierda cualquier información que esperaba obtener del testigo.

5.3.9.1 Testigo evasivo

Un testigo evasivo es aquel que no tiene dificultad al responder preguntas planteadas por la parte que lo presenta, pero sí al responder en forma evasiva a sus preguntas. La evasión puede representarse de varias maneras:

1. El tono y comportamiento del testigo puede variar.
2. Puede repetir sus preguntas o bien solicitarle que le repita la pregunta.
3. El testigo puede ser lento al momento de responder a las preguntas.
4. Frecuentemente responde con frases como "No sé", "No recuerdo", "No puedo hacer memoria", "No estoy seguro", "Yo podría", "Yo diría", o evita responder directamente.

A continuación se presentan varios ejemplos de cómo manejar a un testigo evasivo:

1. Demuestre al testigo que usted tiene algún conocimiento sobre los hechos y que sabrá si él se desvía de la verdad.

   Pregunta: Sr. Pérez, ¿había tres hombres sentados con usted en la taberna?
   Respuesta: Sí.
   Pregunta: Entre esas personas ¿están los acusados, Juan Figueroa y Pablo de Valle?
   Respuesta: Sí.
   Preguntas: ¿Pablo estaba sentado frente a usted?
   Respuesta: Sí.
   Pregunta: ¿Pablo es delgado, de estatura mediana y piel en tono pálido?
   Respuesta: Sí.
   Pregunta: ¿Fue en ese momento en la taberna en el que Pablo le dijo a Juan "Dejé el carro robado en el parqueo"?
   Respuesta: Eso creo.

2. Repita la pregunta que no respondió el testigo, lo que le demostrará a éste que usted no permitirá que él deje sin contestar la interrogante. Una falla del testigo al responder la pregunta puede afectar su credibilidad; por tanto, menciónelo en su discusión final cuando se refiera a la credibilidad.
   Pregunta: Sr. Pérez, ¿bebió usted cinco botellas de cerveza en la noche entre las 8:00 y las 9:00?
   Respuesta: Bien, todos nosotros estábamos bebiendo.
   Pregunta: Sr. Pérez, mi pregunta es ¿bebió usted las cinco botellas de cerveza durante una hora?

[40] Kenney F. Hegland, *Trial and practice skills in a nutshell*, West Group, 2002.

Respuesta: Eso creo.
Pregunta: Sr. Pérez, ¿bebió cinco botellas de cerveza durante la hora que estuvo en la cantina?
Respuesta: Sí.

3. Si el testigo continuamente falla al responder una pregunta, solicítele al juez que le ordene al testigo responder la pregunta en cuestión. En la discusión final, mencione esta falla al responder al momen- to de discutir la credibilidad del testigo.

Pregunta: ¿Identificó a Pedro González como al hombre con el cuchillo?
Respuesta: Sí, él no podía caminar y se veía ebrio.
Pregunta: Señor presidente, se le solicita al testigo que responda las preguntas planteadas y no dé información voluntaria. Además le pedimos, respetable juez, que omita la última respuesta en sus deliberaciones.

En todos los casos anteriores, usted puede decidir que la respuesta probable no sea mayor que la impresión negativa que el testigo está causando en los jueces. Si esto es verdad, entonces no intente obtener mejores respuestas; continúe con preguntas que él evade. Busque tantas respuestas como sea posible del tipo "No puedo recordar". Pregúntele al testigo si tiene dificultades para escuchar o entender sus preguntas. Al hacer esto, recuerde que debe preocuparse por el tono de voz que utilice; si usa un tono sarcástico con un testigo que parece débil, podría perder el impacto de las respuestas. Finalmente, trate de obtener respuestas evasivas en algunas de las preguntas en las que el testigo no tiene dificultad al responder cuando éstas las plantea la parte que lo presenta.

En su discusión final, revise las respuestas del testigo para el tribunal. Explique cómo las evasiones afectan la confianza y credibilidad del testigo y su testimonio. El tribunal deberá reconocer lo que el testigo está haciendo y tratar su testimonio apropiadamente. Ejemplo:

En este caso, señoría, la alegada víctima también es un testigo presencial. Si usted recuerda, cuando el fiscal interrogó al testigo, sus respuestas fueron efusivas. Cuando su abogado lo interrogó, consideró que no pudo responder a preguntas con menos de 20 palabras. Bien, conmigo actuó incorrectamente. Cuando yo lo interrogué, apenas pude recibir respuestas a las preguntas. Usé casi las mismas preguntas que su abogado utilizó. Y qué respuesta obtuve, "No sé" y "No recuerdo".

5.3.9.2 Testigo argumentativo

Algunas veces un testigo deseará exponer, explicar o discutir cada pregunta. Cuando un testigo discute con usted o responde sus preguntas con otras preguntas, haga particularmente preguntas cortas y claras. Cuando sea posible, recurra al uso de las preguntas cerradas Sí/No, o repita la pregunta e insista en respuestas concretas, o reestructure la pregunta de tal modo que se demuestre que el problema es con el testigo, no con la pregunta.

Cuando el testigo responde a una pregunta y continúa hablando, trate de acortar su participación, haciendo la siguiente pregunta. Si el testigo insiste en seguir, pídale al tribunal que no considere la parte de la respuesta que no se relaciona con la pregunta. Si esto continúa, solicite al tribunal que amoneste al testigo para responder la pregunta realizada y únicamente eso.

5.3.9.3 Testigos especiales.

Existen algunos testigos a los que, dada su edad, inteligencia, discapacidad o el tipo del delito, usted necesita-

rá dar un trato especial durante el interrogatorio. En estos casos, usted obtendrá mejores resultados al limitar su interrogatorio y utilizar preguntas cerradas breves. Cada vez que le sea posible, trate de que los testigos den respuestas de sí o no y no narrativas. Con este tipo de testigos es importante recordar que a menudo usted no va a ganar un caso por retar o abusar del testigo.

5.3.9.4 Peritos

Para los propósitos del interrogatorio, se puede tratar al perito como cualquier otro testigo y le serán aplicables, en lo que corresponda, las reglas del testimonio *(art. 405, CPP)*. La organización normal implica admisiones favorables, desacreditar el testimonio y desacreditar al testigo. El perito requiere preparación adicional y se le deberá interrogar sobre algunos otros temas.

5.3.9.4.1 Preparación

Usted debe leer el informe final del perito ante el deba- te, ya que necesita entender lo que éste dice, y lo que prueba o no. Así mismo, debe comprender si existió algún problema con la experticia que realizó el perito. Cualquier parte del informe que no comprenda, deberá discutirla con el perito que elaboró el informe, la perso- na que efectuó la prueba o contratar a su propio perito o consultor técnico.

Además del informe, deberá definir las calificaciones profesionales y la experiencia relevante del perito, su opinión y un detalle de sus fundamentos, así como todos los materiales y fuentes que utilizó para formar su opinión. Revise publicaciones reales, libros y artículos del perito. Hable con los colegas de éste para que le brinden información, incluyendo cualquier tipo de experiencia que hayan tenido con el perito durante un debate.

La preparación adicional para el perito incluye los siguientes aspectos:

- Edúquese a sí mismo en el tema para lo que deberá leer en la literatura del perito al respecto y desarrollar experiencia en el tema y material para una posible impugnación.
- Pregunte a su propio perito o consultor técnico sobre las posibles debilidades del perito, entre éstas las calificaciones profesionales, la opinión de éste y el razonamiento en la formación de la opinión.
- Considere el contratar a un consultor técnico o instrúyase sobre el tema, para que esto lo ayude a preparar o a hacer el interrogatorio. Si el consultor técnico es quien realiza el interrogatorio, usted tendrá que tener una comprensión suficiente del tema para abordarlo en la discusión final.
- Considere la contribución del perito en apoyo a su teoría del caso.
- Cada vez que sea posible, trate de utilizar prueba real o apoyo visual, ya que el testimonio del perito puede ser complejo y de difícil comprensión para los demás.

5.3.9.4.2 Interrogatorio

A continuación se presentan temas adicionales a los que se dirigiría durante su interrogatorio a un perito.

- Los honorarios profesionales, si éstos ya se pagaron, y la frecuencia con la que este perito testifica (perito contratado por la defensa).
- El área de experiencia del perito. Es necesario acreditar el conocimiento teórico sobre la ciencia, técnica o arte en que es experto; el uso de instrumentos o medios en los cuales es experto y su conocimiento práctico en la ciencia, técnica, arte, oficio o afición aplicables *(art. 417, CPP)*. En

algunos casos, puede parecer que el perito es altamente calificado, pero su experiencia real es en áreas distintas de aquellas que se discuten en el debate. Determine la experiencia real del perito y después muestre la experiencia particular que no sea directamente aplicable al caso presentado en el debate.

- Pregúntele sobre los fundamentos de su opinión, después interróguelo sobre si su opinión cambiaría si otros factores se determinaran como verdaderos. Si él admite que su opinión sería diferente, entonces argumente en la discusión final que sus hechos son verdaderos y que incluso el perito está de acuerdo con usted. Si su opinión nunca cambiara, entonces usted puede alegar que él no goza de credibilidad porque se ha fijado una opinión que nada podría modificarla.
- Desarrolle su propia experiencia en el tema, lo que le dará credibilidad cuando usted valore la prueba del perito en la discusión final. Para hacer esto, defina los términos técnicos o describa los procedimientos técnicos, y acuerde con el perito que usted definirá o describirá los términos en forma correcta.
- Trate de que el perito deje a un lado los términos utilizados para darse una apariencia de gran conocimiento e importancia. Para lograrlo, debe forzarlo a definir y deletrear los términos técnicos y frases, así como utilizar lenguaje común.
- Utilice al perito para criticar la conducta de la misma parte que lo llevó al debate, en ciertas áreas. Algunas veces una parte ha realizado algo que interfiere en el trabajo del perito y que hace que la función que él realiza se dificulte, o sea confiable.
- Demuestre que el perito no efectuó todas las cosas que un perito cuidadoso y detallista habría hecho. Demuestre también que una variedad de pruebas pudieron y debieron haberse realizado para llegar a una conclusión confiable en el caso.
- Destaque que la opinión del perito está basada únicamente en hechos poco confiables. Esta técnica puede ser efectiva para psiquiatras, psicólogos y trabajadores sociales, cuya opinión está basada principalmente en entrevistas con el paciente o los familiares, quienes por tener interés en el resultado pueden o no ser sinceros durante la entrevista. Ejemplo:

En su declaración, la trabajadora social rindió y ratificó el contenido del dictamen socioeconómico de la acusa- da y firmó por ella.

Pregunta: ¿Cuáles son las conclusiones económicas?
Respuesta: No puedo establecerlas.
Pregunta: ¿Cuáles son las conclusiones sociales?
Respuesta: No puedo establecerlas porque no ingresé a su residencia.
Pregunta: ¿Cuántos hijos tiene la acusada?
Respuesta: No conocí a los hijos de la acusada.
Pregunta: ¿Qué le parece la señora D.? *Respuesta:* No pude entrevistarla, pero según los vecinos era alegre, le gustaba el licor y continua- mente hacía fiestas en su casa.
Pregunta: ¿Cómo eran las relaciones entre el occiso y la acusada?
Respuesta: Según los vecinos, malas.
Pregunta: Los vecinos que entrevistó, ¿le dijeron si les constaban los problemas del occiso con la acusada?
Respuesta: No.

Pregunta: ¿A cuántos vecinos entrevistó?

Respuesta: A cinco.

Pregunta: ¿Cuáles son los nombres de los vecinos entrevistados?

Respuesta: No los tengo.

Pregunta: Entonces, ¿no entrevistó a la señora D.?

Respuesta: No.

Pregunta: ¿No entrevistó a los hijos de la víctima ni a la señora D.?

Respuesta: No.

Pregunta: ¿No entrevistó a ningún miembro de la familia de la víctima?

Respuesta: No.

Pregunta: ¿Sólo entrevistó a cinco vecinos?

Respuesta: Sí.

Pregunta: Pero, ¿no tiene los nombres de los entrevistados?

Respuesta: Sí.

5.4 Técnica del interrogatorio

5.4.1 No pierda el rumbo

Como resultado de la preparación del testigo o de la lectura de sus declaraciones previas en la policía, habrá podido determinar los puntos claves de su testimonio; sabrá llegar a ellos rápidamente, así como desarrollarlos de modo suficiente y luego detenerse. Desarrolle sólo el testimonio que apoye su teoría del caso, ya que información adicional podría distraer. Revise su teoría del caso y su proyecto de alegato de conclusión para decidir cuál es la mínima información que debe sustraerse del testigo; cualquier testimonio, detalle o conclusión que no apoye algún elemento de su teoría del caso y su proyecto de discusión final (el cual será la última y más importante expresión de la teoría, ya apoyado en los medios de prueba) no debe presentarse. Recuerde que la brevedad tiene la virtud de presentar la información con claridad y, por tanto, usarla es muestra de destreza; además, el testigo al declarar debe referirse a lo que le consta únicamente y lo hará en forma oral.

5.4.2 Use lenguaje apropiado

Siempre utilice lenguaje apropiado con el testigo, lo que frecuentemente involucra el escoger palabras y frases simples para sus preguntas, de acuerdo con la situación de él. Elimine el lenguaje estilizado y formal y utilice uno simple y claro. Decida de antemano las palabras y frases, y úselas. Recuerde que ante todo es una conversación con el declarante, por lo que olvide formalismos muy empleados en nuestro actual sistema, como la pregunta que empieza diciendo "sírvase decir a este despacho…".

5.4.3 Permita al testigo explicar

Algunas veces un testigo puede decir algo que no tiene sentido, o utilizar una palabra o frase poco común. Es-

to es particularmente cierto en los expertos, quienes con frecuencia utilizan lenguaje técnico poco conocido para personas ajenas a su campo; pero también se presenta en el caso de los no letrados, quienes por razones de forma- ción o por la intimidación o incomodidad que pueden sentir al rendir su testimonio, en un ámbito tan público y hostil, extraño, pueden no expresarse de manera ade- cuada. En este caso se sugiere la utilización de un inte- rrogatorio bien diseñado, un relato previamente ensaya- do o una combinación de los dos.

En el interrogatorio, es mejor aclarar la palabra o fra- se en el contexto en el que aparece. Inicie la aclaración refiriéndose al contexto original, y luego utilice pre- guntas directas para obtener detalles adicionales o ex- plicaciones.

5.4.4 Observe y escuche al testigo

Escuche y tome notas durante la declaración e interro- gatorio del testigo para utilizar en el interrogatorio y el alegato final. Existen dos razones para poner atención al testigo: asegurar que el testigo presente la informa- ción o prueba necesaria para su caso, y para saber y no- tar cualquier información o prueba inesperada.

Durante el acto de testificar o rendir relato, el juez pue- de y debe fijarse en el comportamiento del testigo. Si su actuación no es espontánea, es decir, si ha memorizado su testimonio, por ejemplo, el juez se dará cuenta tanto como exceso de nérviosismo o enojo. El estado emocio- nal y la presentación del testigo tienen peso en la valo- ración de su testimonio.

Aparentar no prestar atención a un testigo podría dar la apariencia de que el testimonio ha sido confabulado y el efecto es poco espontáneo, o puede sugerir que usted no lo valora o no cree en él (además, escuchar al testigo puede motivarlo positivamente).

5.4.5 Tome apuntes

Como en todas las partes del debate es necesario tomar apuntes durante la declaración y el interrogatorio del testigo, estos le servirán para la preparación del alega- to de conclusión, fundamentar su teoría del caso, con- frontar la teoría de la otra parte, como base para el ale- gato final, la réplica y para asegurar lo completo del acta del debate.

Aunque la contraparte propusiera un testigo, es reco- mendable tomar apuntes utilizando la técnica de la pá- gina dividida u otra similar. Un lado, que se prepara de manera previa, contiene el listado de áreas que hay que cubrir por medio del interrogatorio y el lado opuesto contiene el espacio necesario para apuntar lo que real- mente declara en el debate.

5.4.6 Utilice los apoyos visuales

Los apoyos visuales sirven para ubicar a las personas en el espacio con respecto al lugar de los hechos, para vi- sualizar más concretamente qué pudo haber ocurrido. Los apoyos pueden emplearse durante el interrogatorio para destacar la información clave y explicar detalles importantes, en concepto de extensión de la capacidad verbal de expresión y en la medida en que ayuden a es- clarecer los hechos el tribunal debe recibirlos.

En este orden de ideas, los apoyos muchas veces pueden tener (y es mejor que lo tengan) carácter de prueba. Un ejemplo común sería un croquis preparado por un peri- to, que durante su testimonio se utiliza para efectos de ubicación o esclarecimiento tanto durante su testimo- nio como durante el interrogtatorio de otros testigos.

Un apoyo visual puede ser otro medio de prueba (física y documental) o un apoyo visual que no es prueba.

Un apoyo visual puede:

1. Emplearse para esclarecer el testimonio del testigo a través del reconocimiento del objeto y la demostración del uso ante los jueces.
2. Contradecir al testigo o fortalecer su testimonio mostrándole una fotografía, un mapa, un croquis que demuestra gráficamente posiciones o condiciones sobre de las cuales está declarando.

Si el fiscal quiere, puede utilizar un instrumento físico que se usó en la realización del hecho para aumentar el alcance de su interrogatorio.

Las técnicas de introducción de los objetos físicos en función de apoyos visuales pueden variar según la situación y factores como la formación del testigo; además, su aptitud y capacidad de reacción influyen en la decisión del fiscal al respecto. Generalmente se debe dilucidar, por medio del relato o el interrogatorio, algunos detalles acerca de los hechos y el objeto (apoyo). Por ejemplo:

Gloria Dávila: El atacante llevaba puesta una camise- ta de basquetbolista.

Fiscal: (Con previo permiso del juez, se acerca al testigo). Aquí le entrego un objeto, ¿lo concoce?

Gloria Dávila: Sí, es la camiseta que utilizó en el asalto.

Fiscal: ¿Cómo sabe?

Gloria Dávila: Pues yo la observé todo el tiempo, me fi- jé en el color y el número que tenía impreso en el frente y la espalda. Lo identifico por el número nueve y su color blanco y rayas rojas.

Las grabaciones y los audiovisuales se reproducirán según la forma habitual. La misma técnica se utiliza para croquis, diagramas y mapas. El testigo tiene que poder relacionarlos con lugares pertinentes para después identificar posiciones que pueden esclarecer los hechos.

Que quede claro que en muchos casos este último tipo de apoyo puede evitar la necesidad de un reconocimiento del lugar en adición al ubicar los testimonios.

Como punto final a esta sección, se les recuerda a los interrogadores no utilizar preguntas sugestivas. La espontaneidad es piedra angular de la inmediación. Deje que el testigo testifique.

Un ejemplo, de acuerdo con el que hemos utilizado en esta sección, es el siguiente:

Fiscal: Aquí le entrego una camiseta. ¿Es la que tenía puesta el acusado durante el asalto?

Defensor: ¡Oposición! Es sugestiva la pregunta.

Juez: Con fundamento. Reformule usted su pregunta.

Fiscal: ¿Reconoce lo que le acabo de dar?

5.4.7 Tiempo y ritmo del interrogatorio

Es necesario tener una medida del tiempo del interrogatorio, ya que la percepción de una presentación oral se concentra en los primeros 15 a 20 minutos. Luego de este tiempo, el juez se puede desconcentrar y perder interés en la declaración.

El ritmo también es importante. Lo ideal es avanzar en algunos hechos con los que el juez está familiarizado y concentrarse en las secciones importantes del testimonio para fijar la atención en ellas de manera particular.[41]

5.4.8 Iniciar y terminar con fuerza

La psicología ha mostrado que la atención se concentra en lo primero y lo último que se escucha. El recuerdo del testimonio opera de esa manera. Por tanto, es importante que la declaración del testigo inicie y termine con puntos fuertes que sirvan para grabar en la mente del juez la contundencia de la declaración. El terminar con un tema impactante hace reciente y recordable el testimonio y anticipa el contrainterrogatorio, debilitándolo.

Este tema impactante debe ser el principal aporte de ese testigo a su teoría del caso.

> *Fiscal: Señora Gloria Dávila. ¿Está usted segura de que el acusado fue la persona a la que usted vio disparar contra su esposo?*
> *Testigo: Sí señor, no tengo la menor duda.*

5.4.9 Lenguaje verbal y no verbal

Deben entrenarse en el interrogatorio los hábitos verbales y los físicos El entrenamiento verbal debe hacerse sobre el tono, la modulación, el volumen en el ambiente de la audiencia, que denote seguridad, tranquilidad, sin exagerar. Se debe evitar repetir las respuestas, o emplear palabras como OK, muy bien, correcto, perfecto, que son muletillas.

En el lenguaje no verbal han de precisarse la postura, los gestos, el contacto visual y los movimientos al interrogar. La seguridad es esencial.

5.4.10 Formas de interrogar

Se supone que en el interrogatorio el abogado propone testimonios para comprobar la hipótesis o teoría del caso. Por consiguiente, se debe poner todo el empeño en efectuar un interrogatorio lo más convincente posible.

Para estos efectos, la forma de las preguntas es clave. Cada posibilidad implica efectos positivos o negativos sobre el juez y su valoración del testimonio.

5.4.10.1 Preguntas narrativas

Las preguntas narrativas (preguntas que requieren una respuesta narrativa) invitan a los testigos a describir eventos con sus propias palabras. Pero hay que ejercer cuidado de no proponerlas en forma sugestiva. Ejemplos de este tipo de preguntas son:

¿Qué vio usted esa noche cuando llegó el motociclista?
¿Qué pasó luego de que el atacante entró a la tienda?
¿Qué dijo el atacante?

Este tipo de pregunta permite al testigo describir eventos con sus propias palabras, provocando una respuesta más vivída y tal vez emocional. En lugar de parecer que se dan respuestas memorizadas, los testigos usan sus propias palabras, que refuerzan su credibilidad y demuestran una evidente espontaneidad.

Existen desventajas que limitarán el uso de preguntas narrativas.

- La respuesta del testigo podría parecer memorizada. Esto es verdad particularmente cuando las respuestas son detalladas y largas.

[41] Garry Watson, *Algunos puntos sobre la interrogación de testigos*. Toronto, Canadá, Osgoode Hall, Escuela de Derecho. 2001.

- La respuesta podrá contener detalles muy específicos y podría parecer artificial o repasada. Además, debido a los detalles incluidos en la respuesta, no podrá hacer preguntas de seguimiento para enfatizar en el evento y los detalles.

- Un testigo puede usar la pregunta narrativa para ofender a un adversario, para desatar comentarios sociales o, peor aún, para introducir temas impertinentes.

- El testigo que se desvía del tema. Ejemplo:
  Pregunta: Usted estaba al frente de su tienda cuando llegó el motociclista. Entonces, ¿qué pasó?
  Respuesta: Bueno, esa noche no había mucho tráfico. Normalmente cierro la panadería a las 5:00 p.m. y el tráfico en ambas vías de la calle es horrible, pero esa noche a decir verdad disfrutaba el panorama porque la calle estaba vacía.

Pídales a los testigos anteriores que describan los eventos en sus propias palabras, use la pregunta abierta. Incluya una palabra o frase que limitará la respuesta. Las palabras subrayadas en las siguientes preguntas limitan la respuesta del testigo a cualquier cosa que fuera poco común o a un cuadro en el tiempo. Ejemplos:

¿Pasó algo inusual? Por favor, descríbalo.
¿Qué ocurrió después?
Luego, ¿qué sucedio?

Así como advertimos en contra del uso de preguntas sugestivas, también lo hacemos sobre preguntas que buscan una narración completa de los hechos. Hay que tener en cuenta que en este tipo de preguntas se corre el riesgo de que el testigo narre hechos impertinentes, detalles superfluos o que emita opiniones, lo que puede evitarse con preguntas abiertas pero con control.

5.4.10.2 Preguntas abiertas

Las preguntas abiertas son esencialmente narrativas, concretas y limitan la respuesta en alguna forma. Las preguntas abiertas generalmente llaman la atención del testigo a un evento específico que usted quiere que le describa. Ejemplo: por favor, describa la condición del carro inmediatamente después del accidente. ¿Qué fue lo primero que dijo el oficial de policía?

Como podrá ver, las preguntas abiertas le permitirán al testigo usar sus propias palabras y dar una mejor demostración de memoria. Así mismo, las preguntas abiertas le permiten a usted enfatizar en temas importantes a través de preguntas de seguimiento para obtener detalles. Por supuesto, no pueden ser menos problemáticas que las preguntas narrativas, cuando los testigos que tienen que declarar lo hacen de manera mecánica, o partidaria.

