

TRIBUNAL SUPREMO DE PUERTO RICO
CONFERENCIA JUDICIAL
DECIMOTERCERA SESION PLENARIA

Primer Examen de las
Reglas de Evidencia de 1979:
Comentarios y Recomendaciones



SECRETARIADO DE LA CONFERENCIA JUDICIAL

Primer Examen de las Reglas de Evidencia de 1979:

Comentarios y Recomendaciones

Miembros Comité Sobre Reglas de Evidencia

Lcdo. Ernesto L. Chiesa, Presidente
Hon. Juez Félix Ortiz Juan
Hon. Juez Delia Lugo Bougal
Hon. Juez José Orláondo Resto Huertas
Lcdo. Nunzio Frattallone Di Gangi
Lcdo. Alberto Omar Jiménez
Lcdo. Manuel Alvarado Garcés
Lcdo. Francisco Rosa Silva
Lcdo. Ismael Betancourt

Miembros Secretariado Conferencia Judicial

Lcda. Carmen H. Carlos de Dávila, Directora
Lcda. Lorraine Riefkohl Gorbea
Lcdo. Armando Martínez Fernández
Lcdo. Luis M. Vázquez Rodríguez
Lcda. Fabiola Fernández

Diciembre 1986

INDICE

	Página
PREFACIO.....	vii
CARTA DE TRAMITE DEL COMITE DE REGLAS DE EVIDENCIA DE LA CONFERENCIA JUDICIAL DE 1986.....	x
INTRODUCCION.....	xii
Regla 1 Título y aplicabilidad territorial.....	1
Regla 2 Interpretación.....	6
Regla 3 Medios de prueba.....	9
Regla 4, 5 y 6 Efecto de error en la admisión de evidencia Efecto de error en la exclusión de evidencia Error extraordinario.....	11
Regla 7 Admisibilidad limitada.....	15
Regla 8 Evidencia relacionada con lo ofrecido.....	18
Regla 9 Determinaciones preliminares a la admisibilidad de evidencia.....	24
Regla 10 Evaluación y suficiencia de la prueba.....	36
Regla 11 Conocimiento judicial de hechos adjudicativos.....	42
Regla 12 Conocimiento judicial de cuestiones de derecho.....	51
Regla 13 Definiciones.....	55
Regla 14 Efecto de las presunciones en casos civiles.....	58
Regla 15 Efecto de presunciones en casos criminales.....	63

	Página
Regla 16	Presunciones específicas.....68
Regla 17	Presunciones incompatibles.....74
Regla 18	Principio general.....76
Regla 19	Evidencia pertinente excluida.....79
Regla 20	Evidencia de carácter y hábito.....95
Regla 21	Evidencia de conducta o historial sexual de la perjudicada.....99
Regla 22	Evidencia pertinente afectada o excluida por políticas extrínsecas.....109
Regla 23	Del acusado.....119
Regla 24	Autoincriminación.....122
Regla 25	Relación abogado y cliente.....126
Regla 26	Relación médico y paciente.....143
Regla 26.1	Relación sicoterapeuta-paciente.....150
Regla 27	Privilegios de los cónyuges.....162
Regla 28	Relación sacerdote y penitente.....171
Regla 29	Voto político.....176
Regla 30	Secretos del negocio.....177
Regla 31	Privilegio sobre información oficial.....180
Regla 32	Privilegio en cuanto a identidad del informante.....186
Regla 33	Renuncia a privilegios.....188
Regla 34	Renuncia implícita.....190
Regla 35	Interpretación restrictiva.....192
Regla 36	Competencia.....193