5.4.10.3 Preguntas cerradas

Las preguntas cerradas buscan producir piezas de información y prueba específica. Esta forma de preguntar es concreta pero debe dejar al testigo un espacio para describir un evento con sus propias palabras. A veces raya en lo sugestivo.

Ejemplos no sugestivos:

¿De qué color era la motocicleta?
¿Cuántos vehículos había cuando usted miró?
¿Cuánto tiempo después de que el hombre entró al su-

permercado escuchó el disparo (suponiendo que ya ha testificado acerca de un disparo)?

Las preguntas cerradas pueden utilizarse para:

- Refrescar lo que recuerdan los testigos.
- Producir información de testigos muy jóvenes, viejos o enfermos para responder de manera satisfactoria a preguntas abiertas.
- Aclarar respuesta (no le estoy preguntando qué fue lo que usted pensó que era eso. Sólo quiero saber si ladró).
- Establecer transiciones entre las áreas del interrogatorio (pregunta enlace o puente).

Las preguntas cerradas también pueden crear un interrogatorio directo más persuasivo, porque una pregun- ta cerrada enfoca la atención del testigo y de los jueces en un detalle específico. Generalmente sólo las pregun- tas cerradas le permiten extraer. La pregunta abierta favorece la incursión del elemento de persuasión a un interrogatorio directo, al integrar palabras o frases específicas, como por ejemplo:

¿Qué fue lo que llamó su atención?
¿Qué hizo cuando el atacante saltó?
¿Qué pasó cuando disparó?

5.4.10.4 Preguntas de seguimiento

Las preguntas de seguimiento no guardan ningún patrón específico. Más bien se trata simplemente de seguir interrogando al testigo de acuerdo con la necesidad y lo completo o incompleto de sus respuestas previas. Ejemplo:

> *Pregunta:* Después que el hombre se bajó de la motocicleta, ¿qué pasó?
>
> *Respuesta:* Se dirigió al supermercado El Triunfo, e ingresó. Minutos después escuché un disparo, el mismo hombre salió corriendo y alguien gritó ¡ambulancia!
>
> Como la respuesta no contiene algunos detalles importantes, el fiscal tiene que indagar:
> *Pregunta:* ¿Por qué sabe que fue el mismo hombre?
> *Respuesta:* Porque lo había visto antes y además se dirigió hacia su motocicleta.
> *Pregunta:* ¿Hacia qué lugar se dirigió el hombre que disparó?
> *Respuesta:* Hacia el sur.
> *Pregunta:* ¿Llevaba algo consigo?
> *Respuesta:* sí, llevaba en la mano una botella.
> La respuesta sí - no es la máxima expresión de las preguntas cerradas. El testigo solamente confirma o niega la información requerida en la pregunta, por lo que son sugestivas y el juez debe negar su uso.

A continuación se incluyen algunas preguntas cerradas que implican en su respuesta una afirmación o negación, por lo que son sugestivas y no deben utilizarse.

¿La bicicleta era roja?
¿Tenía en su placa el número 8?

5.4.11 Necesidad del interrogatorio

No se debe olvidar que según el nuevo código y el sistema acusatorio, el juez no interroga al testigo, salvo situaciones extremas que lo justifiquen, como cuando existe la necesidad de aclarar un punto confuso fundamental, aunque que sin provocar un desequilibrio en el juicio y una percepción de falta de imparcialidad de parte del juez. Recae entonces en el interrogador la

carga de probar su pretensión, en la medida en que el deponente no referirá más que aquellos aspectos sobre los cuales los abogados lo interrogaron; es decir, lo que no se pregunte, probablemente se perderá para siempre.

Esta misma prohibición de no interrogar también recae en el ministerio público, que por no tener una teoría del caso que probar, no ofrece ni interroga testigos. Por vía de excepción para el entendimiento del caso, el ministerio público puede interrogar únicamente con pretensiones aclaratorias.

SINTESIS

En un buen interrogatorio hay que considerar los siguientes aspectos:

- Una suficiente acreditación del testigo, de tal manera que sienten las bases de su credibilidad. Esta acreditación debe corresponder con la investigación que se hizo sobre el testigo.
- Los temas tratados en el interrogatorio deben tener relación con lo que le aportaba ese testigo a la teoría del caso de la parte que lo propuso.
- Las preguntas del interrogatorio deben lograr que el testigo cuente una historia creíble, coherente y organizada.
- El desarrollo del interrogatorio debe corresponder a una organización previamente hecha del mismo.
- Las preguntas deben ser sencillas, claras, cortas.
- El tipo de preguntas deben ser de qué, cómo, cuándo, por qué, diga.
- No se deben utilizar preguntas sugestivas, pero tampoco permitir que el testigo haga narraciones impertinentes o innecesarias.
- Se deben afrontar y minimizar las debilidades del testigo.
- Se deben anticipar los puntos del contrainterrogatorio.
- Estar atento a las respuestas del testigo para transmitirle un sentimiento de respeto e interés.

6. TÉCNICAS DE CONTRAINTERROGATORIO

6.1 Aspectos básicos

Agotado el interrogatorio de un testigo presentado por un sujeto procesal, corresponde al otro decidir si ejerce el derecho a contrainterrogar.

En esta unidad se explican la importancia y los fundamentos del contrainterrogatorio, al igual que su planeación y las técnicas utilizadas para su práctica.

6.1.1 El contrainterrogatorio

Enfrentar a los testigos contrarios es una de las habilidades más difíciles de desarrollar en el litigio. Tradicionalmente, quien contrainterroga repite el conteni- do y la secuencia del interrogatorio, buscando que el testigo dé algún traspié, que voluntariamente confiese su error o mentira o, peor aún, que explique la razón de sus contradicciones. El resultado es que el testigo se fortalece, se reafirma y cubre sus vacíos iniciales con las preguntas del abogado contrainterrogador.

Un contrainterrogatorio exitoso requiere conocer exactamente los puntos débiles del testigo y su testimonio, saber cómo confrontarlos, qué tipos de preguntas formular, tener dominio sobre el testigo y saber cuándo y cómo terminar.

Para esto se requieren una debida planeación y mucha práctica. Nuestro ejercicio profesional en tribunales y juzgados no distingue entre las técnicas para el interrogatorio y las del contrainterrogatorio, de ahí que se requiera formar en la destreza del ejercicio del derecho de contradicción.

6.1.2 Función del contrainterrogatorio

La función del contrainterrogatorio es refutar en todo o en parte lo que el testigo ha contestado al interrogador. Este objetivo se puede lograr a través de:

- Atacar la credibilidad personal del testigo. El primer elemento del valor de un testimonio reside en el testigo: *Testibus, non testimoniis, creditur*[42]. Al testigo sele puede atacar por sus influencias y prejuicios, sus intereses y motivos, sus convicciones o sus antecedentes personales, con el fin de restarle confiabilidad *(art. 403, num. 3 CPP)*, Ejemplo:

  El contrainterrogatorio de *Janira Salazar* podría conducirse así:

  Fiscalía: Señorita *Salazar*, dijo usted que llevaba tres años de noviazgo con el procesado, ¿no es cierto?

  Testigo: Sí, señor.

[42] François Gorphe. *Apreciación judicial de las pruebas*, Temis, 1998, P. 334.

Fiscalía: Y manifestó también que espera un hijo de Carlos, ¿es esto cierto?

Testigo: Sí.

Fiscalía: Le ha dolido que *Carlos* haya estado todo este tiempo en prisión, ¿correcto?

Testigo: Claro, por supuesto. Él me hace mucha falta.

Fiscalía: ¿Y usted haría cualquier cosa para que Carlos saliera de prisión?

Testigo: Es mi novio, yo haría todo para ayudarlo.

Fiscalía: ¿Hasta mentir y decir que él estaba con usted la noche del 20 de julio?

Testigo: No, yo no lo haría.

El interés de *Janira* por ayudar a su novio *Carlos Patiño* puede atacarse haciendo énfasis en su prejuicio afectivo. Aunque la testigo niegue que mentiría, su testimonio se desprestigia; la secuencia del contrainterrogatorio crea las bases para atacar el testigo como sospechoso.

- Atacar la credibilidad del testimonio. Lo que el testigo manifiesta sobre los hechos en su naturale- za inverosímil o increíble del testimonio *(art. 403, num. 1 CPP);* puede igualmente atacarse la capacidad del testigo para percibir, recordar o comunicar cualquier asunto sobre la declaración *(art. 403, num. 3 CPP)* desde los tres elementos psicológicos del testimonio: la percepción, la memoria y la deposición o comunicación.

  La percepción es determinada por las condiciones subjetivas en que el testigo se encuentra frente a determinados sucesos (estado afectivo, interés, disposición mental, sorpresa) y a condiciones objetivas en que el objeto, simple o complejo, se presenta (luz, distancia, tiempo, movilidad, etc.)[43].

  La memoria comprende la conservación de las impresiones sensibles, la reproducción de los recuerdos, su evocación y ubicación en el tiempo. Reproducir los recuerdos requiere un trabajo mental de selección, coordinación e interpretación, que difiere según el sentido crítico y el poder de juicio interno de cada testigo[44].

  La comunicación es la manera como el testigo expresa ante el juez su testimonio. En ella intervienen dos factores principales: la capacidad de expresar con mayor o menor claridad las percepciones reales recibidas, y la voluntad de reproducirlas fiel y francamente[45]. Ejemplo:

  El contrainterrogatorio de *Gloria Dávila* podría conducirse así:

  Defensa: Doña *Gloria*, antes de declarar en esta audiencia usted ya había declarado ante la Fiscalía, ¿no es cierto?

  Testigo: Así es.

  Defensa: Y antes de declarar ante la Fiscalía ¿usted había sido entrevistada por un investigador de la Fiscalía?

  Testigo: Sí, el mismo día de los hechos un señor de la Fiscalía me preguntó sobre lo que había pasado con mi esposo.

  Defensa: Y esa entrevista con el investigador, al igual que la declaración, ¿fue más reciente que la declaración que acaba de dar?

  Testigo: Sí, señor.

[43] Ibid., P. 294.
[44] Ibid.
[45] Ibid., P. 295.

Defensa: Y usted, en estas declaraciones, ¿dijo cuanto se acordaba sobre los hechos que acababan de suceder?

Testigo: Sí, según me acuerdo y según me preguntaban.

Defensa: ¿Y usted manifestó al investigador sólo que se trataba de un muchacho alto, de unos 25, y a la Fiscalía, en cambio, no le dio descripción alguna?

Testigo: No me acuerdo.

Defensa: ¿No recuerda lo que dijo en ese momento?

Testigo: No.

Defensa: Con permiso, señor juez, pongo de presente al testigo la declaración (fol. 123) y la entrevista (fol. 45). Señora Dávila, ¿son éstas su declaración y su entrevista?

Testigo: Sí, éstas son.

Defensa: ¿Y usted las leyó y las firmó en constancia de que estaba de acuerdo sobre todo lo dicho?

Testigo: Sí.

Defensa: Por favor, ¿puede leerme qué dice la entrevista sobre la identidad del homicida?

Testigo: (Leyendo): "Un joven de aproximadamente 25 años".

Defensa: ¿Se menciona en la entrevista alguna otra descripción?

Testigo: No.

Defensa: Y la declaración ante el fiscal, ¿qué descripción trae?

Testigo: No, no tiene ninguna.

Realizando la confrontación del testigo con sus declaraciones anteriores, se perciben sus defectos de percepción y memoria. Si la testigo identificó al procesado en la audiencia y antes no lo hizo, es un tema de falta de credibilidad en el testimonio que deberá explotarse en el alegato final.

- Obtener que el testimonio apoye, así sea parcialmente, la teoría del caso del contrainterrogador. Si en el contrainterrogatorio se logra que el testigo adverso corrobore – así sea parcialmente– la teoría del caso, el alegato de conclusión se verá fortalecido. Ejemplo:

El contrainterrogatorio de *Luis Neira* podría conducirse así por el fiscal:

Fiscal: Señor Neira, usted nos dijo que estuvo con *Carlos Patiño* el 20 de julio del año anterior. ¿Cierto?

Testigo: Sí señor.

Fiscal: Y nos dijo además que *Patiño* tenía puesta una camiseta de basquetbolista. ¿Cierto?

Testigo: Sí, señor.

Fiscal: Y además nos dijo que estuvieron bebiendo aguardiente, específicamente Néctar. ¿Cierto? *Testigo:* Sí, señor.

Fiscal: Usted dijo que se quedó dormido alrededor de las once de la noche. ¿Cierto?

Testigo: Sí, señor.

Fiscal: Entonces a usted no le consta lo que hizo Patiño momentos después que usted se durmió. ¿Cierto?

Testigo: Cierto.

Fiscal: Gracias.

- Sacar a relucir lo que el testigo no dijo. Poner en evidencia que el testigo no entregó toda la información. Para ello se pueden utilizar manifestaciones anteriores del testigo, incluidas aquellas hechas a terceros, o entrevistas, exposiciones, declaraciones juradas o interrogatorios ante el juez de garantías *(art. 403, num. 3, CPP);* no afir- mar directamente asuntos en contra de la teoría del contrainterrogador, es otro objetivo del contrainterrogatorio. Ejemplo:

  El contrainterrogatorio de *Carlos Muñoz* por par- te de la defensa podría ser así:

  Defensor: Señor *Muñoz*, usted dijo en su interrogatorio que vio que el joven que entró a la tienda del señor *Castro* tenía una camiseta de basquetbolista sin mangas. ¿Cierto?

  Testigo: Cierto.

  Defensor: Y que eso le llamó la atención por la hora, por el frío, que tuviera los brazos descubiertos. ¿Cierto?

  Testigo: Sí, señor.

  Defensor: O sea que usted se fijó en los brazos de la persona que se bajó de la moto y luego salió corriendo de la tienda del señor *Castro*. ¿Cierto?

  Testigo: En cierta forma sí, señor.

  Defensor: Y usted no vio ningún tatuaje en esa persona. ¿Cierto?

  Testigo: No, señor.

- Hacer puntos para el alegato de conclusión. El resultado final del contrainterrogatorio es hacer puntos para el alegato final. Debilitar al testigo y su declaración tiene como objetivo final fundamentar la crítica del testimonio que se realizará en el alegato de conclusión. Por eso se sugiere siempre pensar en el alegato de conclusión al momento de idear el contrainterrogatorio.

6.2 Planeación del contrainterrogatorio

Como todo aspecto o etapa del proceso oral, el contrainterrogatorio requiere una cuidadosa planeación, más cuando se trata de enfrentar al testigo adverso.

6.2.1 ¿Se debe siempre contrainterrogar?

Lo primero que se debe pensar es si es necesario o no contrainterrogar al testigo. Sólo si se tiene un claro entendimiento de lo que se piensa obtener con el testigo adverso y se ha planeado debidamente, se debe contrainterrogar.

El contrainterrogador debe preguntarse si el testimonio afecta su teoría del caso, si se trata de un testigo importante o si es un testigo creíble. Si el testimonio vertido en el interrogatorio no es conducente ni relevante, no hay por qué controvertirlo, ya que por sí solo está debilitado.

6.2.2 ¿Cómo planear el contrainterrogatorio?

Si ha encontrado que es necesario contrainterrogar porque se trata de un testigo creíble, o el contenido de su declaración afectó su teoría del caso, o del mismo pue- de extraer algo a favor de su propia teoría, al planear el contrainterrogatorio lo primero que debe pensar es cómo encaja el testigo en la teoría del caso del sujeto procesal contrario (acusación o defensa), y cómo afecta la propia teoría del caso.

Para esto es conveniente hacer una lista de los hechos relevantes sobre los que el testigo puede declarar en el interrogatorio y deducir cuáles tendrán que ser objeto de contrainterrogatorio. Cuáles son las fortalezas y debilidades del testigo o de su testimonio y qué deseo que se revele en el contrainterrogatorio.

Esto se trabaja con las declaraciones previas que el testigo haya rendido y con el planteamiento que sobre el testigo se realice en la audiencia preparatoria, sobre todo estando atento al interrogatorio en la audiencia.

En todo caso, un contrainterrogatorio efectivo de testigos implica mucha preparación y tiempo. Si no se tuvie- ra este último, como mínimo son tareas del abogado[46]:

- Revisar el probable testimonio que el testigo dará durante el interrogatorio, incluyendo las evidencias o elementos materiales que se van a exhibir en la audiencia.

- Revisar otras declaraciones, interrogatorios o manifestaciones que el testigo haya hecho y que sean relevantes para la declaración que va a rendir en juicio.
- Si usted decide entrevistarse con un testigo de este tipo, procure que haya otras personas presentes durante ese acto.

- Considere, además de la prueba en contra, qué tipo de prueba puede producir ese testigo, que sea útil a sus intereses. Determine el camino para obtenerla.

- Deslinde las áreas de éxito y fracaso probables en su contrainterrogatorio, para que evite las preguntas riesgosas.

- Valore dos tipos de debilidades: las del testigo y las del testimonio, y enrumbe su formulario de preguntas a demostrar esas debilidades.

- Conozca la falta de coherencia que existe entre la manifestación probable del testigo y la prueba. Conozca muy bien la prueba y utilícela para profundizar en aquellos aspectos que el testigo conoce bien y que procurará evadir.

- Vaya tomando apuntes de lo que dice el testigo en el interrogatorio y que deba ser objeto de contrainterrogatorio.

- Organice inteligentemente las preguntas que ha decidido formular. Evite que haya una consecuencia lógica o natural entre unas y otras, para que no le "telegrafíe" la pregunta al testigo. Páselo de un tema a otro.

- No se lance contra la presa: primero fortalezca su posición y luego decida qué debilidades del testigo o del testimonio le interesan.

- Prevea una página para la toma de apuntes de lo que

[46] *Teoría del caso y técnicas del debate en el proceso penal*, op. cit.

refiera cada testigo. No trabaje en espacios llenos de notas marginales, tachones, borrones ni entre renglones. Procúrese espacio para nuevas situaciones.

- Determine los puntos de la teoría del caso que el testigo debería tocar. Si calló sobre aquéllos que lo benefician, destáquelos. Si los tocó parcialmente, haga la marca en su hoja de contrainterrogatorio y cuestione sobre ese silencio parcial.

- En la preparación del contrainterrogatorio, bosqueje una hoja con al menos tres columnas, para que a la izquierda ponga el propósito del contrainterrogatorio, en el centro lo que quiere revelar y a la derecha los temas que va a tratar. Otro esquema ya para el juicio puede ser lo preguntado, lo respondido y la tercera columna las observaciones para el alegato final, lo que logre revelar.

- Es el siguiente esquema se ilustran las respuestas que hay que tener claras antes de pararme a hacer un contrainterrogatorio:

En el caso de la testigo *Janira Salazar*, podría ser:

Propósito del contrainterrogatorio	Lo que quiero revelar	Temas que hay que tratar
Atacar la credibilidad de ella como persona.	Interés.	Noviazgo. Embarazo. Promesa de matrimonio.

6.3 Desarrollo del contrainterrogatorio

6.3.1 Organización lógica

Inicie el contrainterrogatorio buscando sacar del testigo cualquier testimonio que pueda favorecer su posición, es decir, la que pueda apoyar su hipótesis.

Siga con cualquier información que pueda desacreditar el testimonio, como contradicciones o condiciones que podrían hacer imposible la observación.

Termine con factores personales que puedan desacreditar o poner en duda al testigo, como parentesco, relación laboral con el imputado o la defensa, o cualquier otra parte interesada, etc.

Como puede suceder que usted intente extraer respuestas favorables y desfavorables sobre varios temas claves del mismo testigo, la organización del interrogatorio no debe cambiar. El interrogatorio de un testigo contrario o que dice mentiras, es un tema fundamental que le permite moverse de un tema a otro, puesto que usted no está intentando extraer una historia coherente o un evento cronológico. Extraiga toda la información favorable de todos los puntos claves primero y luego desacredite el testimonio o al testigo. En el alegato de conclusión es donde usted presentará al juez una explicación

coherente de la información obtenida durante el interrogatorio, esto es, los puntos que alcanzó en el mismo.

Finalmente, si usted ha obtenido suficientes respuestas favorables, sería mejor no intentar desacreditar al testigo o su testimonio. Será difícil argumentar que el testimonio favorable del testigo es confiable si la parte del testimonio que usted intenta desacreditar no lo es. Es decir, conducir un interrogatorio destructivo luego de haber obtenido información favorable sólo dañará esta información.

6.3.2 Identificación de temas claves

Este tipo de interrogatorio utiliza temas, más que historias o estructura cronológica. Los temas que identifique serán aquellos que usted señalará en la discusión final. Pueden presentarse en de forma general, como reconocimientos del testigo, respuestas que desacrediten su testimonio y respuestas que desacrediten al testigo a través de temas específicos, pero dependerá de las circunstancias del caso.

Las respuestas que desacreditan el testimonio se fundamentan en preguntas enfocadas en percepción incompleta, memoria inexacta, falta de experiencia, inconsistencia, improbabilidad, etc. Las respuestas que desacreditan al testigo se basan en preguntas enfocadas en predisposición, interés financiero, convicción de un crimen o de un acto incorrecto específico, etc.

Limite los temas que señalará durante el interrogatorio a tres o cuatro que sean claves para apoyar su teoría del caso, escogiendo siempre los puntos más fuertes y evitando asuntos periféricos. Esto es aplicable a cualquier subtema que usted quiera señalar. Si trata de hacer más que eso, podría diluir el impacto de sus puntos claves y crear confusión en la mente del juez.

Pare escoger los tres o cuatro temas y subtemas, recuerde que no todas las piezas de información o prueba presentadas por el testigo serán importantes o claves para la deliberación. Revise y analice todos los materiales en el archivo y luego escoja los temas específicos que usted discutirá en el alegato de conclusión. Éstos serán los puntos fuertes que usted utilizará en el desarrollo del interrogatorio de un testigo en particular. Éstas podrían ser prueba afirmativa que tiene el testigo, la debilidad en el caso de la oposición, la incredibilidad de un testigo contrario o el fracaso para probar algo.

6.3.3 Contradicciones que surgen

Es muy común que existan diferencias entre el testimonio de un testigo en el debate y las declaraciones que él u otros testigos que hayan presenciado los mismos eventos hayan hecho, por lo que es necesario reve-

larlas ante el juez y ventilar sus detalles; para esto se utiliza la técnica de la impugnación del testigo. Sin embargo, si las inconsistencias o diferencias no son de peso o si tienen que ver con temas irrelevantes es mejor no tocarlas por ser pérdida de tiempo y hasta dañino para la posición de uno, pues el juez podría verlo como tácticas de desesperación. Por ejemplo, ¿qué importancia tiene que un testigo declare que los hechos ocurrieron el 13 de mayo alrededor de las 11:50 de la mañana y otro precise que ocurrieron el día 13 de mayo al mediodía, si el momento exacto de los hechos no es relevante?.

6.3.4 Utilización de apoyos visuales

La evidencia física o elementos materiales de prueba y los apoyos visuales se usan igual a como se hace durante un interrogatorio directo. Se utilizan para ayudar a los jueces a visualizar el incidente o para señalar áreas problema en el testimonio del testigo. Así mismo se pueden emplear para obtener reconocimientos o atacar la credibilidad del testimonio del testigo.

Así se destacan las contradicciones de los testigos. Hay que pedir también que cada testigo de la otra parte señale en un ejemplar limpio de la misma fotografía, cuadro, etc., su ubicación y la ubicación de los otros participantes, sin que cada uno vea la respuesta de los otros. Después se pueden comparar las respuestas gráficas, destacando las contradicciones. Ejemplo:

Durante la declaración, el testigo expresó que él iba camino a casa cuando escuchó un disparo e inmediatamente después vio a la víctima justo frente a él. El siguiente interrogatorio debe estar elaborado con un diagrama de la calle, donde usted preguntará al testigo que señale para demostrar lo que quiso decir con la expresión "justo frente a él".

Pregunta: ¿Usted iba camino a casa en la calle 18?

Respuesta: Sí.

Pregunta: Repentinamente, ¿usted oyó un disparo?

Respuesta: Sí.

Defensor: Su señoría, tengo en las manos una fotografía de la calle en cuestión. Es una ampliación del mapa oficial. ¿Me permite pedir al testigo que haga ciertas señales en el diagrama relacionadas con su dicho?

Tribunal: Se permitirá para ese único propósito.

Pregunta: Este es un diagrama de la calle 18 entre carreras 1a. y 2a. ¿Reconoce el área en el diagrama?

Respuesta: Sí.

Pregunta: Por favor, señale con este marcador que le estoy dando, ¿dónde estaban parqueados los carros?

(Lo hace).

Pregunta: Por favor, marque dónde había luces funcionando en la calle.

(Lo hace).

Pregunta: Si había otra fuente de luz además de la Luna, por favor márquela.

Respuesta: No había más luces.

Pregunta: Por favor, haga una flecha en la calle para mostrar la dirección en la que usted caminaba.

(El testigo hace una flecha en la calle). *Pregunta:* ¿Podría poner una cruz para marcar el punto donde estaba cuando escuchó el disparo?

(El testigo marca un punto en el medio de la cuadra en el lado este de la calle).

Pregunta: Por favor, utilice un signo de exclamación para marcar el punto donde escuchó el sonido.

(El testigo pone un signo de exclamación en el lado oeste de la calle, un poco atrás de donde él estaba parado).

Pregunta: Ésta es mi última pregunta. Por favor, marque con un círculo el punto donde estaba la víctima cuando usted la vio primero.

(El testigo marca un punto en el lado oeste de la calle, en medio de la cruz y la esquina de la calle).

Mediante el del uso del diagrama, el interrogatorio ha demostrado que la víctima no estaba justo enfrente del testigo, como él había declarado al principio. Esto también demuestra que la iluminación era mala y que había muchos vehículos entre el testigo y la víctima. El diagrama es una representación gráfica del testimonio, sin el cual cualquier oyente podría tener dificultades en visualizar el espacio de la acción.

6.4 Reglas del contrainterrogatorio

6.4.1 Observe y escuche el relato y el interrogatorio del testigo

Si bien es cierto que se prepara el contrainterrogatorio con antelación al debate aunque en forma de bosquejo, la fase de preparación más importante será durante el relato y el interrogatorio llevado a cabo por el que propone el testigo. Se sugiere tomar apuntes y observar el comportamiento del testigo. Los apuntes le permiten cubrir cada detalle necesario y el comportamiento puede revelar nerviosismo, enojo u otra emoción indicadora de algún prejuicio. Como en toda la actividad probatoria, los apuntes sirven también para la preparación de la discusión final y, para estos efectos, son imprescindibles.

Este esquema lo podemos utilizar para el desarrollo del contrainterrogatorio:

Nombre cliente: CARLOS PATIÑO _____

Declaración de: REBECA LÓPEZ _____

Tema	Razón	Respuesta a lo revelado
Lo sucedido durante la noche del 23 de julio.	Revelar que ese día estaba predispuesta contra Carlos.	Estaba muy molesta.
	Revelar que siempre que se molestaba con Carlos llamaba a la policía.	No le gusta Carlos.
La forma en que oyó que no quería que se muriera	Revelar que ella no sabía el contexto de la conversación que oyó. Revelar que no sabe qué personas estaban en el apartamento. Revelar que no está segura de que fuera la voz de Patiño.	Oyó una voz de hombre, pero no puede asegurar que fuera la de Patiño. No sabe el contexto de lo que oyó.

Las preguntas se deben desarrollar con base en el esquema en donde están claros el tema y la razón o propósi- to del mismo. La columna de la respuesta deberá tener- se en cuenta para que allí el contrainterrogador ponga lo que logró sacar del testigo, aquello que se convierte en un punto para usar en el alegato final. Igual sirve para que si la respuesta no coincide con el propósito que tenemos (el testigo está diciendo cosas contradictorias), se acuda a la refutación.

6.4.2 No repita el interrogatorio

El contrainterrogatorio se circunscribe únicamente a temas precisos que atacan al testigo o su testimonio, refuerzan la teoría del caso de quien contraexamina, o saca temas que estratégicamente no se tomaron en cuen- ta en el interrogatorio. Repetir el interrogatorio es per- mitir que el testigo declare dos veces y que tenga una segunda oportunidad para cubrir las falencias del interrogatorio y reafirmarse en su dicho.

6.4.3 Tenga siempre claro el objetivo del contrainterrogatorio

Quien contrainterroga debe estar siempre enfocado y concentrado en el resultado que pretende al examinar al testigo. De ahí que la planeación y la secuencia trabajada le permitan reorientarse cuando se presenten objeciones o el testigo lo sorprenda con alguna respuesta. Seleccione los temas que tratará. El resultado está dado por aquello que quiere que se revele ante el juez, como por ejemplo el interés del testigo en mentir, sus prejuicios, las contradicciones de su testimonio con otras pruebas, lo que no quiso decir u ocultó en el interrogatorio, aquello que dijo y favorece mi teoría del caso.

6.4.4 Comience y termine fuerte

En la psicología del testimonio se observa que el juzgador retiene lo primero y lo último que presencia y escucha. Por eso es importante al contrainterrogar que el inicio y el final sean fuertes. Deben formularse preguntas de impacto que permitan ver fácilmente los temas del contrainterrogatorio y así fijarlos en la mente del juzgador, para explotarlos luego en el alegato final.

6.4.5 Conozca la respuesta probable antes de preguntar

Hay que anticiparse al testigo adverso, previendo sus posibles respuestas para llevar a cabo eficientemente la secuencia planeada con los temas que saldrán del interrogatorio directo y evitar sorpresas desastrosas. No hay que salir de pesca en el contrainterrogatorio, pensando en que la sola habilidad litigiosa o la suerte permitirán demoler al testigo.

6.4.6 Formule preguntas sugestivas, cerradas y seguras

La gran habilidad en el contrainterrogatorio es saber formular las preguntas. Vertida ya la declaración en el interrogatorio, se procede a que el abogado ponga en su boca los hechos, buscando la ratificación del testigo sobre lo que él pregunta. Este es el sentido de la palabra "sugestiva", ya que mi pregunta parte de la respuesta que previamente da el testigo, buscando confirmar o ratificar su dicho.

El control está en la forma como se formulan las preguntas que logran llevar la secuencia para demeritar el dicho del testigo. Son preguntas sugestivas porque llevan el contenido de los hechos ya declarados por el testigo, pero presentados desde la óptica de parte contraria para que el testigo asienta en ellos. Son cerradas porque no permiten al testigo que explique. Y son seguras por- que se planean para lograr un objetivo preconcebido de minimizar el impacto del interrogatorio o de obtener hechos a favor. Ejemplo:

> En el contrainterrogatorio del vecino por parte de la defensa:
>
> *Defensor:* Señor Muñoz, usted dijo que cuando vio salir a la persona que disparó contra el señor Castro usted se encontraba aproximadamente a cuatro metros de distancia. ¿Cierto?
>
> *Testigo:* Sí, señor.
>
> *Defensor:* Y además, dijo que era de noche. ¿Cierto?
>
> *Testigo:* Sí, señor
>
> *Defensor:* Y estaba oscuro. ¿Cierto?
>
> *Testigo:* Sí.
>
> *Defensor:* Y que esa persona salió corriendo en forma apresurada. ¿Cierto?
>
> *Testigo:* Sí, señor.
>
> *Defensor:* Es decir, que usted sólo lo pudo ver un instante, a larga distancia, al oscuro. ¿Cierto?
>
> *Testigo:* Sí, señor.
>
> *Defensor:* Gracias.

Con las preguntas, el abogado fue sentando las bases o el fundamento para decir que el testigo no pudo ver con claridad a quien disparó a Andrés Castro, por tanto, no puede ser un testigo creíble para la identificación.

6.4.7 No pelee con el testigo

En el contrainterrogatorio hay que ser fuerte con los temas, sin ser agresivo con el testigo. Hay que pensar que el juez observa a los testigos como la parte débil frente al abogado y puede apreciar además que quien contrainterroga no tiene un tema sólido de debate sino que su agresión cubre las debilidades de su caso. Por otro lado, el pelear con el testigo desconcentra el objetivo del contrainterrogatorio, debilitándolo.

6.4.8 No pida al testigo que explique

En el contrainterrogatorio, contrario al interrogatorio, presenta el abogado los hechos en las preguntas para confrontar al testigo sobre su dicho. Por tanto, el abogado no debe pedir al testigo explicaciones, ya que ahondaría en razones para ratificar su declaración y se perdería todo el control del contrainterrogatorio. Preguntas del tipo: ¿cómo explica usted que a folio (x) usted haya dicho que... y ahora esté señalando que...?, tan comunes en nuestra práctica forense, dan la oportunidad al testigo de explicar sus contradicciones y eliminan toda posibilidad de crítica en el alegato final. Las explicaciones las debe dar el abo- gado en el argumento de conclusión. En el contrainterro- gatorio, lo que debe lograr es que se revelen la contradic- ción o las inconsistencias.

Tampoco debe permitir que el testigo dé explicaciones que no se le están pidiendo, pues si lo hace, el contrainterrogatorio se pierde. El abogado debe requerir al testi- go para que conteste únicamente lo preguntado y, en caso de insistencia del testigo, solicitarle al juez que ins- truya al testigo para que responda lo preguntado.

6.4.9 Deténgase cuando haya logrado revelar lo que quería

Cuando se contrainterroga, no hay que agotar hasta el último punto con el testigo. Muchas veces el testigo es adver- so y nunca va a manifestar todo y exactamente todo lo que requiere el contrainterrogador. Por tanto, una vez manifiestas las contradicciones y debilidades del testigo, hay que salir del contrainterrogatorio, porque ya se surtió su objetivo y lo evidenciado se explotará en el alegato de conclusión. Se dice que nunca hay que hacer la última pregunta, porque siempre faltan cosas por extraer del testigo. El riesgo está en que al formularlas se pierda todo lo obtenido en el contrainterrogatorio, con una pregunta superflua e innecesaria que permita al testigo rehabilitarse o al juez desenfocarse de lo que ya se ha logrado.

SÍNTESIS

En el contrainterrogatorio hay que tener en cuenta:

- Pensar primero si es necesario o no contrainterrogar al testigo.
- Tener claro el propósito del contrainterrogatorio.
- Los temas tratados deben corresponder con este propósito.
- Se debe utilizar un tono, ritmo que le permita ganarse la confianza del testigo de la contraparte o por lo menos disminuir un poco la resistencia.
- Tomar nota de los puntos que logró sacar para el alegato de conclusión.
- Cuando tenga que refutar al testigo con declaraciones o afirmaciones anteriores, siente primero los fundamentos o las bases suficientes de la declaración anterior y la actual, de tal manera que el juzgador pueda ver claramente las contradicciones.
- Escuche las respuestas del testigo y utilice las mismas para construir otras preguntas.
- Esté siempre preparado para afrontar un desarrollo o respuesta inesperados.
- Haga uso del lenguaje no verbal moderadamente, para evidenciar incredulidad ante alguna respuesta del testigo.
- Evite que el testigo repita el interrogatorio.

7. OPOSICIONES

7.1 Fundamentos jurídicos de las oposiciones

Las oposiciones constituyen el mecanismo jurídico y práctico más adecuado para que las partes puedan controlar el cumplimiento de las reglas ético-jurídicas del debate y proteger su teoría del caso.

Las oposiciones son otro medio de ejercer el derecho de contradicción en el juicio oral, con el fin de evitar vicios en la práctica de las pruebas que distorsionen su alcance y contenido o se desvíen hacia asuntos irrelevantes.

Teniendo en cuenta que la formulación de oposiciones les está permitida no sólo a las partes sino también al ministerio público, la actuación de éste debe considerar que la no formulación de una oposición, pudiendo hacerse, no obedece necesariamente a negligencia sino a estrategia de parte.

Como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, la dinámica del juicio impone en la audiencia la materialización de las garantías fundamentales, así como la concreción de las pretensiones probatorias de las partes y de la verdad material[47].

La materialización de las garantías fundamentales permite que los sujetos procesales ejerzan libremente sus derechos a un debido proceso, a la defensa, al acceso a la administración de justicia, a la igualdad y a la contradicción. La concreción de las pretensiones probatorias permite que las pruebas se practiquen y controviertan en un solo acto público, y de ellas emerja la verdad material. El ejercicio de los derechos de contradicción e igualdad origina las oposiciones como medio para depurar la práctica de las pruebas.

Este principio de contradicción en el proceso penal se manifiesta esencialmente en el contrainterrogatorio, en la posibilidad de aducir nuevas pruebas que se practiquen en el juicio oral, en el cuestionamiento de la veracidad o legalidad de esas pruebas y en actuaciones análogas orientadas a enervar o minimizar su aptitud demostrativa[48].

Las oposiciones son una manifestación de este derecho de contradicción, dirigidas a evitar el ingreso al debate oral de pruebas ilegales, inconducentes, superfluas y repetitivas; a enfrentar la prueba buscando minimizar su efecto demostrativo, y a evitar comportamientos indebidos en el debate oral que puedan afectar los principios de buena fe, lealtad, eficiencia y eficacia y presunción de inocencia.

7.2 Clases de oposición

7.2.1. Introducción

Las oposiciones son el mecanismo legal del que disponen las partes para controlar la actuación de la otra, de acuerdo con las reglas sobre admisibilidad de los medios de prueba y su práctica en juicio.

[47] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia 28 de mayo de 1997, proceso 12987. Magistrado ponente: Fernando Arboleda Ripoll.

Desde el punto de vista jurídico, las oposiciones son el mecanismo para controvertir actos procesales de la contraparte que vulneren normas expresas en materia probatoria o principios y fines fundamentales del proceso.

Desde el punto de vista práctico, son el instrumento, mecanismo o medio para proteger nuestra teoría del caso de estrategias de la contraparte que pueda perjudicar nuestro objetivo en el debate.

No siempre que haya un problema de técnica o de regla es estratégico presentar una oposición. Por ejemplo, para qué oponernos si la contraparte en el contrainterrogatorio está haciendo que el testigo repita el interrogatorio. Lo que es- tá pasando es que el juez va a escuchar dos veces la versión del testigo que le ofrecimos para probar nuestra teoría.

7.2.2 ¿A qué se ejerce oposición?

7.2.2.1 Oposición a la admisión de las pruebas para que no ingresen al debate oral

En la audiencia preparatoria, el juez debe considerar y decidir la solicitud de las partes sobre las pruebas que se llevarán a la audiencia pública, allí en este debate previo caben las oposiciones a las pruebas para que no ingresen al juicio oral las ilegales, impertinentes, prohibidas, ineficaces, superfluas o que no garanticen autenticidad. Cuando exista jurado deben mirarse además aquellas que puedan llamar al prejuicio por cuestiones de racismo, políticas, credo religioso, etc.

Cuando se quieren introducir declaraciones para probar la buena conducta del acusado de un delito de homici- dio o violación, lo que está en debate no es si es buena o mala persona, sino si realizó la conducta ilegal.

7.2.2.2 Oposición a las preguntas

La parte que no está interrogando o el ministerio público podrán oponerse a la pregunta del interrogador. El juez decidirá inmediatamente si la oposición es fundada o infundada *(art. 395, CPP)*.

Ya en la práctica de pruebas, en el interrogatorio y el contrainterrogatorio, se hace oposición a las preguntas que se formulan indebidamente o tienden a distorsionar el sentido de la prueba. Algunas preguntas sujetas a oposición son:

- Pregunta capciosa. Es objetable porque utiliza el artificio o el engaño para sacar provecho del testigo *(art. 392, lit. b, CPP)*.

  Señora *Gloria Dávila*, cuando *Carlos Patiño* hurtó la botella de aguardiente, ¿a qué distancia se encontraba usted?

  La pregunta lleva el contenido de responsabilidad (*Patiño* fue el que hurtó), lo que es motivo de todo el debate oral, la identidad del delincuente, salvo que la testigo haya mencionado el asunto al inicio de la declaración.

- Pregunta irrelevante o inconducente. Se objeta porque no tiene que ver con hechos relevantes en el proceso.

  Señor *Carlos Muñoz*, ¿a qué hora comienza a trabajar el pan todas las mañanas?

  Frente a los hechos qué buscan identificar al conductor de la moto no tiene ninguna relevancia que

[47] Corte Suprema de Justicia., Sala de Casación Penal, sentencia 28 de mayo de 1997, proceso 12987. Magistrado ponente: Fernando Arboleda Ripoll.
[48] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia 11 de abril de 2002, proceso 15408. Magistrado: Fernando Arboleda Ripoll.

Carlos Muñoz, quien vio al presunto homicida, relate cuándo y cómo trabaja el pan.

- Pregunta sugestiva. En el interrogatorio no pueden realizarse preguntas que sugieran las respuestas, porque lo que se pretende es que el testigo declare abiertamente sobre los hechos *(art. 392, lit. b, CPP).*

  Defensor: señora *Janira Salazar*, cuando los amigos que estaban en la fiesta se fueron a las once de la noche, ¿se acostaron a dormir Carlos y usted?. Esta pregunta implica que el abogado asuma el papel de declarante y mediante la pregunta asertiva determine un hecho esencial del proceso, si Carlos no pudo abandonar el apartamento para perpetrar el crimen.

- Pregunta conclusiva. Debe objetarse, porque bus- ca que el testigo en lugar de declarar acepte una conclusión que propone quien interroga.

  Defensor: Señor *Luis Neira. Janira*, la novia de *Carlos,* ¿no permitió que él manejara la moto para llevarlo a usted a la casa porque se encontraba muy embriagado?

  La pregunta al testigo busca concluir que el procesado no pudo manejar la moto esa noche y sugie- re esta conclusión al deponente.

- Pregunta que solicita opinión a un testigo no calificado. Se objeta porque los testigos deben declarar sobre los hechos, lo que vieron, oyeron, lo que les consta, pero no deben emitir opiniones sobre ellos.

  Únicamente el experto o el perito puede opinar sobre aspectos relativos a su especialidad *(art. 276, inc. 5 CPP).* También podrían admitirse opiniones basadas en experiencia debidamente acreditada o en el conocimiento general de cualquier persona.

  Fiscal: Señora *Rebeca López*. En su concepto, ¿qué tipo de problemas psicológicos tiene Carlos Patiño, su vecino?

  Con esta pregunta, la testigo no relatará los hechos que ha percibido sobre la conducta de su vecino, si no se le pide un concepto técnico sobre los problemas que él pueda llegar a tener.

- Pregunta confusa, ambigua, vaga, ininteligible. Es objetable porque no precisa el contenido de la información que se requiere, es incomprensible y distrae o confunde al testigo o al juzgador *(art. 392, CPP*).

Fiscal: Señor Muñoz, ¿sabe usted el motivo de la presente diligencia?

El testigo ya ha sido citado, bien sea por la Fiscalía, por la defensa o por el ministerio público, se conoce sobre qué hechos va a declarar y sobre ellos deberá preguntársele. Es una pregunta muy usada en nuestro medio judicial y totalmente innecesaria.

- Pregunta especulativa. Es motivo de objeción porque crea una hipótesis para que el testigo la confirme o la niegue, distrayéndolo de lo que él percibió y recuerda. En este caso, el testigo no estaría declarando sobre los hechos.

Fiscal: Señor *Daza*, ¿es posible que *Carlos* hubiera salido cuando usted se quedó dormido en el sofá?

Alfonso Daza no puede especular sobre un hecho que no le consta, se pregunta sobre un evento irreal a los ojos de lo declarado por el testigo.

- Pregunta argumentativa. Debe objetarse porque su contenido lleva una inferencia o una deducción lógica, un argumento para que el testigo simplemente lo confirme o lo rechace. También es argumentativa cuando nos ponemos a pelear con el testigo.

Defensor: Señora *Gloria Dávila.* ¿Cómo puede usted decir que vio perfectamente al atacante de su esposo y que éste es Carlos Patiño, pero no le vio el tatuaje que él tiene en el brazo?

Como se ve, el centro de la teoría del caso de la Fiscalía, que es la identidad del homicida, es objeto de una conclusión en el interrogatorio de su viuda, con toda la carga argumentativa del abogado en su pregunta.

- Pregunta compuesta. Se objeta porque involucra varios hechos sobre los cuales el testigo debe declarar y la respuesta no permitirá saber sobre cuál de ellos se pronuncia, creando confusión tanto en el testigo como en el juzgador.

Defensor: Señor *Alfonso Daza*, la noche del 20 de julio a la cual hemos hecho referencia, ¿estuvieron ustedes con *Janira y Carlos* jugando cartas y tomando aguardiente, toda la noche?

Si la respuesta es afirmativa o negativa, no se sabe si lo que se niega es que jugaron cartas o que bebieron licor o que estuvieron juntos toda la noche. La pregunta compuesta crea esa confusión.

- Preguntas repetidas. Se objeta porque viola el principio de eficiencia al repetir una pregunta que ya se hizo y se constató. Muchos abogados lo usan para tratar que el testigo caiga en un error o contradicción sobre lo dicho anteriormente o que termine contestando lo que el abogado quiere, y en este sentido, se vuelve sugestivo. Para que prospere la oposición, la pregunta debe haberla formulada la misma parte y en el mismo estadio procesal. Si la pregunta la formula la otra parte en el contrainterrogatorio, no es repetitiva.

- Preguntas tendenciosas. Aquellas que conllevan afirmaciones que el testigo en realidad

ha negado, o negaciones que el testigo ha afirmado.

- Pregunta amparada por privilegio. La pregunta constituye información privilegiada o el mismo testigo puede oponerse por la existencia de un privilegio, salvo que se renuncie al privilegio por quien tiene derecho de hacerlo.

- Referencial o de oídas. El testigo no tiene conocimiento personal o directo de los hechos. Esta oposición es muy común cuando se les pregunta a los investigadores lo que le dijo un testigo sobre cómo ocurrieron los hechos.

- De carácter o conducta. Pide información sobre el carácter del acusado o de testigos, o de sus conductas anteriores que nada tienen que ver con los hechos juzgados. Excepciones: testimonio relativo al carácter del acusado, sobre improbabilidad de comisión de los hechos o testimonio relativo al carácter del acusado sobre improbabilidad de que los hechos sucedieron como lo afirma el fiscal.

- Impropia: Vulnera la dignidad del testigo o la contraparte.

- No es la mejor evidencia. El medio que se solicita o presenta no es el más indicado para usarse como prueba

- Perjuicio indebido. El medio de prueba que se presenta o solicita causa más daño innecesario que el valor probatorio que posee.

7.2.2.3 Oposiciones a las respuestas

- Pregunta contestada. Las respuestas también son objetables cuando ya se contestaran con anterioridad y se están repitiendo, a lo cual se puede objetar diciendo "pregunta y respuesta repetitiva". Lo repetitivo debe ser para la misma parte.

- Pregunta no contestada. De igual manera, son objetables cuando las preguntas no se han contestado, dando lugar a pedir al juez que el testigo dé respuesta.

- Falta de fundamento. No tiene bases o fundamento para responder la pregunta. Cuando se hace la pregunta, aún no se ha establecido la base o razón para su declaración. Ejemplo: ¿Qué tan alto es Juan? (antes de preguntarle si conoce o ha visto alguna vez a Juan).

En el contrainterrogatorio se pueden presentar oposiciones cuando éste se sale de los temas del interrogatorio o de la credibilidad del testigo. Hay que recordar que el límite es el tema, no la pregunta. Sobre un tema se pueden hacer varias preguntas. Por ejemplo, sí

el tema es la identificación, se pueden hacer preguntas relativas a contextura física, a vestimenta, etc.

7.2.2.4 Oposiciones a los alegatos

En la declaración inicial y en el alegato de conclusión, válidamente caben las oposiciones para evitar comportamientos indebidos, cuando en la declaración inicial, en lugar de declarar los hechos y anunciar la prueba que se presentará, se formula un argumento sobre la misma.

En el argumento de conclusión, pueden ser objeto de oposiciones comportamientos como alegar o argumentar sobre un hecho que se probó, cuando se realiza una cita jurisprudencial equivocada, falsa o fuera de contex- to, o cuando se distorsiona lo establecido en las pruebas cambiando su contenido, cuando se alega con base en un medio de prueba inadmitido, cuando se hace uso de lo manifestado en preacuerdos o negociaciones, cuando se le pide al juez que se ponga en la situación del acu- sado o la víctima, cuando se ataca a la persona de la contraparte y no a la prueba, o cuando se hace uso de argumentos impertinentes referidos a política, raza, sexo o religión.