Regla 37	Descalificación de testigos.....	193
Regla 38	Conocimiento personal del testigo.....	196
Regla 39	Juramento.....	199
Regla 40	Confrontación.....	200
Regla 41	Juez como testigo.....	202
Regla 42	Jurado como testigo.....	204
Regla 43	Orden y modo de interrogatorio de testigos y presentación de evidencia.....	209
Regla 43(C)	211
Regla 43(D)	213
Regla 43(E)	218
Regla 43(F)	221
Regla 43(H)	228
Regla 44	Credibilidad e impugnación de testigos.....	231
Regla 45	Impugnación mediante carácter y conducta específica.....	241
Regla 45(A)	243
Regla 46	Convicción por delito.....	254
Regla 47	Manifestaciones anteriores.....	273
Regla 48	Creencias religiosas.....	280
Regla 49	Escritos para refrescar memoria.....	284
Regla 50	Intérpretes.....	291
Regla 51	Opiniones o inferencias por testigos no peritos.....	293
Regla 52	Testimonio pericial.....	297

	Págin
Regla 53	Cualificación como perito.....302
Regla 54	Contrainterrogatorio de peritos.....305
Regla 55	Limitación sobre número de peritos.....309
Regla 56	Fundamentos del testimonio pericial.....310
Regla 57	Opinión sobre cuestión última.....319
Regla 58	Revelación de la base para la opinión.....325
Regla 59	Nombramiento de perito por el tribunal.....330
Capítulo VIII	Prueba de referencia.....338
Regla 60	Definiciones.....339
Regla 61	Regla general de exclusión.....342
Regla 62	Admisiones.....364
Regla 63	Declaraciones anteriores del testigo.....384
Regla 64	No disponibilidad del testigo.....391
Regla 64(B)(1)400
Regla 64(B)(2)405
Regla 64(B)(3)407
Regla 64(b)(4)414
Regla 64(B)(5) y 65(W)415
Regla 65	Excepciones a la regla de prueba de referencia aunque el declarante esté disponible como testigo.....428
Regla 65(E)	Escrito de pasada memoria.....436
Regla 65(F)	Récords del negocio o actividad.....441
Regla 65(G)	Ausencia de asiento en récords de negocios.....447

Regla 65(H)	Récords e informes oficiales.....	448
Regla 65(J)	Ausencia de récord público.....	461
Regla 65(R)	Tratados.....	462
Regla 65(V)	Sentencia por convicción previa.....	463
Regla 65(W)	473
Regla 66	Prueba de referencia múltiple.....	474
Regla 67	Credibilidad del declarante.....	475
Capítulo IX	Contenido de escritos, fotografías y grabaciones.....	476
Regla 68	Definiciones.....	479
Regla 69(A)	Regla de la mejor evidencia y de la evidencia extrínseca.....	482
Regla 69(B)	485
Regla 70	Admisibilidad de otra evidencia del contenido, que no sea el original del mismo.....	492
Regla 71	Récords y documentos públicos.....	494
Regla 72	Originales voluminosos.....	497
Regla 73	Duplicados.....	499
Regla 74	Testimonio o admisión de parte.....	501
Capítulo X	Autenticación e identificación.....	502
Regla 75	Requisito de autenticación e identificación.....	503
Regla 76	Instancias de autenticación e identificación.....	511
Regla 77	Testigos instrumentales.....	519
Regla 78	Testigos del otorgamiento.....	521
Regla 79	Autenticación <u>prima facie</u>	522

	Página
Regla 80	Objetos perceptibles a los sentidos.....528
Regla 81	Inspecciones oculares.....539
Regla 82	Experimentos y pruebas científicas.....543
Regla 83	Vigencia.....550
Regla 84	Derogación y vigencia provisional.....551

P R E F A C I O

El Primer Examen de las Reglas de Evidencia de 1979, es, más que un informe en respuesta a una encomienda en particular, un documento que de antemano adelantamos, será un recurso sumamente útil para el juez, el abogado, y el estudiante en la fase inicial de investigación de un problema evidenciario.