7.3 Técnica de las oposiciones

7.3.1 Credibilidad y ética

La formulación de oposiciones va de la mano con la credibilidad del abogado. Cuando más oposiciones se hagan, se sentirá más que el abogado no tiene un caso sólido y por tanto recurre a maniobras para interrumpir a sus opositores. Por eso, lo primero que debe pensarse al oponerse es cuán necesaria o relevante frente a la teoría del caso es la oposición y qué se obtendrá con ella. La sola falta de técnica en la pregunta o la formulación indebida, si no son perjudiciales, no requieren una oposición. Debe pensarse siempre en el juez, en el fallador y qué impacto podrá producir en él la oposición.

Las oposiciones son parte del derecho de contradicción pero no pueden contravenir los principios de lealtad procesal y los principios éticos. No pueden ser una herramienta para distraer o cortar el ritmo del opositor, comportamientos indebidos y sancionables por el juez dentro de sus facultades disciplinarias en audiencia.

7.3.2 Atención y oportunidad

La concentración en el litigio es una regla fundamental. El abogado que actúa en el debate oral debe estar concentrado en el interrogatorio, pensar en las oposiciones que pueden surgir, anticipar puntos para el contrainterrogatorio y para su alegato de conclusión, y estar atento al juez. Todo simultáneamente. Esto requiere gran preparación y atención al debate.

La oportunidad para oponerse nace en el momento en que se realiza la pregunta, se da la respuesta o el argumento inapropiado. Para que la oposición sea efectiva, debe realizarse antes que se termine de preguntar, contestar o argumentar. Recordemos que una pregunta ya contestada es un hecho ya declarado que no se puede borrar de la mente del juzgador. El no objetar o no hacerlo oportunamente equivale a dar validez al aforismo común: el que calla, otorga.

7.3.3 Fundamento de la oposición

El fundamento de la oposición debe estar claro. No se trata de adelantar un argumento jurídico sobre la impropiedad de la pregunta, de la respuesta o del alegato,

[49] Ver "Técnica de las objeciones", en *Lecturas complementarias*, Comisión Interinstitucional para el Impulso de la Oralidad en el Proceso Penal y USAID, Bogotá, D.C., 2003, P. 209.

como sucede en algunas diligencias donde las oposiciones demoran horas en ser solucionadas.

El fundamento es enunciar la clase de oposición acompañada, si se quiere, de una frase que sustente sucintamente la oposición. No se necesita más, ya que el juez está atento y conoce el alcance de cada oposición.

> *Fiscal:* Señor Daza, ¿no es posible que Carlos se hubiera ausentado en el momento en que usted se quedó dormido en el sofá?
> *Defensor:* Oposición, señor juez. La pregunta es especulativa, coloca al testigo fuera de los hechos y le impone contestar sobre una hipótesis.

Si el juez lo considera necesario, dará la palabra a la parte que está preguntando para que explique o refute el fundamento de la oposición.

7.3.4 ¿Cómo oponerse?

Para oponerse hay que hacerlo con contundencia y con tono de voz fuerte, para ser escuchado por el juez. Primero hay que ponerse de pie y decir: *¡Oposición!* y fundamentarla. La oposición hay que dirigirla al juez, no al abogado que está interrogando o contrainterrogando, ni al testigo.

Si es uno quien recibe la oposición a sus preguntas, hay que guardar silencio, esperar a que el juez resuelva, tener autocontrol para contestar inmediatamente la oposición o reformular la pregunta, sin perder la secuencia de la examinación, ni dejarse intimidar por la oposición.

SÍNTESIS

La oposición debe:

- Realizarse teniendo en cuenta no sólo lo jurídico sino también lo estratégico.
- Darse el fundamento de la misma, no un argumento.
- No utilizarse para romper el hilo de la otra parte porque se pierde credibilidad.
- No utilizarse para pelear con la otra parte sino dirigirse al juez y acatar su decisión.
- Hacer que el abogado reformule la pregunta sin incurrir en desacato a la decisión del juez.

8. ARGUMENTOS DE CONCLUSIÓN

8.1 Aspectos básicos

Concluido el debate probatorio, la Fiscalía debe presentar sus argumentos orales de conclusión con el propósito de convencer al juez de que su teoría del caso se probó y, por tanto, debe fallar a su favor. Aunque para la defensa no es obligatorio presentar este alegato, estratégicamente no resulta conveniente abstenerse de hacerlo.

El turno para alegar estará en primer lugar para el fiscal, luego para el representante legal de las víctimas –si lo hubiere– y el ministerio público y, finalmente, la defensa *(art. 443, CPP)*.

Para el alegato de conclusión, el abogado debe examinar cuáles fueron los puntos que logró recoger durante el debate probatorio con sus propios testigos, y con el contrainterrogatorio de los testigos de la contraparte, qué logró revelar de éstos.

El abogado debe confrontar su teoría del caso con lo que pudo probar a través de sus testigos. ¿Qué le aportó ca- da uno de sus testigos a su teoría del caso y qué logró revelar u obtener a través del contrainterrogatorio de los testigos de la otra parte?. Esto le permitirá reforzar su teoría o debilitar la de la contraparte.

En el argumento de conclusión no se trata de repetir los hechos, sino de darle, a través de su teoría del caso, los argumentos al juez que le permitan concluir que los hechos probados se subsumen perfectamente o se corresponden exactamente con el análisis jurídico o la proposición jurídica que se le presentó.

En el alegato final se debe presentar al juez qué se probó, cómo se probó y la conclusión de lo probado.

En el alegato de conclusión, el abogado debe demostrar un perfecto conocimiento y dominio del caso e inferir, a través del raciocinio, el significado jurídico de los hechos probados. Además, debe desplegar su entusiasmo con el lenguaje verbal y no verbal, con el fin de proyectar seguridad y firmeza en sus conclusiones.

La última oportunidad del abogado para comunicarse con el juzgador, al finalizar el juicio, son los argumentos orales de conclusión. Todos los esfuerzos de planeación del caso y de práctica probatoria se orientan exclusivamente a hacer puntos para el alegato final. Por tanto, sin una buena finalización el trabajo realizado antes y durante el juicio puede perderse, al igual que un mal debate no puede curarse con un prodigioso alegato de conclusión.

En el alegato final la teoría del caso deja de ser un planteamiento para convertirse en la verdad que debe ser declarada. Lo que fueron promesas en la declaración inicial son ahora la verdad material establecida en el debate.

Corresponde al abogado argumentar, señalando cómo los hechos relevantes de su caso son ya hechos probados plenamente, destacando aquello de la prueba practicada que aportó a su teoría y lo que no aportó a la teoría de la contraparte mediante la crítica de la misma. Y, además, qué connotación jurídica tiene cada hecho probado frente a la norma positiva abstracta, sustancial o procedimental, para integrar, en conjunto, el silogismo jurídico que concluye solicitando al juez la declaración de responsabilidad o no responsabilidad.

El argumento final o de conclusión es el momento culminante para persuadir al juzgador. Cronológica y psicológicamente, es la última oportunidad para argumentar en favor de nuestra teoría del caso. La fuerza de los argumentos jurídicos, la forma como se presenten, el lenguaje que desarrolle y el estilo de comunicación del abogado son muy importantes para lograr la aten- ción del juez y para persuadirlo.

Es muy importante recordar que en el alegato final el fiscal debe tipificar de manera circunstanciada la conducta por la cual ha acusado (principio de congruencia de la acusación con los hechos debatidos y de la petición de la Fiscalía con el delito por el que se declara o no penalmente responsable).

El argumento oral de conclusión del ministerio público debe ayudar al juez a tomar la mejor decisión, de acuerdo con las pruebas practicadas en la audiencia del juicio oral.

8.2 Estructura del argumento de conclusión

No hay una sola forma de abordar el argumento de conclusión. En la práctica del litigio se observan diversas formas, entre las que se destacan las tres que a continuación se explican:

8.2.1 Orden cronológico de los hechos

La presentación ordenada y secuencial de los hechos como sucedieron es una manera de abordar el argumento de conclusión, determinando en el tiempo cada suceso y estableciendo cómo se probó. Este modelo lo utiliza generalmente la Fiscalía que, por llevar la carga de la prueba, debe establecer todos los supuestos fácticos, probatorios y jurídicos que integran la condena.

8.2.2 Orden de los cargos de la acusación

La acusación, como acto procesal que enmarca el juicio, puede tomarse de referencia para formular el alegato, relacionando a cada cargo o sindicación. La defensa puede atacar cada elemento o supuesto de la acusación para comprobar las falencias materiales o formales de la tesis de la Fiscalía. La Fiscalía, a su vez puede afirmar que todas las premisas de la acusación se han comprobado y refresca en el juez cada una, dando certeza a sus planteamientos iniciales.

8.2.3 Supuestos jurídicos sustanciales o procedimentales

Estructurar el argumento partiendo de la norma que describe la conducta punible en la parte especial del código, o la norma que configura un juicio de valor sobre la conducta, o los supuestos probatorios necesarios para condenar, es el otro orden para efectuar el alegato de conclusión. Es una presentación que se ordena desde la premisa jurídica y desde allí se elabora el discurso sobre los hechos y sobre las pruebas. Sirve para apelar a la mentalidad jurídica del juez, donde se siente cómodo y se le puede sintetizar el argumento con toda su carga legislativa, doctrinal y jurisprudencial.

En el caso de *Carlos Patiño,* la defensa podría decir: señor juez, no hay duda, de que ocurrió una lamentable muerte, pero la duda que no logró desvirtuar nunca la Fiscalía es sobre que *Carlos Patiño* la causó. Como usted vio, los testigos de la Fiscalía, la señora *Gloria Dávila* y el panadero *Carlos Muñoz*, no pudieron identificar a *Carlos Patiño* como el autor de los hechos; la señora *Rebeca López* no pudo asegurar que la voz que oyó fue la de *Carlos Patiño* y mucho menos el contexto de la frase que escuchó. Por otra parte, la defensa probó con los testimonios

de *Janira Salazar*, *Alfonso Daza* y *Luis Neira* que *Carlos Patiño* no tuvo la oportunidad de causar la muerte de *Andrés Castro*, por cuanto al momento de suceder la misma se encontraba en su apartamento con estas tres personas.

La estructura que nunca se aconseja realizar es la presentación del alegato testigo por testigo. Repetir lo que cada testigo dijo distrae al juez, y también distrae recapitular en cada testigo los hechos, porque la historia se repite una y otra vez. Lo aconsejable es intercalar en los hechos lo que cada testigo aporta al caso para llevar una secuencia y un ritmo interesantes y coherentes.

8.3 Técnica del argumento de conclusión

8.3.1 El primer momento

Al agotarse el juicio, el juez presenta cansancio. Ha apreciado todo el debate y tiene una idea sobre el resultado del proceso. En este instante no quiere una profun- da disertación sobre la administración de justicia, ni acerca del conocimiento del abogado sobre la teoría del delito, ni mucho menos que le agradezcan por su majestuosa misión de administrar justicia o se quejen de lo largo de la audiencia.

El mensaje final debe ser completo y conciso sobre el tema del debate: los hechos, las pruebas y los fundamentos jurídicos. El abogado debe centrarse en el tema, en los puntos relevantes que ha logrado y en la conclusión. El mensaje inicial debe ser una síntesis persuasiva del debate.

Fiscal: Al comienzo de este debate dijimos que el asesino de *Andrés Castro* sería plenamente identificado, y ahora lo tenemos; no es otro que el acusado, *Carlos Patiño*.

La teoría de la Fiscalía en el caso del homicidio de *Andrés Castro* se fundamenta en la identidad y éste es el tema que debe reiterarse al iniciar el alegato.

Defensa: La única forma en que *Carlos Patiño* pudiera haber causado la muerte de *Andrés Castro* es que tuviera el don de la ubicuidad.

La teoría del caso de la defensa se basa en oportunidad y éste es el tema que debe reiterar.

8.3.2 Manejar el tiempo eficientemente

En el argumento de conclusión debe darse un mensaje claro y sencillo, con frases cortas. Esto permite una comprensión inmediata que no lleve a profundas elucubraciones. El mensaje debe ser oportuno y no extenso. El tiempo debe controlarse para saber cómo se abordará cada tema.

Un alegato eficiente puede llevar unos 40 minutos, como máximo. En el caso de *Patiño* no pasaría de quince minutos. Más tiempo distrae y el juzgador comenzará a pensar en otros temas.

Debe evitarse mencionar toda información superflua, que no se requiera para el debate. Aunque los detalles son muy importantes para dar fuerza a la historia persuasiva, deben identificarse cuáles complementan los puntos centrales del debate y cuáles necesariamente hay que excluir.

En el caso de *Rebeca López*, no es un detalle relevante para el caso el hecho de que ella viva sola, que está separada. Lo único relevante fue lo que escuchó y el contexto en que lo escuchó.

8.3.3 Utilizar temas y calificativos relevantes

El lenguaje con que se califican las situaciones y personajes del conflicto es trascendental en el momento de llevar a cabo el juicio. Deben escogerse los temas que el alegato abordará una y otra vez y los calificativos con que se trate a los testigos y al acusado. Así el mensaje persuasivo se complementará con apreciaciones y calificativos de todo orden.

En el proceso por el homicidio de *Andrés Castro,* los temas de identificación y oportunidad son los que permanentemente debe tocar la Fiscalía. Así mismo, los calificativos de irresponsabilidad, vagancia, vida fácil, etc., son los que la Fiscalía podría recabar cada vez que exteriorice sus razonamientos sobre la conducta de Patiño.

8.3.4 Usar preguntas retóricas

Las preguntas retóricas son giros en el lenguaje oral que precisan la controversia, que retan a la otra parte a argumentar y que buscan establecer claramente un punto a favor. Son recursos efectivos del debate oral que vinculan al juez con la pregunta y con la respuesta que le damos.

Fiscalía: ¿Cómo podrá la defensa argüir la no culpabilidad de *Carlos Patiño*, si la descripción física de todos los testigos lo señalan, si las prendas deportivas descritas por ellos corresponden con las que tenía puestas el día de los hechos y, además, *Patiño* posee una moto roja de alto cilindraje cuya placa tiene un número 8, igual a la que se usó en la comisión del hecho? Sin duda, na- da puede hacer ante esta arrolladora evidencia en su contra.

8.3.5 Argumentar con la experiencia y el sentido común

La explicación de los hechos y de las conductas puede fundarse en el conocimiento cotidiano ciudadano y en la experiencia diaria. Esto permite que los argumentos se apoyen en ellos para fortalecer o atacar la conducta o los hechos planteados porque, en lógica, corresponden o no a la realidad humana.

Defensa: La experiencia demuestra que lo percibido en los primeros instantes se fija más claro en la memoria y que el tiempo va borrando detalles, haciendo el testimo-

nio cada vez menos exacto. La única explicación para que *Gloria Dávila* no haya precisado detalle alguno sobre el asaltante y homicida de su esposo en la noche del 20 de julio es que no fijó su atención en ellos, como lo comprueban la entrevista ante el investigador y su declaración ante el fiscal. Su cambio de conducta en esta audiencia, identificando plenamente a *Patiño*, contrario a lo que sobre testigos demuestran las reglas de la experiencia, obedeció claramente a dos razones: la manera sugestiva en que el investigador le presentó como única foto la de mi defendido y el señalamiento directo al verlo sentado al lado de la defensa.

8.3.6 Confrontar los puntos problemáticos

Ningún proceso, por mucho que se haya trabajado, es perfecto. Las debilidades de cada teoría del caso expresa- da en las debilidades de su prueba existen y las conoce quien presenta su alegato. Estos puntos problemáticos se pueden evitar omitiéndolos en el alegato, con el ries- go de que sean aprovechados por el contradictor, quien de seguro recalcará en la omisión o, por el contrario, los confrontará antes de que lo haga el oponente. La manera de saberlo es el peso que estos puntos tengan en la teoría del caso. Si no son lo suficientemente relevantes, no hay por qué desgastarse. Si lo son, deben existir una explicación razonable y una valoración para el juez.

Fiscal: Es verdad, señor juez, que la señora *Rebeca López* llamó en varias oportunidades a la policía para quejarse de *Patiño* y ello no puede interpretarse como síntoma de animadversión o de deseo de causarle daño, porque la señora *Rebeca López* tuvo siempre razón pa- ra hacerlo, ya que la actitud de *Patiño* desbordó los límites de tolerancia de un vecino que no está obligado a soportar las continuas riñas, escándalos y alborotos de la pareja *Salazar - Patiño.*

8.3.7 Utilizar los hechos no controvertidos

Los hechos no controvertidos o los estipulados son soporte de la teoría del caso. El hecho que no controvierte ninguna de las partes es un buen respaldo para interpretarlo a favor, sumándolo al alegato. Sirve para acumular evidencia a favor.

Señor juez, la defensa no discute que la señora *Rebeca López* oyó pronunciar en el apartamento de *Carlos Patiño* la frase "tuve problemas con ese tipo pero yo no quise matarlo". Lo que discute la defensa es el contexto en que lo oyó, detrás de una puerta, sin conocer el número de personas que se encontraban allí, de qué aparato o de quién salió la frase, a qué se refería, etc.

8.3.8 Realizar las concesiones convenientes

Realizar concesiones favorables al oponente, que no sean nocivas a la teoría del caso, da muestras de cierta objetividad en los planteamientos y convencimiento frente al planteamiento 100% adversarial que se hace ante el juez, quien se rige por el principio de imparcialidad. La concesión debe pensarse muy bien para que no se convierta en un argumento en contra.

Señor juez, la Fiscalía coincide con la defensa en que *Rebeca López* no conoce el contexto de la frase que oyó, sobre lo que no tiene duda fue que la oyó de *Carlos Patiño* y que esto, ligado con la identificación positiva que de él hicieron la testigo presencial de la muerte del señor *Castro*, su viuda *Gloria Dávila* y su vecino *Carlos Muñoz*, prueba sin duda su culpabilidad.

8.3.9 Concluir con fuerza

Al igual que el inicio, la terminación debe hacerse en un punto alto que concentre la atención del juez frente a la síntesis del alegato. En esto se aconseja, como lo suge-

ría un instructor, preparar el *tan tan*, es decir, el rema- te del alegato, para que logre la emotividad y persuasión concluyente y, además, porque el abogado puede verse con la sorpresa de que el juez limite su tiempo y el alegato quede a media marcha, sin conclusión. Debe siempre tenerse preparado este remate. Es importante para la Fiscalía establecer claramente el delito(s) por el (los) que pide declaración de responsabilidad penal.

Defensa: "La duda debe resolverse a favor del acusado", reza la ley. Y duda es lo que quedó en este juicio, grandes dudas sobre la identificación de *Carlos Patiño* como el autor de los hechos; duda sobre el motivo; duda sobre lo que oyó *Rebeca Lopez* y de quién lo oyó. Si a esto se suma el hecho de que la Fiscalía nunca pudo probar que *Carlos Patiño* salió de su apartamento la noche de la muerte de *Andrés Castro*, y que nunca se encontró arma alguna en su poder, estamos seguros, señor juez, de que usted pronunciará un fallo de no responsabilidad como en derecho y en justicia corresponde. Muchas gracias.

9. PLANEACIÓN Y ORGANIZACIÓN DEL JUICIO

Al igual que cada una de las actuaciones, cada parte debe planificar su intervención en el juicio; para ello, se recomienda tener una carpeta o "cuadernillo de juicio", que le permita tener a su mano todo lo que requiere para el mismo, como las estructuras de cada una de sus intervenciones: declaración inicial, interrogatorio y contrainterrogatorio de cada testigo, alegato final y, sobre todo, los informes, entrevistas de los testigos y cualquier otro medio que disponga para, si es necesario, refrescar la memoria o refutar. Esta carpeta o cuaderno del juicio debe contener como mínimo:

Cuaderno del juicio

Nombre del caso:_____

1. Carpeta de la teoría del caso: hechos relevan-

SÍNTESIS

En el alegato de conclusión el abogado debe:

- Ayudar al juez a valorar la prueba.
- Utilizar el primer minuto para transmitir el tema, la esencia del alegato.
- Establecer qué probó, cómo lo probó y la conclusión de lo probado.
- El fiscal, tipificar claramente la conducta con sus circunstancias por la cual pide la declaración de responsabilidad.
- El defensor, establecer cuál es el elemento jurídico sustancial o procedimental que falta o que no se probó.
- Utilizar un lenguaje, claro, sencillo y preciso.

tes, hechos controvertidos, hechos asentados. Tema y teoría.

2. Carpetas de testigos: una carpeta para cada uno, según orden de presentación, que contenga:
   - Nombres.
   - Lo que aporta a la teoría del caso.
   - Temas que se van a tratar con el testigo.
   - Copias de las entrevistas o declaraciones previas de cada uno.
   - Análisis del testigo (fortalezas y debilidades).
   - Análisis del testimonio.
   - Estructura del interrogatorio.
   - Estructura del posible contrainterrogatorio.
   - El elemento material de prueba o la evidencia física o demostrativa que voy a introducir con ese testigo.

3. Carpeta de documentos: en la que se indique que a través de qué testigo se introducirán o acreditarán:

4. Carpeta de ley, jurisprudencia y doctrina aplicable.

5. Carpeta de estructura de la declaración inicial.

6. Carpeta de estructura del alegato de conclusión.

7. Plan del juicio:
   - Orden de las pruebas.
   - Orden de los testigos.
   - Orden de introducción de las estipulaciones.

Cuarta unidad

La ética en el proceso penal oral

Sumario

1. Valores en el proceso penal 2. La ética en el proceso penal 3. Casos para simulaciones

1. VALORES EN EL PROCESO PENAL

1.1 Introducción

El actuar ético en el proceso penal responde a la necesidad de apropiar valores y actitudes en la conducta de quienes operan el sistema de justicia.

Estos valores no son un catálogo de normas, sino el deber ser expresado en obligaciones y deberes de los sujetos procesales en cada una de las fases del proceso penal. Dichas obligaciones tienen una consecuencia jurídica y personal por su quebrantamiento.

Los valores definen fines para que el juzgador, en cada caso concreto, establezca si el incumplimiento de los mismos afecta o no derechos fundamentales, y aunque no sea así, si la conducta del sujeto procesal constituye una violación a la ética profesional.

La ética es una práctica que materializa valores en cada una de las actuaciones. En este sentido, ética y profesionalismo se encuentran intrínsecamente ligados.

En la ética se concentra el *deber* ser de la administración de justicia. La práctica de los valores permite el fortalecimiento de la justicia, y que ésta se convierta en el proce- so esencial para la consolidación del respeto entre los se- res humanos y el reconocimiento de la dignidad de la persona humana.

La administración de justicia practicada con ética y profesionalismo permite transmitir sus valores a la sociedad y que ésta tenga un verdadero sentido de pertenencia sobre su sistema de justicia.

1.2 Tipos de valores

1.2.1 Lealtad

Este valor está presente en todas las actuaciones e implica que no deben tenerse cartas ocultas, es decir, sorprender a la otra parte en el juicio con informaciones o medios de pruebas que no se le dieron a conocer previamente (descubrimiento).

Dicho valor se expresa de diferentes formas:

- *Lealtad con la administración de justicia.* Implica una serie de obligaciones o deberes por parte de cada uno de los sujetos procesales que, sin que afecte su papel o pretensión, deben entender su función como deber de ayudar al juez a llegar a la verdad para dictar un fallo en forma justa y acertada (no inventar pruebas o tergiversarlas).

- *Lealtad con las partes.* No mantener pruebas ocultas, no hacer citas o referencias incompletas o fuera de contexto.

- *Lealtad con la prueba.* No darle un sentido contrario a la prueba y no argumentar sobre algo que no fue tema de prueba.

1.2.2 Buena fe

Es un valor que se materializa en deberes éticos, así como en la forma de ser y actuar, que impide que se genere un sistema de desconfianzas mutuas entre los operadores de justicia.

Expresiones de este principio, en algunos países, son poder solicitar telefónicamente una orden de allanamiento o registro y formalizarla después. El juez confía en que la razón que le dio el fiscal por teléfono es la real y puede valorar si existe mérito o no para permitir la restricción del derecho fundamental a la privacidad. De verse asaltado el juez en su buena fe, vendrían las consecuencias jurídicas de inadmisión del medio o fuente de prueba que surja de la diligencia de allanamiento y la sanción del fiscal por faltas a la ética.

Como resultado de la lealtad y buena fe surge la confianza y por eso no se permiten grabaciones ocultas o sin conocimiento de la persona a la que se va a grabar.

1.2.3 Respeto a la dignidad humana

La dignidad humana es un valor esencial de nuestro Estado social de derecho y se constituye en una de las razones de ser del mismo. En tal sentido, la dignidad humana como valor se debe materializar a través de obligaciones de ser y hacer, por parte de cada uno de los sujetos procesales, y en las consecuencias jurídicas y administrativas del irrespeto al desconocimiento de este valor.

Un ejemplo claro es el cambio de concepción del imputado o acusado como un objeto de investigación y juicio, para ser el centro del proceso alrededor del cual deben girar las acciones que le aseguren el respeto de las garantías fundamentales de un debido proceso.

La violación a un procedimiento que asegure una investigación objetiva y la autenticidad o mismidad de los objetos materiales de prueba (cadena de custodia) debe, en este contexto, entenderse no como la simple falla en el procedimiento, sino como una violación esencial al debido proceso (garantía de una investigación objetiva). Por ello, cuando un juez no permite la introducción de un órgano o medio de prueba, o decreta la nulidad de una actuación por fallas o violación en los procedimientos de investigación, no está haciendo valer el procedimentalismo o el formalismo como tal, sino el valor de dignidad y respeto que lleva implícito el derecho a una investigación objetiva y a un investigador objetivo.

También se traduce este valor, por ejemplo, en la forma de utilización del lenguaje o la expresión y en los calificativos que empleamos en el juicio. Se pueden usar calificativos que surjan del debate mismo pero no atropellar la dignidad humana.

2. LA ÉTICA EN EL PROCESO PENAL

2.1 Ética en el proceso oral

La ética en los procesos orales consiste en los mínimos normativos que los operadores de justicia y los servidores públicos de la justicia comparten y cumplen. Estos mínimos son valores, principios, derechos, junto con la actitud de convivencia (dialógica). Si no existieran estos mínimos normativos, se podrían presentar en los procesos orales el "*atomismo ético*", la solitaria soberanía[50] o la toma de decisiones como particulares.

[50] H. Hofmann, *Filosofía del derecho.* (traducción de Luis Villar B.) Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.

La ética en el proceso penal oral, más que justicia distributiva, tienen que ver con la justicia con igualdad o la aplicación del principio de *igual consideración de los intereses* (Scanlon).

En el campo de la oralidad, la ética facilita y orienta el proceso judicial, en la medida en que las partes y los intervinientes cumplen con su papel, según unos determinados principios y valores. Por tanto, la ética en el proceso oral parte de dos aproximaciones básicas:

- La ética como reguladora de las relaciones y actuaciones de los operadores de justicia, en razón de que son, ante todo, seres humanos.

- La ética como el establecimiento de principios y valores en el proceso judicial que deben cumplir los operadores de justicia, con la finalidad de respetar los derechos de quienes acuden a ella.

Uno de los fundamentos de la ética en el proceso penal oral es el descubrimiento que hace la razón humana de lo que hay que realizar por conveniencia objetiva de la justicia y no por una percepción subjetiva. Cuando la libertad dirige la conducta presente en los actos humanos de los operadores de justicia en el mismo sentido y de acuerdo con tal ordenamiento, estos seres humanos se orientan hacia la equidad en la administración de justicia.

En el proceso oral, la ética la entendemos como una forma de actuar de manera apropiada, o como el arte del *bien actuar en la justicia*, fundamentada en la propia estructura, en su propia morada (la razón y la libertad).
La ética en oralidad trata de los actos de los operadores de justicia y, en este sentido, regula las relaciones y las interacciones mutuas.

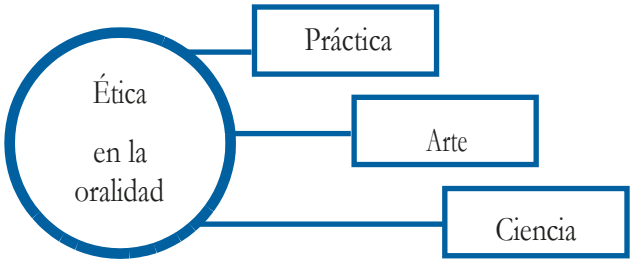
Igualmente, la ética en el proceso oral, al enseñar el bien actuar en la justicia, requiere la verificación y comprobación de los hechos, es decir, la ética se fundamenta en el conocimiento de las acciones que se ajustan a la realidad y, por tanto, la ética en el proceso penal es el sentido de la "objetividad" de los hechos (epistemología). La ética debe dar razón de por qué se plantea una hipótesis o se formula una teoría del caso o por qué un juez toma una decisión. La actuación de los operadores de justicia con este tipo de ética permitirá un mayor enriquecimiento de la personalidad y la realización de los mismos operadores.

En estos términos, la ética en los procesos orales y públicos es una práctica, un arte y una ciencia.

- Es una *práctica* cotidiana, porque forma parte del quehacer de la administración de justicia, porque dirige la actividad humana del operador, en función del fin de la justicia, del bien honesto, y de la norma y recta razón.

- El comportamiento ético es, de igual modo, un *arte* en cuanto enseña el modo de obrar, dirige la actividad de los operadores de justicia y facilita la convivencia y el mutuo respeto.

- La ética en sus fundamentos es una *ciencia* que forma parte de la filosofía y del estudio sistemático del comportamiento humano.



La ética en el proceso oral es "normativa" porque establece reglas de conducta que facilitan la convivencia y el respeto mutuo. Los actos humanos de los operadores de justicia deben ajustarse a esa normatividad y a los principios y valores que rigen el sistema. El comportamiento ético es obligatorio porque en conciencia de los operadores de justicia se debe seguir. Por lo mismo, el comportamiento ético está lejos de ser opcional.

2.2 Ética de lo público

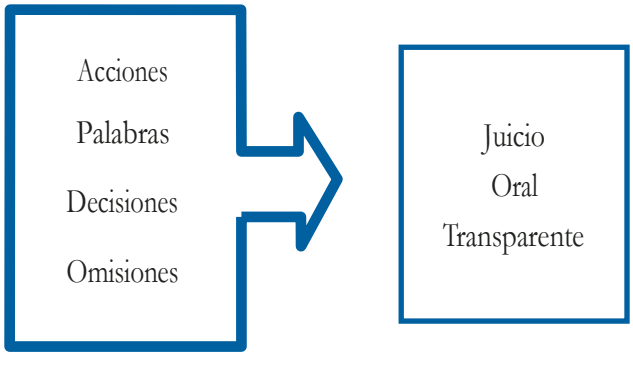
La actuación en el proceso penal oral se debe enfocar desde la *"ética de lo público"*, basada en la *"ética de mínimos"* y en la *"ética de máximos"*. La oralidad es un método que al aplicarse a la justicia penal conlleva múltiples relaciones divergentes y ambiguas, donde cabe hablar de los "mínimos éticos", pero también es preciso referirse a los "máximos éticos", especialmente por tratarse de la justicia, uno de los aspectos más importantes de "lo público".

El interés por lo público se corresponde con la preocupación por la sociedad, por el otro. "Lo público" hace referencia a la dimensión política de la vida[51]. Aquí se revela la ética de los asuntos referentes a lo público. Es- ta dimensión ética designa los modos de vida y las costumbres de los seres humanos que son objeto de examen público.

Así como en "lo privado" cabe hablar legítimamente de "claroscuros"[52], "lo público" necesariamente conlleva un principio de "transparencia" y traslucidez al máximo grado. Este principio, aplicado a la justicia, significa que las múltiples relaciones de los sujetos procesales, independientemente de sus aspectos personales y privados, deben manejarse con una sólida "ética de lo público", consistente en el manejo transparente de los asuntos referidos a la aplicación de justicia.

Lo que se diga, lo que se muestre, lo que se compruebe y los procedimientos que se utilicen, tanto en la investigación como en el juicio mismo, no son patrimonio exclusivo de alguna parte específica, sino que es patrimonio de todos, del conjunto de los intervinientes. En esto radica la importancia de la "ética de lo público" en el proceso penal. La dimensión pública del juicio oral significa una puesta en común entre los sujetos procesales de diferentes perspectivas, puntos de referencia y horizontes, definidos por las especificidades de cada caso procesal.

El fundamento ético orientador del juicio oral es, entonces, la *transparencia* en el manejo de la justicia, por ser el elemento básico de la administración de "lo público". Desde este punto de vista, el juicio oral se compone, esencialmente, de *acciones, palabras, decisiones y omisiones,* que expresan (o que omiten) los sujetos procesales.



[51] C. Maldonado, "*Elementos filosóficos para el análisis y comprensión de lo público*", en *Politeia.*
[52] Ibid.

En términos de lo público y en el momento del juicio oral, los sujetos procesales son estas palabras, acciones, decisiones y omisiones, y los valores que manifiestan. Es decir, en el proceso oral y público *no existe la dimensión privada de los sujetos procesales*. Esto es demasiado importante considerarlo, porque es lo que define el comportamiento ético en los procesos.

Esta afirmación es definitiva para precisar la ética en el juicio oral, porque ésta depende, no de la esfera privada de lo que cada parte piense, desee o de su interés perso- nal, sino de su comportamiento, que debe ceñirse, necesariamente, a la esfera del manejo de "lo público". Es- to es tan cierto que hay que tener conciencia de que en el momento mismo de la intervención oral, o de la demostración de la prueba, las palabras, acciones, decisiones y omisiones de los sujetos procesales ya no pertenecen al individuo, a la parte que los ha realizado, sino a la dimensión pública del proceso de justicia.

De esta manera, las partes deben tener en cuenta que con cada palabra y con cada acción en el juicio oral, de hecho, están construyendo el sistema de justicia que se- rá más justo y equilibrado, según sea el actuar de su papel. El sistema de justicia es inacabado en la medida en que cada día y con cada juicio, los sujetos procesales están contribuyendo a construirlo, definirlo y orientar- lo, así la normatividad sea la misma. Es el concepto de la dinámica real del proceso de hacer justicia.

La dimensión pública de la justicia se entiende como el espacio resultante de las palabras, las acciones, las decisiones y las omisiones que se presentan en las relaciones entre los operadores, al momento del juicio oral. La éti- ca de lo público, manifiesta en estos hechos, consiste en *"exponer a la luz pública"* tales hechos, y así esas palabras, acciones, decisiones y omisiones ya no pertenecen al individuo sino, por el contrario, quedan en manos de los demás, es decir, escapan de la esfera privada e individual del magistrado, juez, fiscal, defensor público, procurador judicial, investigador o abogado defensor. De este modo, los operadores de justicia quedan, necesariamente, en el campo específico de la *"ética de lo público en el proceso acusatorio oral"*.

En este punto se presenta un desafío: la multiplicidad y amplitud de palabras, acciones verbales y no verbales, decisiones y omisiones en el juicio oral por parte de los intervinientes, frente a la necesidad de tener unidad en los actos, las decisiones y los resultados, a efectos de que la justicia se fortalezca con cada juicio oral que se lleve a cabo. El tema de la unidad frente a la multiplicidad es uno de los campos más complejos de la ética en la oralidad.

La integración entre ética y racionalidad, aplicada a los procesos penales orales, lleva a preguntas básicas que debe hacerse cada sujeto procesal al momento de su actuación, tanto en la investigación como en la fase del juicio oral: *¿cómo debo actuar? ¿Qué debo hacer?* Estas preguntas se fundamentan en la racionalidad y el conocimiento (o conocimiento racional, no en el azar), y en la aplicación de principios verificables. Así, la ética en la oralidad significa hacer y responder preguntas y, en general, actuar en el juicio oral con conocimiento objetivo, es decir, con conocimiento racional. Esta racionalidad se incrementa en la medida en que exista un mayor conocimiento de la realidad, en este caso, de la realidad procesal.

El comportamiento ético en el proceso penal oral significa, entonces, dar cuenta racional y razonablemente de los actos humanos de los intervinientes, en sus

múltiples dimensiones, pluralidades y complejidades, derivadas de su actuación en el proceso penal, de manera pública. Esta racionalidad se opone a las formas corrientes como se desarrollan las actividades humanas en nuestro medio, sintetizadas en frases como "Yo pienso", "Yo creo", o también "Cada uno puede tener su propia opinión", "Cada uno puede pensar como quiera". Tales afirmaciones son equívocas y peligrosas, y no se pueden tener en cuenta cuando se trata de manejar y defender los asuntos públicos, como el juicio oral.

La ética de lo público es más exigente y hace referencia, por tanto, a dos dimensiones: *la racionalidad* de las acciones, las palabras, las decisiones y las omisiones públicas, y la dimensión *axiológica* de esas mismas acciones y decisiones públicas. Al actuar y hablar en el juicio oral, en este caso la pregunta de la ética de lo público se refiere a las formas como las acciones y decisiones que allí se tomen afectan a la sociedad en su conjunto y a los individuos involucrados, al respeto por la persona humana y a los demás principios que sustentan la sociedad colombiana.

Los actos de los sujetos procesales y de los operadores de justicia en general, entendidos como acciones, palabras, decisiones y omisiones, comprometen y afectan de distinto modo a otras personas, y esto es lo que implica una ética de lo público en el sistema de administración de justicia.

Es un aspecto público de la vida humana que no pertenece a alguien en específico. La ética de lo público consiste en el cuidado y aseguramiento de las condiciones para el logro de los objetivos de la sociedad en su conjunto y de los objetivos de la justicia en sí misma. En tal sentido, las acciones colectivas que se presentan en el juicio oral deben originarse en el fundamento de la vida pública, esto es, en la ética de lo público. A través del juicio público oral la justicia transmite sus valores a la comunidad.

Un elemento fundamental en la ética de lo público es la incorporación de la sociedad civil en el juicio oral como parte activa y comprometida, en la medida en que el comportamiento ético es, al mismo tiempo, el punto de partida y el punto de llegada de la resolución de los conflictos individuales y sociales.

2.3 Ética según los papeles

En la actuación oral se respetan principios fundamentales del proceso penal al momento de formular la teoría del caso, o presentar las argumentaciones, los interrogatorios o las oposiciones, como la misma justicia, la igualdad, la libertad, la honradez, y algunos valores tales como la equidad, la lealtad, la dignidad humana, la buena fe, la intimidad, etc.

La lealtad procesal exige actuar de buena fe antes, durante y después del juicio, como una forma expresa de respetar a los sujetos procesales e, incluso, a la misma comunidad que hace presencia en el juicio oral. Por el contrario, actuar de mala fe es una conducta antiética, caracterizada claramente en la Ley 904 de 2004 (Código de Procedimiento Penal).

Esta lealtad procesal incluye los distintos aspectos de la investigación y del juicio en audiencia pública, como la investigación de los hechos, la búsqueda, recolección y valoración de la prueba, la formulación de la teoría del caso, y la misma audiencia para realizar el juicio oral. En síntesis, la normatividad responsabiliza a los funcionarios

cuando éstos actúan fuera del ámbito legal o reglamentario en el ejercicio de sus funciones. Es la ética de mínimos en oralidad, la cual se centra en el seguimiento y control de las normas del comportamiento que deben guardar los profesionales del derecho.

Por mejor intencionados que estén, no bastan los anteriores códigos y normatividades para lograr que los operadores de justicia se comporten de acuerdo con una ética de máximos, donde los valores son los que determinan la rectitud de las actuaciones de los servidores de la justicia.

En el sistema acusatorio oral se persigue tanto una justicia distributiva como una justicia restaurativa. Aquí entendemos la justicia como la propiedad de los procesos y la igualdad como la propiedad de las distribuciones resultantes. El principio de igualdad en el proceso penal oral significa dar igual consideración a los intereses[53] de cada una de las personas comprometidas en el juicio. La justicia y la igualdad son exigencias específicas. Este es el punto de partida para aplicar el concepto de ética de los máximos.

En los papeles de los operadores de justicia se presentan unos principios de la "ética de máximos", basados en que la ética jurídica es un núcleo de la filosofía del derecho material. Algunos principios de la ética de máximos por papeles, son:

2.3.1 El juez ético

El papel del juez es básico, toda vez que sus decisiones afectan de distinta manera a las personas involucradas. Su comportamiento, que evidencia la ética de máximos, se caracteriza a partir del "juez humanista", manifiesto en:

- *La autoridad.* El liderazgo y el protagonismo del juez en el juicio oral y en su profesión en general generan expectativas sociales en la práctica de la ética como garantía de imparcialidad, neutralidad y legalidad ante el sistema de justicia y ante la sociedad. El papel del juez se basa en la práctica de valores y principios, sobre todo en, la búsqueda de la verdad haciendo prevalecer el derecho sustancial sobre el formal y en no desequilibrar el proceso asumiendo el papel de una de las partes.

- *El compromiso.* El juez debe ser más dinámico y comprometido con su papel, con las partes y demás intervinientes y con el cumplimiento de los principios inherentes a su papel. Como líder en la dirección y control de las audiencias, es objeto de observación pública sobre la base de una personalidad rica en valores y virtudes, en especial la prudencia, la fortaleza y la templanza, fundamento de la equidad

- *La calidad humana.* Del juez se espera que tenga calidad humana y, en particular, "alta calidad como servidor público", comprometido con la sociedad y con el Estado de derecho a los que representa.

El juez es, ante todo, un líder, con ejercicio permanente del liderazgo, se ocupa del cambio, tiene visión de futuro, genera sinergia, integridad, transmite confianza (piensa lo que dice), es consecuente (actúa de acuerdo con lo que cree), motiva e inspira. El liderazgo y la gestión del juez son dos métodos de actuar diferentes y complementarios.

El juez, como persona humana, representa la autoridad del Estado social de derecho, y tiene ante sí la difícil y perma-

[53] SCANLON, T. *Los derechos, las metas y la justicia*, Conferencia de Reisenberg, en Erkenntnis.

nente tarea de manejar un poder, el poder de la administración de justicia que declara o no la responsabilidad. El juez debe tomar decisiones, pero si las toma con base sólo en la razón, corre alto riesgo de quedarse en lo humano y de equivocarse. No basta la sola razón para tomar decisiones acertadas. Entre otros aspectos, el juez debe hacer respetar el principio de la no discriminación y no permitir que las partes apelen en sus argumentos a creencias, sean religiosas, racistas, feministas, económicas, políticas o de cualquier otra naturaleza.

Es necesario tener presente la dimensión humanista, que facilitará al juez caracterizarse por la imparcialidad y la equidad, sobre todo cuando se hace la pregunta central: "¿qué decisión tomo?", que corresponde a una inquietud superior: "¿Se puede juzgar a otro con la sola razón?". El juez necesi- ta un alto grado de fortaleza y vida interior que le permita enfrentar las respuestas a estas preguntas en los casos que llegan a su despacho (es la ética de máximos en el caso del juez). El juez debe disponer, en grado sumo, de una sólida ética personal, como la fuente primaria de su autoridad, credibilidad y seguridad. Debe aplicar justicia, recordando que detrás de cada decisión que tome, se encuentran las personas a quienes va a afectar de una u otra manera.

2.3.2 El fiscal ético

El fiscal se concentra en la dirección de la investigación y preparación de los medios de prueba que luego en el juicio, al practicarlas respaldarán su teoría del caso. El papel del fiscal está caracterizado por el compromiso ético con los siguientes aspectos:

- *Conocimiento.* El papel del fiscal será la investigación de alta calidad científica y técnica, en bus- ca de la verdad y el conocimiento objetivo de los hechos. El fiscal sigue siendo el titular de la acusación y llega al juicio a plantear y demostrar la prueba para concluir su pretensión.

- *Racionalidad.* Es una de las características del fiscal como capacidad de pensamiento autónomo, basada en el conocimiento racional. Requiere un alto grado de racionalidad lógica de su teoría del caso y de la construcción de una historia a través de la prueba.

- *Apertura mental.* El fiscal debe estar abierto al cambio y a todo nuevo paradigma que signifique un mejoramiento de la aplicación de justicia.

- *Ética en la investigación.* El fiscal participa en el proceso con mayor compromiso, como director - investigador y recaudador de medios de pruebas; debate y verifica las pruebas, es vigilante y tomador de decisiones. Incluso, si encuentra un medio de prueba que favorece al acusado, lo pone en conocimiento de la defensa (en la oportunidad debida).

- *Compromiso con la objetividad.* La mayor prueba de la ética del fiscal es la objetividad, de modo que esté dispuesto a separarse del viejo paradigma de ser exclusivamente "acusador", y esté en capacidad de desistir de los cargos y retirarlos, cuando las pruebas así lo demuestren, o cuando no existan las pruebas. Objetividad significa hacer una investigación imparcial sustentada en el medio técnico científico que le dé la seguridad de que las conclusiones a que se lleguen son el producto de un proceso de ubicación, identificación, recolección, análisis técnico, y de un proceso crítico de los resultados en donde el objeto es valorado por sus características propias y no por las del observador.

- *Ética en la negociación.* El papel del fiscal es también el de conciliador, negociador de conflictos y promotor de acuerdos, cuando se den las condiciones. Esto supone un fiscal con excelentes habilidades de comunicación, con conocimiento de los aspectos legales y que reconoce los intereses legítimos de los otros.

- *Ética con el testigo.* El fiscal debe ser ejemplar en el comportamiento ético, en especial en la presentación de su teoría del caso en el proceso de investigación, en la examinación y la contraexaminación, y en las alegaciones tanto de apertura como de cierre. Con este propósito, el fiscal debe "preparar al testigo" en el sentido de concientizarlo, informarlo e ilustrarlo sobre la importancia y forma de su actuación, sin influirlo en lo que va a decir.

- *Comportamiento ético.* El fiscal debe ser ético en la investigación y en la presentación de las prue- bas en el juicio, basado en la práctica de valores y principios, en especial de la lealtad, la buena fe, el respeto por la dignidad humana y la búsqueda de la verdad.

- *Ética del trabajo en equipo.* El fiscal requerirá una capacidad de trabajo y pensamiento en equipo como la manera más efectiva de desempeñar su papel, en asocio con los investigadores, los peritos, pero también con los otros intervinientes, sin faltar nunca a la verdad.

En el juicio oral, el fiscal sigue conservando su papel básico, consistente en representar a la sociedad, defender sus intereses y acusar. El fiscal busca hacer justicia y lleva la carga de la prueba. Por tanto, su ética gira en torno al cumplimiento de su esencia de acusador. Si el fiscal cumple con estas exigencias, está cumpliendo debidamente su papel. Sin embargo, con esta actitud el fiscal se encuentra tan sólo en la ética de mínimos.

El fiscal deberá contemplar también las exigencias de la ética de máximos. En su caso se trata, por ejemplo, de negociar y conciliar conflictos –si hay suficiente razón para ello–, de no ir a juicio si no dispone de pruebas suficientes, convincentes y reales y, por consiguiente, de resolver de manera inmediata el caso ante el juez. Por lo mismo, la ética del fiscal exige que sólo lleve a juicio los casos respaldados con pruebas sólidas.

Si se llega el momento de negociar, se requiere crear el espacio "éticamente libre", es decir, la eliminación de los presupuestos dados con los cuales las partes se presentan a la negociación. Se deben hacer explícitos los supuestos ideológicos, sociales, económicos y de cualquier otra índole que cada uno lleva a la negociación. Ésta se debe efectuar a la luz pública, y evitar los "arreglos privados", los "acuerdos por debajo de la mesa", los "acuerdos de caballeros", "las dobles agendas", etc.
Entre otros principios que el fiscal debe respetar en la ética de máximos, están:

- El uso apropiado de la información (no manipularla, no manejarla de modo que afecte la intimidad de la persona, etc.). Dar a conocer a los otros sujetos procesales, especialmente a la defensa, toda la información, incluso la que favorezca los intereses de ésta y los medios de prueba que vaya a hacer valer en juicio.

- El principio de neutralidad sobre políticas públicas o de no apelar a ellas para llamar al prejuicio del juzgador.

- No dar opiniones personales o ponerse como ejemplo, ya que su representación es en nombre del Estado y no personal.

- No hacer comentarios negativos sobre los derechos del acusado de permanecer en silencio, el derecho de no probar la no responsabilidad, de tener un abogado o descalificar a éste, para llamar al prejuicio del juzgador.

- Respeto absoluto por la administración de justicia y las decisiones de los jueces.

En la ética de máximos del fiscal, el éxito no se mide únicamente por el número de casos ganados (tal como se hace hoy), porque es necesario tener en cuenta otros elementos, por ejemplo, si se resarció a la víctima, si con la condena el acusado se resocializará y si, como resultado, la sociedad en su conjunto es más justa.