Este informe, además de recomendar unas enmiendas específicas a las reglas de evidencia, recoge unos comentarios, en ocasiones, breves, en otras, más extensos, a cada regla de evidencia. La tarea ciertamente fue monumental, sobre todo si tomamos en consideración la limitación de tiempo con la que tuvimos que lidiar. Sin embargo, el esfuerzo y empeño de cada uno de los miembros de este Comité de Reglas de Evidencia, con el apoyo y colaboración diaria del Secretariado de la Conferencia Judicial, hicieron posible este logro.

En general, se tuvieron presentes los siguientes objetivos:

(1) cumplir con la encomienda que nos hizo el Honorable Tribunal Supremo en virtud de la Resolución del lro. de agosto de 1986; (2) preparar un documento que sirviera al juez de fuente de referencia inicial en una investigación legal de este campo -de ahí la abundante bibliografía de jurisprudencia local, estatal y federal; y referencia constante a estupendos artículos de las mejores revistas jurídicas-; y (3) señalar expresamente, -en ocasiones para recomendar

enmiendas, en otras para indicar problemas- el efecto práctico de la aplicación de las reglas de evidencia desde su aprobación en el año 1979, en el contexto civil y criminal.

Nos parece que dentro de la limitación insalvable de tiempo, logramos en términos generales los objetivos señalados.

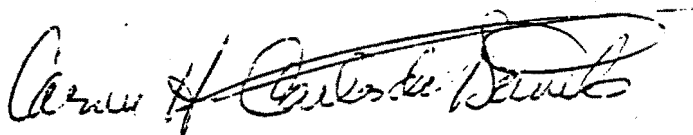
El Comité estuvo en todo momento consciente que este trabajo constituye el primer examen o evaluación de las Reglas de Evidencia de 1979. Por lo tanto, las enmiendas que específicamente se someten deberán ser objeto de consideración ulterior, al igual que las preocupaciones respecto a determinadas reglas que, aunque no fueron enmendadas, merecen atención. Sin embargo, repetimos, el primer gran paso ya ha sido efectuado.

No podemos en este punto, dejar de hacer un reconocimiento a todos aquellos que en una forma u otra hicieron posible la preparación y redacción de este informe. En primer lugar, deseamos constar nuestro agradecimiento a los distinguidos miembros del Comité, quienes, a pesar de sus múltiples obligaciones y responsabilidades, dieron de su tiempo para compartir tan ardua labor. El rigor académico de unos y la diversidad de experiencias de otros, enriquecieron el nivel de discusión e intercambio de ideas en las reuniones.

La aportación de los asesores legales del Secretariado fue de incalculable valor. La Lcda. Lorraine Riefkohl y el Lcdo. Armando Martínez, estuvieron presentes en todas las reuniones y contribuyeron hasta el último momento en la fase de redacción e investigación de este informe.

La dedicación y calidad del trabajo del personal secretarial del Secretariado de la Conferencia Judicial, compuesto por la Sra. Elizabeth Valle y la Srta. Marissa Méndez, merece también un reconocimiento muy especial. Su sentido de cooperación y responsabilidad, rebasó las fronteras del deber. Así también agradecemos la diligente cooperación del personal del Negociado de Traducciones y de la Biblioteca del Tribunal Supremo.

Por último, sería injusto no destacar aparte la contribución del Presidente del Comité de Reglas de Evidencia. Quienes conocen la capacidad de trabajo del Lcdo. Ernesto L. Chiesa y su dedicación al estudio de esta materia, no pueden sorprenderse de la calidad y cantidad de este informe. Su participación fue determinante en la realización de éste primer examen de las Reglas de Evidencia.



Carmen H. Carlos de Dávila
Directora, Secretariado de la
Conferencia Judicial

Estado Libre Asociado de Puerto Rico
Tribunal Supremo
Secretariado de la Conferencia Judicial
Apartado 2392
San Juan, Puerto Rico 00903

22 de noviembre de 1986

Hon.. Víctor M. Pons Nuñez
Juez Presidente
Tribunal Supremo
San Juan, Puerto Rico

Señor Juez Presidente:

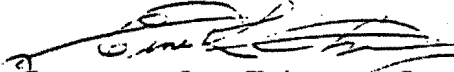
El Comité de Reglas de Evidencia de la Conferencia Judicial de Puerto Rico, al concluir su labor de evaluación, somete a la consideración de este Honorable Tribunal y de la Conferencia Judicial, su informe.