La fuerza del fiscal está en su capacidad de persuasión, y ésta depende no sólo de la demostración de la prueba sino, además, del comportamiento ético del fiscal, el cual exige disponer de una sólida ética personal. De es- ta manera, el fiscal contribuye a la ética de conjunto con los demás operadores de justicia.

La diligencia y la calidad de la labor del fiscal no se pueden medir sólo por los casos exitosos que resuelva (ésta es la ética de mínimos). Cuando el fiscal gane un caso, debe ser humilde, no caer en la vanidad, y recordar que el éxito material es contingente. La ética de máximos para el fiscal exige que el éxito sea de índole espiritual, es decir, que existan otras consideraciones superiores; por ejemplo, si el Estado salió fortalecido, si hubó aplicación de justicia, si el acusado cambiará positivamente sus actitudes, si se resarció a la víctima, si la sociedad respeta más su sistema de justicia, en síntesis, si la calidad y el servicio público de la justicia ahora son superiores. La actuación del fiscal deberá estar, en todo momento, inscrita en el marco de la "ética de lo público".

El fiscal debe actuar en forma ética en el debate, en los interrogatorios y contrainterrogatorios, porque es allí cuando se construyen los planteamientos y las razones. Debe dominar la argumentación con ética, sin distorsionar la prueba, porque ésta es la base de la confrontación de los argumentos orales que deben estar dirigidos por la transparencia que exige la "ética de lo público".

Son tales las exigencias éticas para el fiscal que, realmente, esta tarea debe ser para personas que conviertan la Fiscalía en su "proyecto de vida".

2.3.3 El defensor ético

El defensor tiene ante sí grandes retos de comportamiento ético en el sistema de justicia penal de Colombia, basado en la publicidad y oralidad. El comportamiento ético del defensor se caracteriza por los siguientes aspectos:

- *Compromiso ético.* Se requiere un defensor más ético, comprometido con la causa de su cliente y participativo en el juicio, que haga real el equilibrio que demanda el proceso de justicia.

- *Ética en el proceso.* Entre los comportamien-

tos éticos de mayor exigencia están el recaudo, manejo y conducción de las pruebas.

- *Ética con el testigo.* La fase del juicio requiere que el defensor prepare al testigo en el sentido de que éste conozca la dimensión de su compromiso y el desarrollo detallado del proceso. Debe ilustrar y orientar al testigo, pero no puede inclinarlo a su favor en ninguna circunstancia.

- *Comportamiento ético.* Entre las manifestaciones éticas más destacadas están el respeto por las partes, el compromiso con su defensa técnica y la definición de la mejor estrategia de defensa, ser mejor profesional y estar más preparado.

- *Compromiso parcializado.* El defensor debe analizar objetivamente el caso y darle un enfoque imparcial a su cliente, pero ha de actuar parcializado con los intereses de su representado y defenderlo utilizan- do todos los mecanismos que la ley le brinda, pues su ética le impone defender con igual compromiso a to- dos, incluidos las "presuntos" responsables

- *Ética en la actuación procesal.* El defensor debe- rá ser protagonista, plantear dudas razonables al fiscal y a su teoría del caso, así como intervenir activamente en la búsqueda, práctica y controversia de las pruebas.

- *Comportamiento ético.* El defensor debe poner en práctica en todo momento los valores y principios del proceso penal, en especial de la lealtad y la buena fe.

- *Honestidad profesional.* El defensor debe atender sus obligaciones conforme a los intereses de su cliente, evitando defraudarlo y engañarlo en aras de obtener un provecho económico indebido.

El defensor debe estar preparado para recibir el éxito como algo superficial. El éxito debe sustentarse en los valores que hayan salido fortalecidos del juicio oral (es la ética de máximos para el caso del defensor).

El defensor está preparado para el momento de negociar, con la presentación explícita de los supuestos ideológicos, sociales, económicos y de cualquier otra índole que cada uno lleva a la negociación, la cual se efectúa en público, con el fin de evitar los "arreglos privados y amañados", etc.

El defensor no debe entender la responsabilidad de la carga de la prueba por parte de Fiscalía como inactividad, ya que siempre debe evidenciar los vacíos en la teoría del caso y la prueba que la demuestra. Su no actuación debe ser un acto estratégico y no pasividad.

Al igual que el fiscal, el defensor debe ser un experto en el debate ético de la prueba, porque ésta es la base de la confrontación de los argumentos orales; es en este debate cuando se construyen los planteamientos y las razones para el argumento dirigido por la transparencia que le exige al defensor público la "ética de lo público".

2.3.4 El procurador judicial ético

El comportamiento ético del procurador judicial en el proceso penal oral estará caracterizado por los siguientes elementos:

- *Compromiso ético.* El procurador judicial debe ser un digno representante de la sociedad en

el proceso judicial. Si cumple con esta misión, estará en las márgenes de la ética de mínimos.

- *Responsabilidad ética.* El procurador judicial responde por el cumplimiento de las garantías fundamentales, el respeto de los derechos humanos, el aseguramiento del debido proceso constitucional y la veeduría de la legalidad del proceso; deberá igualmente comportarse con mayor autonomía y ser más vigilante, según su función. Si cumple con estos compromisos, estará en las márgenes de la ética de máximos.

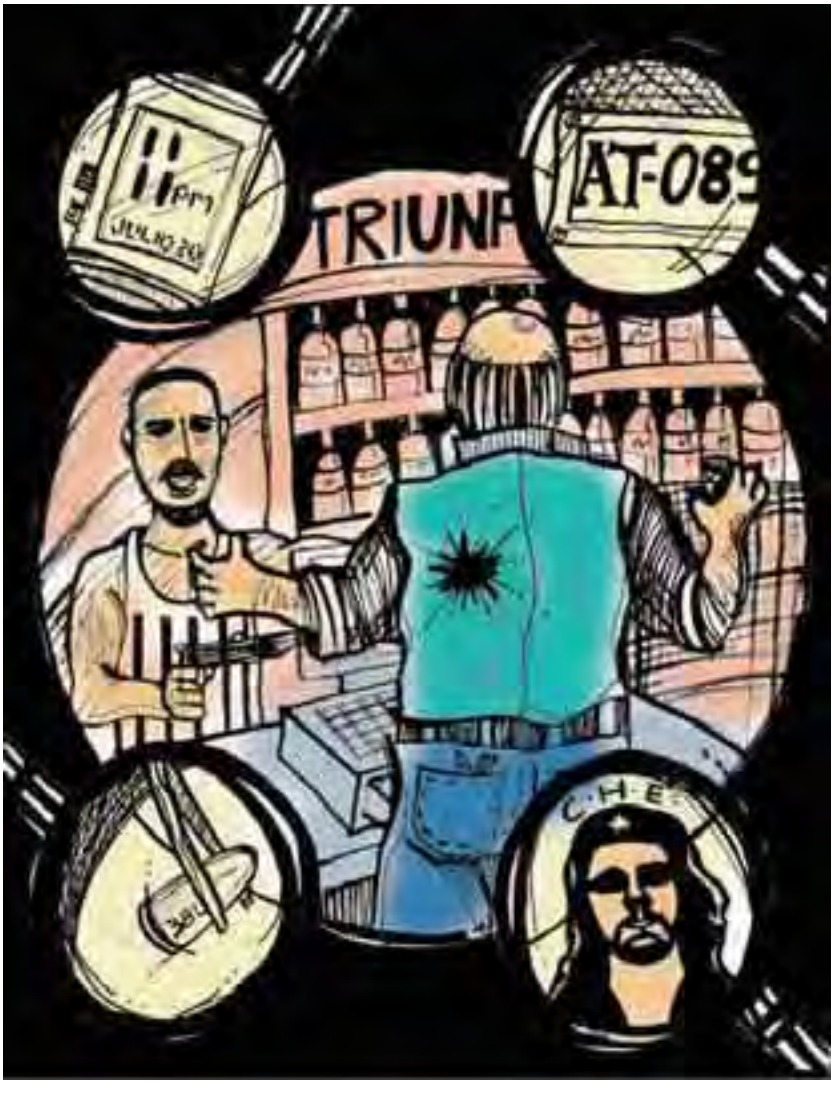
- *Comportamiento ético.* El procurador judicial debe vigilar para que se practiquen los valores y principios, en especial la lealtad, la buena fe y la búsqueda de la verdad. Algunas de las actitudes características del procurador judicial serán la imparcialidad, el manejo de criterios propios, mayor conciencia de su nuevo papel y estar más vigilante.

.

El procurador judicial debe contar con una sólida ética personal, para que contribuya a la ética de conjunto de los operadores de justicia. El procurador judicial debe cumplir con su misión, de acuerdo con la normatividad (ética de mínimos). Sin embargo, el procurador judicial estará cumpliendo con la ética de máximos si logra que, además del cumplimiento de la normatividad, los operadores de justicia sean servidores públicos de alta calidad humana y que la misma sociedad acepte la invitación a la convivencia, al respeto por la dignidad de la persona humana y el respeto por la vida. La ética de máximos del procurador judicial consiste en el reconocimiento de la justicia y el humanismo (ideal) como dos aspectos del mismo fenómeno. El procurador judicial debe preocuparse porque se resarza a la víctima, incluso desde la misma audiencia, como un interviniente importante.

Apéndice

Casos para simulaciones



CASOS PARA SIMULACIONES

1. CARLOS PATIÑO

Elementos conocidos

1. Asunto: homicidio agravado.
2 Occiso: *Andrés Castro*.
3. Procesado: *Carlos Patiño*.
4. Fecha: 20 de julio del año pasado.
5. Lugar: dentro del supermercado El Triunfo.
6. Hora: entre 11:00 y 11:30 p.m., cuando cerraban el establecimiento.
7. Móvil: posible hurto.
8. Causa de muerte: herida producida con disparo de arma de fuego, proyectil recuperado revólver 38 largo.
9. Autor huye en moto de color rojo, placa termina- da en 8 según testigo vecino.
10. Procesado tiene una moto de color rojo cuyas placas son AT-089.
11. Según relato de la esposa del occiso, hubo forcejeo y es cuando suena el disparo.
12. Descripción física del posible autor: joven de contextura fuerte, corte cabello estilo militar, aproximadamente 25 años, estatura 1,80 m, tez: morena.
13. Rasgos del imputado: joven de 28 años de edad, estatura 1,84 m, contextura fuerte, usa bigote, tatuaje del Che Guevara en el brazo izquierdo a la altura del hombro (de aproximadamente 10 cm), cabello corto de color negro, tez trigueña. Alias el Cholo.
14. Imputado tiene antecedentes por consumo de estupefacientes.

Medios de investigación de cargo

1. Informe de captura.
2. Entrevista con la esposa del occiso, quien lo acompañaba.
3. Entrevista con testigo residenciado frente al lugar de los hechos.
4. Entrevista con una vecina del acusado que oye una conversación.

Medios de investigación de descargo

a) Entrevista con el imputado.
b) Novia del procesado estaba con éste al momento del hecho.
c) Estaban jugando cartas, con amigos, dos declaraciones en este sentido -uno dormido, otro dice que salió antes de la hora de los hechos–; el trago se terminó y por ello se retiró hacia las 11:00 p.m.
d) Experticio balístico que descarta distancia disparo según pruebas de cargo –no presenta tatuaje–.

Entrevista con Carlos Patiño

- Adulto joven
- Edad 28 años
- Estatura 1,84 m
- Tez trigueña
- Cabello corto negro
- Ojos medianos
- Boca mediana
- Mentón redondo
- Orejas medianas lóbulo adherido
- Señales particulares: usa bigote y tiene dibujado un tatuaje del Che Guevara, de 10 cm, a la altura

del hombro izquierdo.
- Es basquetbolista.
- Reside solo en su apartamento, ubicado en la autopista Norte con calle 100.

Sobre los hechos relata lo siguiente:

El día de los hechos había invitado a unos amigos y a mi novia a jugar cartas, llegaron como a las 8 p.m. *Alfonso Daza y Luis Neira.* Mi novia se llama *Janira Salazar*. Con anterioridad compré aguardiente para no tener que salir del apartamento. De hecho, nunca salí del apartamento, incluso esa noche mi novia se quedó a dormir conmigo. Esa noche tomé como diez tragos de aguardiente. No tengo armas de fuego y no tuve nada que ver con la muerte del señor *Andrés Castro*. Soy un buen deportista, juego basquetbol y los fines de semana practico motocross en una moto de mi propiedad, de color rojo, de placas AT-089".

Entrevista con Alfonso Daza

Realizada el día 20 de agosto del año anterior.

"Tengo 27 años y soy de profesión taxista. Estudié bachillerato en el colegio Nueva Granada y fui compañero de *Carlos Patiño.* Desde entonces creamos un equipo de basquetbol, somos como hermanos. El día 20 de julio del año anterior estuve trabajando en mi taxi. Siendo aproximadamente las cuatro de la tarde *Carlos* me llamó por radioteléfono y me invitó a jugar cartas. Esa noche yo llegué a su apartamento como a las 7:30 p.m., tomamos aguardiente hasta que se terminó y yo me quedé dormido como a las 11:00 p.m. Allí estábamos con la novia de *Carlos,* que se llama *Janira Salazar,* y con un amigo nuestro de nombre *Luis Neira.* No entiendo por qué se le investiga por ese muerto, si *Carlos* siempre estuvo con nosotros y además sería incapaz de matar a alguien. Recuerdo incluso que ese día *Carlos* estaba vestido con el uniforme del equipo y en pantaloneta.

Entrevista con Luis Neira

Realizada el día 20 de agosto del año anterior.

Tengo 28 años, de profesión comerciante y estudié en el colegio Nueva Granada, donde fui compañero de *Carlos Patiño*. Somos buenos amigos. Él tiene un equipo de basquetbol que, entiendo, es patrocinado por la Comercializadora Bavaria, que es de propiedad del señor *Milton Salazar*, el papá de *Janira Salazar*, la novia de *Carlos*. Es un buen joven y de buenas costumbres. El día de los hechos, *Carlos* me llamó al celular y me invitó a jugar cartas. Yo llegué a su apartamento y allí se encontraban su novia y *Alfonso Daza*. Estuvimos jugando y tomando aguardiente hasta cuando se terminó. Nos tomamos como dos botellas. Iban a ser las 11 p.m. cuando decidí irme para mi casa. *Carlos* me ofreció llevarme en su moto, pero yo vi que estaba tomado y solicité un taxi. Ellos se quedaron ahí jugando. Me extraña que se esté involucrando a *Carlos* en ese homicidio, pues él siempre estuvo con nosotros y además es incapaz de cometer algo así, incluso él hace presentaciones con el equipo para recoger fondos para orfanatos. Es un buen hombre".

Entrevista con Janira Salazar

Realizada el día 20 de agosto del año anterior.

Tengo 23 años y soy estudiante de comercio exterior en la Universidad Santo Tomás. Mi papá se llama *Milton Salazar* y es dueño de la Comercializadora Bavaria. Conozco a *Carlos Patiño* desde hace cinco años y tengo una relación de noviazgo con él desde hace dos años. Es mi prometido y es me voy a casar con él. Estoy embarazada pero él aún no lo sabe. Yo vivo en casa de mis pa-

dres, pero de vez en cuando me quedo en el apartamen- to de *Carlos*. En relación con el día de los hechos, estu- ve compartiendo con él y unos amigos, jugando cartas y tomando aguardiente; estaban allí *Alfonso Daza* y *Luis Neira*. El licor se terminó y *Luis Neira* dijo que se marchaba siendo como las once de la noche. Luego *Alfonso Daza* se quedó dormido sobre un sofá y allí amaneció. Mi novio nunca salió del apartamento, incluso esa tarde había estado jugando basquetbol y tenía pues- to el uniforme. Hubo un momento en que se puso terco, porque quería llevar a *Luis* a su residencia en la moto, pero yo no se lo permití. Luego nos acostamos a dormir. Conozco a la señora *Rebeca López*, es vecina de *Carlos* y con ella hemos tenido problemas, acostumbra a lla- mar a la policía, incluso por colocar música".

Informe de policía judicial

Bogotá, D.C., 30 de julio del año pasado

Informe de investigación preliminar Nº 282

ASUNTO: Investigación homicidio Andrés Castro

Al jefe Unidad Delitos contra la Vida

Referencia: Cuaderno Nº 282. *Hechos*

"Ocurridos el día 20 de julio, siendo las 23:30 horas aproximadamente, dentro del supermercado El Triunfo, ubicado en la calle 172 con carrera 50, lugar en el cual fue herido con arma de fuego un señor de nombre *Andrés Castro*. Éste se disponía a cerrar su negocio, momento en el que ingresó un joven para hurtarse algunas mercancías y el dinero que estaba dentro de la caja registradora. Como el mencionado señor opuso resistencia, fue objeto de lesiones producidas mediante un disparo que finalmente le causó la muerte. Una vez producida la agresión, el joven forzó la registradora y sustrajo la suma de seiscientos cincuenta mil pesos, adicionalmente saco una botella de aguardiente Néctar.

El señor Castro fue llevado de urgencia al Hospital Universitario Simón Bolívar, donde falleció en el curso de una intervención quirúrgica que se le practicó para tratar de salvarle la vida.

Diligencias

"Al serme reportado el hecho, me dirigí al supermercado El Triunfo, donde fui atendido por la señora *Gloria Dávila*, quien manifestó ser la esposa del señor *Castro*. Indicó que estaban a punto de cerrar el negocio, es más, que su esposo estaba bajando una reja cuando fue entrado de un empujón por un joven de aproximadamente 25 años, quien con revólver en mano le dijo a su marido que le entregara todo el dinero. Como su esposo trató de calmarlo, éste le disparó en una sola oportunidad y posteriormente con la cacha del arma golpeó la caja hasta abrirla, sacando la suma de seiscientos cincuenta mil pesos que había allí.

Señala la declarante que le causó curiosidad que antes de salir del negocio cogió una botella de aguardiente de marca Néctar. Es la única que ellos venden allí.

En desarrollo de la actividad, esa misma noche me entrevisté con gente del barrio para saber si alguien había visto algo y allí conversé con un señor de nombre *Carlos Muñoz*, quien tiene una panadería en la esquina de la calle de los hechos, a quien se le hizo curioso que un joven hubiese dejado prendida una moto y lo vio dirigirse al negocio del

señor *Castro*, del que lo vio salir cinco minutos después, subiéndose nuevamente a la misma y tomando dirección ha- cia el sur de la ciudad. Señala que la moto era como de co- lor rojo y grande, de las que desarrollan buena velocidad, su placa terminaba en 8, pero sin señalar sus características. En cuanto al joven era de tez morena, cabello estilo militar, como de 1,80 de estatura, vestía jean y una camiseta de basquetbolista y con tenis como rotos.

Tres días después y mediante una llamada realizada a la línea 900, una señora manifestó que vive en la autopis- ta del Norte con 100, donde señaló que en un apartamento de abajo continuamente se escuchan peleas entre una pareja. El muchacho es muy violento y se asustó porque agredió a la novia, de nombre *Janira Salazar*. Además le impactó que le escuchó hablar de un muerto, pero que él no quería matar, sólo que se asustó.

Al llegar al sitio de los hechos me entrevisté con una mujer de unos 50 años, que se llama *Rebeca López*, quien al principio se notó asustada y pidió que por favor los vecinos de abajo no se dieran cuenta de que ella llamó, porque el novio de *Janira* es muy violento y anda con los ojos rojos y todo acelerado, como cuando la gen- te se la pasa consumiendo droga. Señaló que la noche anterior era tal la gritería y los golpes, que ella bajó pa- ra pedirles que dejaran dormir, pero cuando se acercó a la puerta a golpear, escuchó una voz de hombre hablar de un señor que se le había envalentonado, pero que él no lo quería matar.

Ante esta situación, decidí entrevistarme con los residentes en el mencionado apartamento, que es el número 101. Allí me recibió una muchacha joven de 22 años, que responde al nombre de *Janira Salazar*, quien se extrañó por mi presencia e inmediatamente trató a la vecina del piso de arriba como una "vieja chismosa", que no los deja vivir en paz. Dijo que vive con su novio. Manifestó que el 20 de julio estuvieron toda la noche jugando cartas con unos amigos, con quienes comieron y tomaron unos traguitos. Dice sobre su novio que él tiene un equipo de basquetbol y su pasión son las motos. En cuanto al consumo de estupefacientes, lo niega. Dijo que lo único que consumen de vez en cuando es el "guarito". Manifiesta además que su novio se llama *Carlos Patiño*, quien se identifica con C.C. 15.410.140 de Medellín.

Debo destacar que en el sitio encontré mucho desorden y varias botellas de aguardiente vacías, y al ser interrogada la mencionada *Janira* por las mismas, manifestó que esas se las tomaron la noche del 20 de julio.

Al revisar estos datos en la central de información, a *Carlos Patiño* le aparece una condena por porte de estupefacientes y tiene además otro proceso por hurto, pero finalmente no fue condenado.

Igualmente me entrevisté horas después con el mencionado señor Patiño, quien es de 1,80 de estatura aproximadamente, de unos 28 años de edad, vestía camiseta de basquetbol, y tenía un tatuaje en uno de sus brazos de una figura del Che Guevara. Directamente le indagué sobre lo referente a lo manifestado sobre un muerto, poniéndose muy nervioso. Al principio no me decía nada, pero finalmente lo negó y señaló que esas son mentiras de la vecina de arriba que es una loca, y que por eso el marido la dejó.

Señala ser propietario de una moto marca Honda de 750 c.c., de placas AT-089 y de color rojo.

En cuanto a la noche de los hechos, manifestó que es-

tuvo con su novia y unos amigos jugando cartas, no salió de allí para nada y que de eso pueden dar fe, *Alfonso Daza* y *Luis Neira*, quienes estuvieron jugando con él toda la noche.

Posteriormente me entrevisté con la viuda, a quien le presenté una foto del señor Patiño, auxiliándome de una solicitada a la Registraduría, la cual al mirarla manifestó que coincide con las características de quien ma- tó a su marido.

En estas condiciones solicito que se valore la posibilidad de librar orden de captura en contra del mencionado *Patiño*.

En los anteriores términos, dejo rendido el presente informe con destino al fiscal 23 de vida".

Guillermo Fonseca, investigador

Entrevista con la señora Rebeca López

En Bogotá, a los 30 días del mes de agosto, el fiscal 23 de la Unidad de Vida entrevistó a la señora *Rebeca Ló- pez*. Sobre sus datos de identificación manifestó llamar- se *Rebeca López*, natural de Bogotá, de 52 años de edad, de oficio ama de casa y actualmente separada de *José Fonseca*. Al ser preguntada sobre los hechos materia de la investigación, señaló:

"En una mañana de julio, más exactamente el 24 de julio y desesperada porque toda la noche había escuchado peleas entre *Carlos Patiño* y su novia *Janira*, me levanté hacia las seis de la mañana para pedirles que se callaran. Yo vivo exactamente en el piso de arriba de ellos, en el apartamento 201. Al bajar y cuando fui a timbrar, escuché una voz de hombre que creo debió ser la de *Carlos*, que decía: Tuve problemas con ese tipo, pero no quería que se muriera. Cuando escuché eso, yo ni toqué y me subí corriendo y decidí informar a la policía.

En cuanto a la relación que existe entre *Carlos y Janira*, él es un hombre posesivo y cuando toma o fuma marihuana se vuelve violento y le pega a ella. Yo la verdad estoy desesperada con ese señor porque además yo creo que anda en malos pasos. Para mí el hace algo más que lo del equipo de básquet, y eso lo ve uno con los amigos que trae que todos son del mismo estilo".

Entrevista con Carlos Muñoz

A los 26 días del mes de agosto, en Bogotá, el fiscal 23 de la Unidad de Vida entrevistó al señor *Carlos Muñoz*. Sobre sus datos de identificación señaló que se llama como ya quedó anotado, natural de Anolaima (Cundinamarca), de profesión panadero. Sobre los hechos manifestó:

"Vivo en la calle 172 Nº 50-01, y ahí mismo tengo una panadería, El Bizcocho Calentano, que además es un negocito que me permite por las tardes vender cervecita y empanadas. La noche del 20 de julio me encontraba dentro del mismo ya casi para cerrar, generalmente yo cierro hacia las 10 de la noche, pero como ese día era fiesta, lo mantuve un poco más abierto. Siendo las once de la noche, llegó un muchacho joven en una moto y se bajó de ella, dejándola prendida al frente de mi negocio pero pasando la calle. A mí me pareció curioso que dejara la moto prendida, y pensé que iba a entrar a la casa de en frente a sacar algo. Al principio no me pareció extraño, porque allí doña *Rosa* se ayuda alquilando cuar-

tos y pensé que podía haber alquilado alguno, pero el muchacho siguió derecho y entró a la tienda de don *Andrés*. Pensé que debía comprar algo rápido y por eso había dejado la moto prendida. A los tres minutos escuché un disparo allá y me asomé por la ventana del negocio y vi que el muchacho, con una botella en la mano, venía corriendo, se subió a la moto y se fue hacia el sur.

En cuanto a sus características, me causó curiosidad que tenía camiseta de basquetbolista y a esa hora hace mucho frío para andar uno sin saco. Tenía el pelo corto. No sé nada más".

Entrevista con Gloria Dávila

Sobre los hechos manifestó:

"Con mi esposo tenemos una pequeña tienda de barrio, El Triunfo, en la que vendemos verduras, artículos de aseo, alimentos básicos y algo de trago. Eran más o me- nos las once de la noche y ya íbamos a cerrar, cuando apareció un muchacho en el momento en que Andrés es- taba bajando la reja y lo lanzó hacia adentro. Estaba bas- tante agresivo y nos dijo que si no queríamos morirnos teníamos que darle toda la plata. Andrés le dijo que se tranquilizara, que no nos hiciera nada. En un momento en que afuera ladró un perro el muchacho miró hacia la calle y mi marido trató de quitarle el arma, y forcejearon hasta que finalmente yo escuché el disparo, y él cayó. Ese señor inmediatamente se mandó a la caja registradora y la golpeó con la cacha del arma hasta que la abrió, sacó toda la plata y como sobre la salida hay un estante de aguardiente, cogió una botella y se fue.

Yo desesperada traté de auxiliar a *Andrés* y como no pude levantarlo llamé a una vecina quien me ayudó a llevarlo al hospital.

Días después vino la policía y me mostró una foto, y era parecido a quien mató a mi marido; yo lo único que quiero es que se haga justicia.

Fue acusado por la Fiscalía por homicidio agravado y hurto calificado y agravado.

2. MARÍA VIVES

José Felino fue transportado al Hospital La Misericordia de Bogotá para recibir tratamiento de emergencia. Él tuvo un accidente automovilístico y sufrió una herida en la cabeza.

José Felino fue transportado en ambulancia al hospital y durante el viaje en la ambulancia y mientras se encontraba en el área de la sala de emergencia perdió el conocimiento varias veces. Después de ser estabilizado por el equipo médico de emergencia, fue transferido a la sección de cuidados intensivos, lugar donde permaneció en coma por 48 horas.

José Felino tenía con él en la ambulancia su teléfono celular y su portafolios. Al ser transportado al área de emergencia del hospital en la ambulancia, parecía murmurar algo a la enfermera de turno, Barbita Rincón, algo de cuidarle su teléfono celular y su portafolios. La enfermera no respondió a su solicitud.

La ayudante que completó su admisión en el hospital, María Vives, pensó que escuchó esta petición pero ahora no está segura. Ella ha admitido que cuando los costeños le hablan ella no entiende por completo lo hablado.

María está segura de que durante la noche en que José Felino fue admitido en el área de emergencia del hospital, después de anotar su nombre y domicilio, José le pidió que cuidara su portafolios y el teléfono celular. María recuer- da que José le dijo: "Guárdalo, querida, y yo te recompen- saré". María le contestó: "Bueno". Después de esto, José se desmayó y estuvo en coma las siguientes 48 horas.

No existe área en la sala de emergencia para guardar el portafolio ni otra propiedad personal de la víctima. Esa noche María decide llevar el portafolios y el teléfono celular a su carro, el cual se encontraba en el estacionamiento del hospital, y guardar allí los elementos temporalmente hasta que ella encontrara un lugar seguro.

Efectivamente, después de completar la documentación para admitir a José Felino en el hospital, María se retira de su lugar de trabajo y acude a su carro. En el estacionamiento un guardia de seguridad del hospital, Pedro Vásquez, la observa poner el teléfono y el portafolios en el baúl de su carro. Pedro la detiene y le pregunta: "¿Por qué te has alejado de tu puesto y qué guardaste en el baúl de tu carro?". María, con temor de perder su traba- jo, le explicó que ella guardaba por un tiempo cosas que le pertenecían a un amigo. El guardia le dijo que ella estaba violando las directrices del hospital. María le dijo: "Me lo pidió José, mi amigo, que yo personalmente cuidara de su propiedad y eso es lo que yo hacía, no me importa si es violación a las directrices del hospital".

En ese momento Pedro llamó al CTI de la Fiscalía. El investigador Guillermo Malaespina, se encargó del caso. Él encontró un testigo, Clarita Estrella, una enfermera que estaba en el estacionamiento y se disponía a irse para su casa después de haber completado un turno de catorce horas. Clarita estaba muy cansada, pero ella dijo haber observado a María abrazando un portafolios y mirando a su alrededor como si temiera ser observada. Ella dijo que pensó que María le pareció sospechosa.

El investigador Malaespina también entrevistó a Barbita Rincón y ella le dijo no recordar comentarios lúcidos de José al ella estar con él en la ambulancia y en emergencias. El investigador examinó las formas de admisión de José Felino y determinó que María no apuntó en la forma que José tuviera teléfono celular y portafolios, cuando se le hizo llegar al área de emergencia del hospital.

José no estaba accesible para ser entrevistado por el agente durante la investigación, porque se encontraba en coma. Cuando el investigador Malaespina abrió el portafolio que se encontraba en el baúl del carro de María, éste contenía $50.000 en efectivo y joyas robadas de la joyería El Oro Fino.

Una vez recuperado de sus heridas, José Felino originalmente le dice al investigador Malaespina no recordar la conversación sobre protección de su propiedad. Más tarde, durante la entrevista, cambió su dicho. Es más, ahora dice no haber dado a nadie permiso para tocar su

portafolios y su teléfono celular. Él afirma haber dicho a todos de su deseo de tener su portafolios y teléfono celular con él en el hospital. También dice no saber nada del dinero y joyas encontradas en el portafolio. Él reclama que alguna persona debe haber guardado el dinero y las joyas en el portafolio al encontrarse inconsciente.

Estos hechos son los únicos que constan en las diligencias de investigación.

La Fiscalía acusó a María Vives por hurto calificado y agravado.

3. JOSÉ WILLIAMS

La Fiscalía ha acusado a José Williams por lesiones con vehículo automotor y abandono de la escena del acciden- te. El incidente que da origen al cargo tuvo lugar a la 1:00 p.m. del lunes 1º de mayo del año 2001. Día de fiesta.

Una manifestación a lo ancho de la ciudad de Bogotá, durante la cual se hicieron discursos, se exhibieron pancartas y se distribuyeron volantes, había comenzado al mediodía ante las instalaciones de la Compañía Eléctri- ca de Bogotá, en el centro de la ciudad del mismo nom- bre: aproximadamente entre las 12:45 y la 1:00 p.m. la demostración desbordó el espacio asignado y algunos de los que protestaban estaban bloqueando el tráfico entre las calles 32 y 19 entre las carreras 7 y 10. Un carro amarillo golpeó a uno de los manifestantes y aumentó la velocidad. La policía estaba en la escena y salió a perseguirlo, pero el carro se perdió en el tráfico.

Hubo varios testigos y todos ellos estuvieron de acuerdo en que el incidente ocurrió al frente del Museo Nacional de la carrera 10 con calle 29; el carro que causó el gol- pe y huyó era un sedán, último modelo, de color amarillo y el guardafango delantero del lado derecho golpeó al peatón. Uno de los testigos identificó las dos primeras letras de la placa como "AX", pero no vieron los otros tres o cuatro números de la placa. Dos testigos vieron más tarde el mismo carro amarillo alrededor de las 2:00 p.m. en la Universidad Nacional de Bogotá, cerca de la Facultad de Derecho.

El 7 de mayo del año 2001, la policía detuvo a José Williams e inmovilizó su Datsun sedán amarillo, año- 2001. El carro de Williams es del año 2001, placas AX- 7180 y recientemente había sufrido un daño en el guardafango derecho de la parte delantera.

Después de haber sido enterado de sus derechos, el acusado dio la siguiente declaración voluntaria a la policía:

"Mi nombre es José Williams. Resido en la calle 100 con autopista Norte de la ciudad de Bogotá. Soy empleado como profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Bogotá.

Mi carro fue estropeado el 4 de mayo cuando salía tar- de del parqueadero de la Facultad de Derecho. Estaba cansado y con urgencia de llegar a casa y le di a un pos- te cuando estaba dando reversa. El daño no fue muy grande y ni siquiera he pensado todavía en arreglarlo. Yo estaba solo en ese momento, pero sé que se lo mencioné a mi esposa aquella noche y a otras personas al día siguiente.

El 1º de mayo, año 2001, llegué a la Facultad de Derecho aproximadamente a las 9:00 a.m. a una reunión con el profesor Darío Espinosa, sobre asuntos curriculares. La reunión terminó a eso de las 11:00 a.m. y regresé a mi oficina en la misma universidad para preparar mi clase de contratos. Aunque el 1º de mayo era el Día del Trabajo, la Facultad de Derecho estaba laborando para recuperar clases por un cierre largo de la universidad.

A las 11:10 a.m. recibí una llamada de Miguel Calderón, de la Oficina de Defensoría Pública de la ciudad de Bogotá. Acordamos encontrarnos para tratar lo concerniente a una conferencia sobre reforma penal para su oficina. Nos reunimos en su oficina, situada en la carrera 10 con calle 55, a las 11:35 a.m. Yo manejé hasta allá en mi Datsun sedán amarillo, año 2001, y aparqué directamente en frente del edificio. También estuvo presente en la reunión Alicia Ramos de esa oficina.

A las 12:05 p.m. fui a almorzar con Miguel y Alicia al restaurante Chino, que queda en la carrera 7 con calle 63. Aproximadamente a las 12:45 p.m. terminamos el almuerzo y regresamos caminando a la Oficina de Defensoría Publica. Me despedí de ellos y cuando iba caminando hacia mi carro oí sirenas y vi un carro amarillo compacto pasar a gran velocidad junto a mí en la calle 63. El carro iba orientado en dirección de la universidad.

A la 1:15 p.m. estaba de vuelta en mi oficina para preparar mi clase de las 3:00, la cual cancelé a última hora porque no me sentía bien. Me dirigí a la Facultad de Clínica de Salud a ver a mi médico, el doctor Lester. Tuve que esperar hasta las 3:45 p.m. para verlo. Me dijo que debía tener una intoxicación por alimentos y que debía ir a casa y descansar el resto del día.

Llegué a casa alrededor de las 4:05 p.m. Los niños estaban con nuestra empleada del servicio. Mi esposa Ruth llegó a casa cerca de las 5:00 p.m. Yo no sé nada sobre este golpe y la huida. Lo que acabo de decir es absolutamente cierto y es todo lo que recuerdo de ese día".

Entrevista

Suponga que es el día anterior al juicio. Entreviste al señor Williams. Si usted representa al acusado, presuma que es la última reunión antes del juicio. Si representa a la Fiscalía, suponga que el señor Williams ha accedido a hablar con usted.

Examen del testigo

Suponga que el caso está en proceso. La Fiscalía ha presentado su caso y el recurso del acusado para un retiro de los cargos ha sido denegado. La defensa ha presentado el testimonio del señor Calderón, de la señora Alicia Ramos, de la señora Williams y del doctor Lester, todos corroborando lo afirmado por el acusado. El último declarante de la defensa es el acusado, José Williams.

- Por la defensa, lleve a cabo un interrogatorio directo al señor Williams.

- Por la Fiscalía, lleve a cabo un interrogatorio cruzado al señor Williams.
- Por la defensa, lleve a cabo el contrainterrogatorio que se necesite.

4. FELIPE DURÁN

El 10 de noviembre del año anterior, Diana Dolores se encontraba sentada en un bar llamado Cuéllar tomando cerveza con Pablo Orozco. El día estaba nublado. Diana y Pablo se habían reunido en el salón desde las 2:00 p.m. Mientras hablaban y tomaban cerveza, ellos observaban un partido de fútbol americano en el televisor de pantalla gigante que tiene el bar.

Esta era la primera vez que la pareja se reunía después de cinco años. Ellos fueron novios durante el bachillerato, pe- ro terminaron cuando Diana se trasladó para Bogotá a estudiar en la universidad, ahí conoció a Felipe Durán y se casó con él. Hace dos semanas Diana y Felipe se separaron.

El salón Cuéllar es un bar donde se reúnen personas del vecindario y su ubicación es en el sótano de un centro comercial. La entrada está a ocho pasos abajo de la calle.

Aproximadamente a las 2:45 p.m., un hombre entró al bar y buscó con la mirada por la sala. Caminó apresuradamente hacia la mesa donde se encontraban Pablo y Diana. Al acercarse, Diana lo miró y gritó "No quiero verte". De inmediato, el hombre sacó una pistola, baleó a Diana –causándole la muerte en forma instantánea– y salió corriendo del bar.

Cuando el hombre corría por el salón, Jaime Castro, quien hacía entregas, acababa de entrar por la puerta cargando en el hombro varias cajas de cerveza. Castro escuchó el disparo, levantó la mirada y vio al hombre correr hacia él. El hombre empujó a Castro, retirándolo de la puerta, y salió corriendo. Castro lo persiguió al subir los escalones, pero el hombre desapareció.

Pablo le contó a la policía que el hombre se acercó a la mesa por su espalda. Él volteó cuando observó a Diana levantar la vista como si reconociera a alguien. Pablo escuchó a Diana decir "No quiero verte". Observó al hombre sacar una pistola del bolsillo izquierdo de su gabardina y balear a Diana. El hombre inmediatamente volteó y corrió por el salón.

Pablo describió al hombre –a quien no reconoció– de 1,70 metros de estatura, de aproximadamente 80 kilos, con bigote y pelo oscuro.

Jaime Castro describió al hombre de 1.75 metros, mechudo y de pelo crespo. Él también describió la gabardina como cruzada y de estilo London Fog, con el cinto casi cayéndose. Castro describe la pistola como de calibre pequeño, arma de mano de acero con cañón azul.

Los investigadores Baretta y Smith recibieron la declaración de Pablo Orozco y de Jaime Castro. Los agentes llamaron a un dibujante para hacer un retrato hablado del sospechoso, según la descripción dada por los testigos.

Felipe Durán, el marido del cual se estaba separando Diana, fue detenido en su casa a las 5:00 p.m. aproximadamente, en la misma fecha en que Diana fue baleada. En el allanamien- to realizado en la misma no se encontró ningún arma ni se halló una gabardina como la descrita por los testigos.

Felipe Durán mide 1,78 metros de estatura y pesa 87 kilos. Él tiene pelo negro crespo y bigote muy tupido. Durán es ambidiestro.

La noche antes de ser baleada, Diana presentó una denuncia contra Felipe Durán por amenazas de muerte.

Al estar Pablo Orozco y Jaime Castro hablando con el dibujante en su oficina, el agente Baretta entró con Felipe Durán esposado y dijo "Lo tenemos". Orozco mira a Castro y dice "Es él". Castro dice "¡Sí que lo es!". A Feli- pe Durán se le acusó de homicidio.

5. MANUEL ROSERO

El 6 de mayo del año 2002, Manuel Rosero, estudiante de posgrado de trabajo social de la Universidad de Nita, se encontraba en su casa estudiando para los exámenes finales. Rosero reside en el apartamento 2A de los apartamentos Ciudad Central, en la ciudad de Nita. Aproximadamente a las 11:00 p.m. escuchó un ruido procedente del apartamento 2C, ubicado del otro lado del patio. La denunciante, Doris Martínez era la arrendataria del apartamento 2C. Martínez ha denunciado a Rosero por injuria y calumnia, afirmando que Rosero la ha difamado al decirle al propietario, Bruno Hernández, que ella era una borracha y que maltrataba y golpeaba a su hijo menor de edad. Rosero se defiende diciendo que su afirmación es cierta y que fue hecha de buena fe y ante la persona apropiada, esto es, el propietario. El siguien- te es un resumen de la declaración de Rosero:

"Mi nombre es Manuel Rosero. Tengo 25 años y vivo en los apartamentos Ciudad Central, apartamento 2A, en la ciudad de Nita. Soy un estudiante de posgrado de segun- do año de la Escuela de Trabajo Social de la Universidad de Nita. En mayo, año 2002, estaba justamente completando mi primer año de estudio, conducente a un título de maestría en trabajo social. Conocí a la denunciante, Doris Martínez, cuando me mudé a Ciudad Central en septiembre, año 2001. Ella y su hijo, que cumplió cuatro años en junio, año 2001, vivían en el apartamento 2C. También conozco al novio de la señora Martínez, Billy París. Lo vi por primera vez en el otoño del año 2002. Al principio usábamos términos amigables, saludándonos mutuamente alrededor del complejo de apartamentos. Tuvimos algunos problemas un poco después porque cuando venía a visitar a la señora Martínez, él insistía en parquear su carro en el espacio que me habían asignado. Ellos dos también estaban hasta tarde bebiendo y poniendo el estéreo, lo que interfería en mis estudios. Yo me había quejado un par de veces y usualmente ellos bajaban un poquito el tono. Durante julio del año 2002, la situación se puso tan mal que tuve que quejarme ante el propietario, Bruno Hernández.

El 6 de mayo, año 2002, estaba en mi apartamento estudiando para mis exámenes finales. Alrededor de las 9:00 p.m. miré por la ventana y vi a París caminando por la calzada llevando una bolsa que parecía contener dos botellas de licor. Yo lo llamé por la ventana para que trataran de mantener un tono bajo esa noche porque estaba estudiando. Él no respondió. Cerca de las 11:00 p.m. el ruido del 2C empezó a distraerme. Podía oír a la señora Martínez y al señor París riendo y hablando, y también podía escuchar el estéreo. Miré al otro lado del patio de mi cocina, a la cocina del 2C, y pude verlos a los dos tomando y bailando.

En ese momento llamé a la señora Martínez y le pedí que le bajara al estéreo para que yo pudiera estudiar. Ella me respondió que me despreocupara, pero le bajó el volumen al estéreo. Aún podía escucharlos reír y hablar, pero si me concentraba, mi estudio no se veía afectado.

Cerca de las 12:30 a.m. decidí dormir un poco. Me acababa de dormir cuando fui despertado por el estéreo del 2C.

Fue entonces cuando también escuché el sonido de un golpe y a un niño llorando. Esto realmente me perturbó porque mi campo de trabajo para ese semestre era sobre un proyecto de abuso infantil para el Departamento de Servicios Sociales. El niño dejó de llorar en unos minutos y yo volví a dormir. Más o menos una hora después –recuerdo mirar mi reloj, que marcaba las 2:00 a.m.– fui despertado otra vez. Esta vez pude escuchar voces fuertes, luego el sonido de un golpe y al niño Martínez llorando y gritando. Esto continuó así por otra hora. Para ese momento me fui a la sala y dormí sobre el sofá.

A la mañana siguiente me levanté temprano porque tenía examen. Mientras estaba sentado en la cocina oyendo noticias, noté que la señora Martínez estaba sacando la basura. Las dos botellas de licor que vi entrar con Pa- rís estaban vacías. Yo presenté mi examen sobre política de bienestar social más tarde esa mañana. Resultó que obtuve mi nota más baja, porque estaba muy cansado.

Cuando regresé a casa fui a la oficina de Bruno Hernández y le dije todo lo que había pasado la noche anterior. Recuerdo haberle dicho: "Era suficientemente malo cuando hacía ruido y bebía todo el tiempo, pero ahora está maltratando a su niño. Usted tiene que hacer algo al respecto". Creo que Hernández había tenido suficien- te también porque le hicieron un lanzamiento a Martí- nez un mes más tarde.

El siguiente diagrama muestra la disposición de los apartamentos en Ciudad Central. Suponga que se está juzgando el caso, que el denunciante ha presentado su caso. La defensa llama al señor Rosero como su primer testigo.

- Por la Fiscalía, realice un interrogatorio directo al señor Rosero.

- Por la Fiscalía, lleve a cabo un contrainterrogatorio del señor Rosero.
- Por la defensa, realice cualquier contrainterrogatorio necesario.

6. ÓSCAR WILLIAM SÁNCHEZ

Elementos conocidos

1. Óscar William Sánchez es un hombre joven que vive a tres cuadras del lugar donde se produjo la muerte del señor Julián Rico.
2. Sánchez no tiene antecedentes penales. Él es evangélico.
3. Sánchez, la noche de los hechos, a la hora en que se produjo la muerte, estaba bajo los efectos del alcohol.
4. Cuando se embriaga se acuerda de lo que hace.
5. Sánchez llegó herido al Hospital Cami de Suba.
6. A Sánchez le dicen Tico Tico.
7. El incidente se presentó muy cerca del paradero de Buses Blancos de Corinto.

8. Pedro Jóse Donoso tiene un proceso independiente por lesiones personales.

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO
DE SEGURIDAD (DAS).
Informe de policía judicial
Bogotá, D.C, 7 de mayo del año 1999
Informe Nº 655 DAS.DSI.DPJ. UDCL VIP
ASUNTO. Investigación homicidio Julián Rico Soto
Al jefe Unidad Delitos contra la Vida
Destino Unidad Primera de Vida Fiscalía Tercera
Referencia. Proceso 354934
De acuerdo con lo ordenado por el Código de Procedimiento Penal, y dando cumplimiento a la misión de trabajo Nº 528 y en atención a oficio Nº 2580 del 13 de marzo de 1998, donde solicitan se entregue el informe sobre las labores de investigación realizadas.

Hechos
Ocurridos el día 7 de marzo de 1998, siendo las 24:00 horas aproximadamente en la carrera 117 Nº 104-02, inmueble en el cual fue herido con arma blanca el señor Julián Rico Soto, por sujetos que ingresaron a dicho inmueble, falleciendo posteriormente en el Hospital Cami de Suba a causa de las heridas sufridas.

Diligencias
"Una vez enterado del contenido de la misión, me dirigí al despacho del fiscal tercero de Vida, con el fin de enterarme de los pormenores de los hechos materia de investigación, citando posteriormente a las personas que de una u otra manera tuviesen conocimiento de lo sucedido, así:

María Esther Donoso Rodríguez es esposa del difunto Julián Rico Soto. Manifiesta que el día 7 de marzo, sien- do las doce de la noche, encontrándose dentro de su residencia escuchó que rompieron un vidrio, por lo que su hermano Pedro José bajó al garaje y se puso a discutir con quienes estaban en la calle.

Ella fue golpeada por uno de los muchachos que estaban afuera, por lo cual su esposo Julián Rico se abalanzó contra el agresor y éste le pegó una puñalada en el cuerpo. Ante esto en compañía de su hermano recogieron al esposo y lo llevaron al Hospital Cami para que lo atendieran. Estando allí llegó un muchacho herido, quien tiene rasgos similares a los del muchacho que hirió a su marido, heridas que finalmente le produjeron la muerte.

Entrevista con Pedro José Donoso Rodríguez. Manifiesta que en compañía de su hermana se fue a llevar a Julián Rico Soto al Hospital Cami para que lo atendieran. Encontrándose allí llegó un muchacho herido que tiene rasgos similares al que le produjo la muerte a su cuñado.

Luciano Pulgar señala en la entrevista que siendo las once y treinta de la noche, aproximadamente, de una noche cuya fecha no recuerda exactamente, pasaba al frente de la carrera 117 en compañía de Marco Fidel Suaréz y escuchó una gritería en la calle; vio peleando a varias personas, y vio que un señor que había salido de la casa resultó herido, pero como la noche era oscura y la luz no muy clara no pudo percibir claramente cómo era el agresor, sólo se atreve a decir que es una persona joven, nada más.

Marco Fidel Suaréz manifiesta que se encontraba con Luciano Pulgar siendo las once de la noche del día 8 de marzo, y al pasar por la calle 117 vio una pelea entre dos

grupos, viendo que al señor Rico Soto le pegaron una puñalada y viendo que Pedro José pelea con otro más alto y que vestía una chaqueta como de color azul.

Óscar Agudelo manifiesta no haber observado los hechos, solo sabe que la señora María Esther lo despertó pidiéndolo que le ayudara en su taxi a llevar al señor Julián Rico, quien había sido herido con un arma; en el taxi se subió al herido, la esposa de éste y un hermano de ella. En el momento en que puso en movimiento el vehículo, tres muchachos no querían dejar avanzar el mismo, por lo que tuvo que mandárselos para poder llevar a tiempo al herido.

José Gerardo Atehortúa es médico general. La noche del 7 de marzo de 1998 se encontraba de turno en el hospi- tal Cami de Suba. Manifiesta que siendo las doce de la noche aproximadamente, fue llamado por una enfermera a urgencias, para que atendiera a un muchacho de 1,80 de estatura aproximadamente, quien presentaba heridas producidas con arma cortante a nivel del abdomen. Recuerda que tenía aliento alcohólico y que cuando conversó con el muchacho, manifestó que se dirigía a su casa y que se presentó una pelea, siendo herido y quedando inconsciente.

En los anteriores términos dejo rendido el presente informe al señor jefe para el conocimiento y demás fines pertinentes".

DETECTIVE CARNÉ 4440
El suscrito jefe de la Unidad de Delitos contra la Vida certifica que el detective con carné 4440 del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) tiene funciones de policía judicial.

LUIS NEMESIO RUEDA
JEFE UNIDAD DE VIDA DE POLICÍA JUDICIAL.

DECLARACIÓN DE ADELA LOZANO

Declaró el 13 de marzo de 1998, a las diez y treinta de la mañana.

"Tengo quince años de edad, soy soltera, estudio décimo grado en el Instituto Técnico Comercial Nueva América de Costa Rica, resido en el barrio Corinto. Conozco a Óscar William porque es amigo de mi hermano Gedeón Lozano, lo llaman Tico Tico. El 7 de marzo organicé una fiesta de cumpleaños para mi hermano Gedeón en mi casa, y a las nueve y treinta fue llegando la gente. Juan Pablo García salió a esperar a alguien con Fredicson, Aureliano Buendía, Tico Tico, René y Roberto. Yo salí después al paradero a esperar a mis amigos y vi al hijo del finado Pablo que iba corriendo con otros que me empujaron, mientras que atrás estaban Tico Tico con René y Roberto y se "abrieron", cada uno corriendo por su lado. Me quedé detrás de un bus y como había luz vi a una cuadra que entre cinco cogieron a un muchacho y lo golpearon; uno de los agresores fue el finado, pero no sé si golpearon a René o a Tico Tico.

Ya estando en mi casa alguien avisó que habían herido a Tico Tico, pero cuando fuimos a buscarlo ya lo llevaban para el hospital. Roberto me contó que entre varios les habían pegado y habían apuñalado a Tico Tico y a René, a quien le observé un chuzón en la pierna. La fiesta continuó y volví a salir, viendo otra vez al hijo del finado Pablo con más muchachos que corrían, me empujaron y gritaban que no se dejaran coger. Carlos le dijo a mi hermano que el hijo del finado Pablo era quien

había herido a Tico Tico. A las dos de la mañana me enteré de que habían matado a un muchacho como a cuatro cuadras. No le vi a ninguno armas".

DECLARACIÓN DE FABIOLA ZULUAGA MARTÍNEZ
Recibida el 27 de marzo de 1998.

DATOS BIOGRÁFICOS

Nacida el 7 de junio de 1953 en Iza (Boyacá). Estado ci- vil viuda, de ocupación hogar y con estudios hasta pri- mero de bachillerato.

"Julián Rico Soto era mi yerno, casado con mi hija María Esther Donoso. Fui testigo de los hechos porque el 7 de marzo como a las doce de la noche yo y mi hijo Pedro José Donoso escuchamos un golpe en la puerta del garaje de la casa, por lo que nos asomamos por la ventana y vimos a unos muchachos ahí abajo. Mis hijos salieron a la calle a ver qué era lo que había pasado. De pronto escuchó que ellos gritaban que no les pegaran por lo que decidió salir a defenderlos, como también lo hizo su yerno, a quien le dio mucha rabia que le pegaran a su hija; él cogió un pa- lo para defenderla. Después escuchó los gritos de su hija pidiendo auxilio porque le habían dado a Julián. Esos tipos parecían locos, sólo querían pegar, dar puñaladas. Inicialmente los tipos eran tres, luego llegaron más, todos armados con cuchillos.

A Julián lo llevaron al Hospital Cami de Suba, aparentemente se veía que como a más de una cuadra se volvieron a agarrar los tipos no sé con quién, hacia el paradero de los buses del barrio, el paradero de los Buses Blancos.

Los tipos permanecieron cerca del frente de mi casa armados, porque la policía se demoró en llegar, estaban como borrachos o drogados. Estaban más que todo vestidos de negro, eran dos bajitos y otro más altico, ninguno era bien alto. Eran regulares de cuerpo, ni gordos ni flacos. Uno tenía chaqueta de bluejean, otro tenía el pelo como liso atrás y como crespo hacia delante. Ellos rompieron un vidrio pequeño de la puerta del garaje de la casa. Todos estaban armados de cuchillo.

Por mi hija me enteré al otro día de que hubo otro herido. En ese momento mi hijo, Pedro José Donoso, se puso para salir un pantalón y los zapatos, no más, él no se puso camisa ni nada. Mi yerno una pantaloneta y una camiseta, ellos salieron así no más, es que no pensamos que nos fueran a atacar. Además de los palos, ellos también utilizaron un pedazo de hierro que tienen para trancar la puerta; es un pedazo de hierro como de 25 centímetros.

Hace como doce años que residen en el sector de Corinto y por comentarios de los vecinos se enteró de que los agresores son gente del mismo barrio.

El paradero de los Buses Blancos queda como a tres o cuatro cuadras de mi residencia".

DECLACIÓN DE ROBERTO RUIZ CAICEDO
Recibida el 13 de marzo de 1998.

DATOS BIOGRÁFICOS

"Nací el 30 de octubre de 1973 en esta ciudad capital, el nombre de mis padres es María Caicedo Rojas y Luis Manuel Ruiz Ruiz.

Estudié hasta noveno grado, soy soltero y trabajo en pintura.

No conozco ni a Julián Rico Soto ni a Pedro José Donoso Rodríguez. Conozco a Óscar William Sánchez, lo conozco desde hace varios años porque estudiamos en el mismo colegio –Instituto Comercial Nueva América. Óscar William convive con mi prima Marcela Gallego. A Óscar William no le gustan los problemas y le dicen Tico, lo vio por última vez el 7 de marzo de 1998; él trabaja en el Éxito y esa noche nos vimos porque fuimos a una fiesta en casa de Gedeón Lozano. A la fiesta llegamos Óscar William Sánchez, René Higuita y yo.

Posteriormente decidimos ir a otra fiesta en Villa Hermosa, y cuando ya íbamos llegando al paradero de Corinto, nos salieron tres muchachos como a tratar de buscarnos problemas; nos trataron mal, con insultos y palabras soeces. Él les dijo que no quería problemas porque estaban un poco ebrios y no querían pelear con los del sector C del barrio. Ellos nos salieron con palos y como con varillas, entonces mi amigo Óscar William cogió una piedra y en ese momento ellos trataron de pegarnos; nosotros no teníamos armas y llegó un grupo más grande de amigos de ellos, eran como unos quince y venían armados con navajas y cuchillos. Uno tenía como una lámina, era una plaqueta como larga.

René dijo corramos y cada uno cogió para un lado. René me dijo 'Roberto, mataron a Óscar William'. Los muchachos los habían seguido a ellos, por lo que Óscar William había cogido una piedra y René lo vio como tirado, doblado, no podía caminar. René lo ayudo y también resultó herido en una pierna. Cuando Óscar William se desmayó, René lo cogió y lo llevó para el lado de mi casa y en el carro de un vecino, con mi hermano, llevaron a Óscar a un centro médico, el Hospital Cami.

Dentro del grupo de muchachos que los agredió venía uno sin camisa. Óscar William respondió los insultos, era como a írseles y cogió una piedra, por eso lo agredieron a él. El muchacho sin camisa se acercó a Óscar William y le tiró puñaladas. Los muchachos venían como de otro problema".

Reconoce como habitante del sector C del barrio Villa Hermosa al muchacho que no tenía camisa y a quien menciona como el autor de las heridas con arma cortopunzante. "El man tenía el cuchillo en la mano derecha".

Esa noche también resultó otra persona herida, no sabe quién lo hizo ni si iba con el grupo de muchachos. No lo había visto nunca.

DECLARACION DE RENÉ HIGUITA MEDELLÍN

Declaración tomada el 13 de marzo de 1998.

"Nací en 1976. Trabajo con mi padrastro haciendo muebles y estudié en el Colegio Instituto Técnico Comercial Nueva América de Costa Rica. Resido en el barrio Suba Salitre y mido 1,83 m. Conozco a Óscar William Sánchez hace años porque estudiamos juntos en el mismo colegio, somos amigos, casi hermanos. No conozco a Julián Rico Soto.

En la noche del 7 de marzo, Carlos, un muchacho al que hacía rato no veía, me dijo que estaba de cumpleaños y nos invitó con Óscar William, Jaime Ruiz y Roberto Ruiz a su fiesta. Llegamos y la fiesta no estaba animada, por lo que salimos hacia donde Mateo Córdoba; habíamos tomado algunos tragos y al pasar por el paradero de Buses Blancos de Corinto unos muchachos nos insultaron con palabras soeces, les reclamamos y salieron corriendo. No sé por qué la emprendieron contra nosotros, si nos iban a atracar o estaban "enmariguanados" o con alcohol.

Los muchachos volvieron armados con cuchillos y palos, eran como quince. Les dijimos que tranquilos que no nos molestaran, pero nos agredieron; nos defendimos con piedras, puños y patadas y nos "abrimos". De pronto vi a Roberto quieto y al otro lado a Óscar William, al que lo atacaban a mansalva, a cuchillo como si fuera un animal, le dieron varias puñaladas, el cuchillo era como de 20 cm. Yo dije 'Lo mataron' y al que lo agredía Hijueputa, va a matar al muchacho, y no dijo nada sino le lanzó otra puñalada a Óscar William y yo puse la pierna y me hirió. Otro tipo me pegó en la cabeza, no recuerdo cómo era (el funcionario dejó constancia de una herida en la pierna izquierda del declarante).

Él que lo atacó era de 1,60 o 1,65 de estatura, morenito, de cabello liso, estaba sin camiseta, con un jean claro, más bajito que Óscar William como 15 a 20 cm. Des- pués llegaron los amigos y lo llevaron al hospital. Me enteré al otro día de que a Óscar William lo acusaban de asesinato. No sé nada de un robo".

DECLARACIÓN DE GEDEÓN MARÍA LOZANO

18 de mayo de 1998

Nací el 7 de marzo de 1980 en Bogotá. Bachiller, estado civil soltero, trabajo en tapicería, vivo en la calle 119 con cra. 104, no conozco ni había oído mencionar a Julián Rico Soto; a Óscar William Sánchez sí lo conozco pues fui compañero de estudios de él, aunque él me llevaba como dos grados en el colegio, sé que le dicen Pico Pico o Tico Tico, no estoy seguro, pero otras personas le dicen el Mono. El día 7 de marzo del 98 organicé una fiesta para mi cumpleaños en mi casa. Llegaron varios amigos, entre ellos Roberto, René y Óscar William. Eso eran como las diez y media de la noche. Yo tuve que salir por unas cervezas, y me encontré con dos pelados que no sé los nombres pero los puedo reconocer, porque estuve jugando fútbol con ellos y me dijeron pilas, 'Pilas que acaban de matar al Juli' y se fueron.

Cuando yo volví a la casa, René, Óscar William y Roberto no estaban porque salieron a recoger unas muchachas que habían invitado a la fiesta. Al rato llegó mi hermana Adela y me dijo que habían chuzado a Óscar William y a René, salí hacia la tienda y vi a René, que chorreaba sangre; a Óscar William ya se lo habían llevado herido. Tanto René como Óscar William son muy pacíficos, no estaban armados y casi no toman licor, hay que rogarles; incluso ese día no me habían recibido a mí nada de trago. Ambos son evangélicos y tienen un grupo de oración, es el único grupo de jóvenes al que pertenecen. Óscar William estaba trabajando en el Éxito.

Yo no supe cómo lesionaron a René ni a Tico Tico, sólo me consta que dos pelados pasaron corriendo, agitados, asustados, eso eran como las diez y cuarenta minutos de la noche y me dijeron que habían matado a Juli. Cuando yo salí a buscar a mis amigos, la gente comentaba que había habido una pelea entre varios muchachos, dizque por una joven, pero no sé realmente. Yo, claro, al ver a René herido, le preguntó qué pasó y me dijo que los habían atacado hartos manes, y que los habían confundido con los que hirieron a un tal Juli".

DECLARACIÓN DE PEDRO JOSÉ DONOSO

Se trata de un joven de 1,61m de estatura, tez trigueña, cabello negro, cicatriz en la frente, con varios lunares en el rostro. Nacido el 3 de septiembre de 1977, estudiante de licenciatura electromecánica, quinto semestre.

"Eran como las once de la noche, estaba viendo televisión cuando escucho ruidos como cuando rompen un vidrio, en el garaje de mi casa; yo duermo encima en una habitación. Me asomo por la ventana, veo varios tipos, sus siluetas porque estaba oscuro y bajo; allí reconozco a uno de los tipos, son tres hermanos, todos muy parecidos, incluso siempre los he confundido, por eso le dije a la policía que se llamaba Jaime, pero después me entero de que no se llama así sino Roberto creo, es más, a ellos les dicen los Tico Tico.

Este sujeto se me lanza con cuchillo en mano, mi hermana y mi mamá se dieron cuenta de esto y también bajaron, entonces otro sujeto se lanzó contra mi hermana María Esther a lesionarla y mi cuñado Julián observó por la ventana y también bajó, y entonces este sujeto que no conocía ni había visto antes, se agarró con mi cuñado; como yo me encontraba defendiéndome de Roberto, entonces no pude ayudar a mi cuñado y de un momento a otro mi hermana dijo 'Mataron a Julián'; yo saqué corriendo al sujeto y los alcancé a herir con un cuchillo que me pasaron.

Yo auxilié a Luis y en el Hospital Cami, Jaime me dijo que si le pasaba algo a su hermano Óscar William que él me mataba; supe que así se llamaba el otro sujeto que estaba en el primer piso de mi casa, es decir, quien agredió a Julián.

Estaban varios sujetos con este Óscar William, pero todos salieron corriendo desde antes de yo lesionarlo. Todo esto sucedió en la calle frente a mi casa, y realmente pasaba mucha gente porque cerca había una fiesta".

INDAGATORIA DEL SINDICADO ÓSCAR WILLIAM SÁNCHEZ

CARATERÍSTICAS MORFOLÓGICAS

Adulto joven

Estatura: 1,82 m.

Tez trigueña clara

Cabello negro, crespo, corte alto

Ojos medianos

Boca mediana

Labios medianos

Mentón redondo

Orejas medianas

Lóbulo adherido

Señales: lunares en la cara, lado derecho y cerca del pómulo izquierdo y hacia la mandíbula.

RELATA

Que cuando salían de una fiesta y se dirigían a Suba Corinto, se encontraron con un grupo de personas quienes al cruzarse, no sabe si alguno de ellos les dijo algo, empezaron a insultarlos y agredirlos con palos y cuchillos, razón por la que se separó de sus amigos Roberto y René. Que hacia el sitio hacia el cual se dirigió, también lo hizo un joven quien iba a pegarle, por lo que recogió una piedra y en ese momento siente que alguien le voltea la cara y lo apuñala, que corre hacia la casa de Roberto y cae inconsciente. Comenta que había ingerido licor, cinco o seis cervezas, pero se acuerda de las cosas que pasaron.

Sobre las heridas causadas a Julián Rico Soto no sabe nada.

INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES

PROTOCOLO NECROPSIA Nº 013-99

NOMBRE: JULIÁN RICO SOTO

EDAD: 35 AÑOS

SEXO: MASCULINO

ACTA DE LEVANTAMIENTO Nº 012-CTI

FECHA DE MUERTE: 7 DE MARZO DE 1998

INFORMACIÓN PRELIMINAR

Se recibe por parte del CTI copia de la historia clínica Nº 6845 del hospital Cami de Suba a nombre de Julián Rico Soto en cinco folios que en sus partes pertinentes refiere motivo de consulta heridas recibidas con arma cortopunzantes; de cinco centímetros de longitud localizadas en el flanco derecho. Estado general paciente, anémico, en mal estado de nutrición, que al examen físico solamente presenta el abdomen globuloso, que a la palpación presenta crepitación. Impresión diagnóstica. 1. Peritonitis 2. Perforación asas intestinales 3. Anemia aguda. Concepto: pasa al área quirúrgica para laparotomía exploradora inmediata. Acto quirúrgico. El paciente ingresa a las doce y diez minutos al quirófano, donde se toman todas las medidas de asepsia y preparación para el acto quirúrgico; siendo las doce y quince entran el Dr. Pedro Pérez, cirujano; el Dr. Necio Ramírez, anestesiólogo, el Dr. Jiménez, Primer ayudante, y Gloria Ramírez, instrumentadora. Personal circulante necesario. A las doce y quince el cirujano inicia el acto quirúrgico con los siguientes signos vitales: pulso 90, tensión 10-4, latidos cardiacos débiles, respiración hiperneica. Inicia intervención mediante laparotomía umbílico pubiana, al entrar al abdomen encontró sangre en cantidad de litro y medio que fue extraída del abdomen y se incrementa el goteo de sangre y demás elementos estabilizadores, pero a las doce y veinte fallece el paciente, presentando paro cardiorrespiratorio por show hipovolémico debido a las lesiones cortopunzantes que afectaron el colon ascendente y las arterias mesentéricas, lo cual produjo el deceso.

EXAMEN EXTERNO

DESCRIPCIÓN DEL CADÁVER

El cadáver se encontraba en un mesón de losa en el anfiteatro del hospital. Se encuentra cadáver de sexo masculino, de edad aproximada 35 años, de constitución atlética, de pelo ensortijado negro, iris negro, piel morena, en la cara no se encontraron señales particulares, con excepción de una barba hirsuta de dos (2) días aproximadamente. En la boca dentadura completa. Lengua normal, sin lesiones en la cavidad orofaríngea, cuello normal, tórax atlético; en el flanco derecho del abdomen se encuentran dos heridas producidas con arma cortopunzante, la una de un centímetro y medio y la otra de dos centímetros y medio. Igualmente se encuentra la herida quirúrgica correspondiente a la laparotomía médica, sus miembros superiores musculados sin lesiones especiales, miembros inferiores normales atléticos. Genitales normales.

DESCRIPCIÓN INTERNA

La autopsia se realizó mediante corte quirúrgico en Y de manubrio de esternón a pubis y brazos sobre clavículas. Externamente no se encontró nada. En cavidad torácica se encontró corazón aumentado de tamaño por su constitución. Pulmones sin signos especiales, con excepción de anoxia y sangre en cantidad de 200 centímetros cúbicos en pulmones, abdomen y diafragma normal, peritoneo con diferentes heridas, colon ascendente que presentaba dos heridas cortopunzantes que penetraron a la luz del colon, con salida de abundante materia fecal. Se encontraron seccionadas arteria mesentérica derecha, la que sangró abundantemente, sacándose de cavidad abdominal 3.050 centímetros de sangre. Las demás víseras normales.

IMPRESIÓN DIAGNÓSTICA

Paro cardiorrespiratorio, show hipovolémico, hemorragia de 3.050 centímetros cúbicos ocasionada por las lesiones descritas.

CONCLUSIÓN: ADULTO JOVEN QUE MUERE POR MECANISMO DE ARMA CORTOPUNZANTE QUE ATRAVIESA EL PERITONEO Y LAS ASAS ASCENDENTES DEL COLON, QUE GENERA SHOCK HIPOVOLÉMICO A CONSECUENCIA DE LA ANEMIA PRODUCIDA POR EL HECHO, AL EXISTIR RUPTURA O SECCIÓN DE LAS ARTERIAS INTESTINALES.

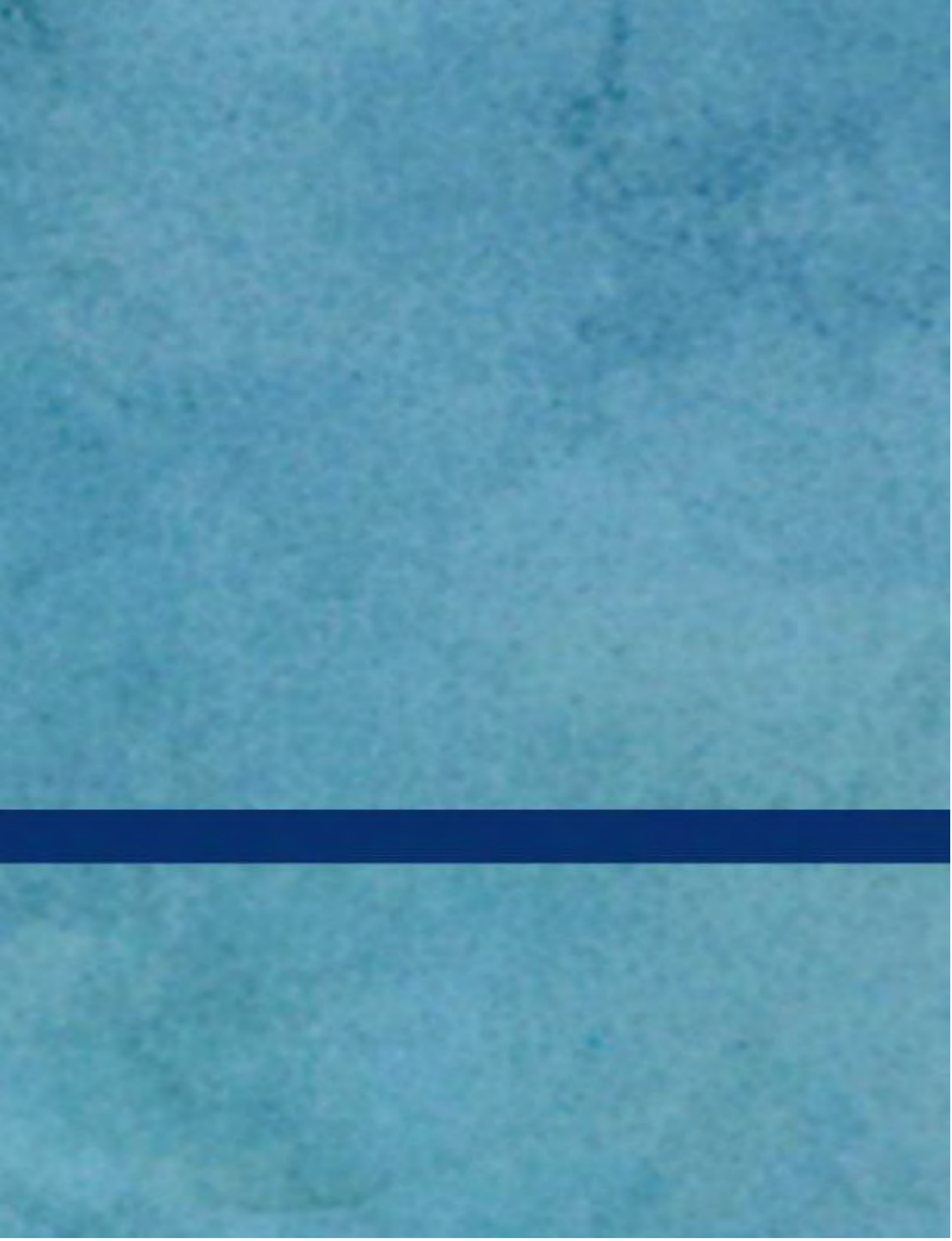
PROBABLE MANERA DE MUERTE: HOMICIDIO

INSTITUTO DE MEDICINA LEGAL

Sección: Reconocimientos Médicos

Fecha: 10 de marzo de 2000

El cuerpo técnico de investigación remite al despacho de medicina legal a Óscar William Sánchez, quien en riña es herido. Al examen físico se encuentra un paciente de contextura normolínea, de aproximadamente 24 años, sin señales particulares especiales, quien presentaba en el epigastrio una herida cortante de cinco centímetros de longitud que interesó la piel y el tejido celular subcutáneo, por lo cual se envía a que se tomen los puntos y se cierre la herida quirúrgicamente. Incapacidad definitiva: ocho días, sin secuelas.

JUAN RAMÍREZ

Médico forense