La tarea de evaluar nuestras actuales reglas de evidencia, aunque éstas sean de reciente cuño, para atemperarlas a los últimos desarrollos en este campo, resultó ser una tarea tan ardua como importante. En este empeño, el Comité se impuso desde un principio, además de la labor de formulación de enmiendas, la tarea de aclarar y explicar aquellas reglas, que por ausencia de precedentes o por oscuridad en su texto, resultaba incierto su alcance.

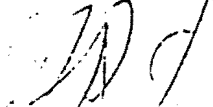
Deseamos también destacar que este informe es el producto del esfuerzo de los miembros del Comité y de la investigación, el asesoramiento y la labor secretarial del personal del Secretariado de la Conferencia Judicial que nos fue asignado.

Por último, el Comité agradece al Honorable Tribunal Supremo tan alta distinción al permitirnos colaborar en esta tarea.

Respetuosamente sometido,



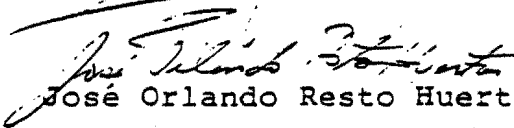
Ernesto L. Chiesa, Presidente




Felix Ortiz Juan



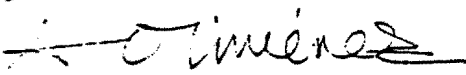
Delia Lugo Bougal



José Orlando Resto Huertas




Nunzio Frattallone Di Gangi



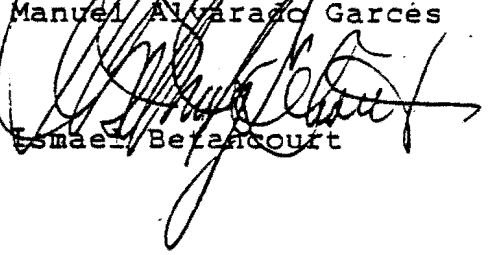
Alberto Omar Jiménez



Manuel Alvarado Garcés



Francisco Rosa Silva



Ismael Betancourt

I N T R O D U C C I O N

El Comité de Reglas de Evidencia de la Conferencia Judicial de Puerto Rico fue nombrado por el Tribunal Supremo mediante Resolución del lrc. de agosto de 1986, con la siguiente constitución:

Lcdo. Ernesto L. Chiesa, Presidente

Hon. Juez Félix Ortiz Juan

Hon. Juez Delia Lugo Bougal

Hon. Juez José O. Resto Huertas

Lcdo. Nunzio Frattallone Di Gangi

Lcdo. Omar Jiménez

Lcdo. Manuel Alvarado Garcés

Lcdo. Francisco Rosa Silva

Lcdo. Ismael Betancourt

Su encomienda, según surge del texto de la resolución que lo crea, consiste en:

1. Evaluar nuestras actuales reglas de evidencia a tenor con los últimos desarrollos del derecho probatorio.
2. Formular las enmiendas y recomendaciones que se estimen necesarias.
3. Rendir un informe a la Conferencia Judicial de 1986, a celebrarse los días 11 y 12 de diciembre.

El Comité celebró unas quince reuniones, la primera de ellas el 15 de agosto de 1986. Esto significa que el Comité tuvo que realizar tan compleja encomienda en poco más de dos meses y medio contando con la valiosa ayuda del Secretariado y dentro de las

limitaciones que el tiempo imponía. Se consultaron las fuentes bibliográficas más acreditadas en el campo y se hizo el estudio pertinente de derecho comparado, aunque limitado a las jurisdicciones estatales y federal de los Estados Unidos. Con estas fuentes -y las experiencias y opiniones de sus miembros- el Comité consideró cada una de las reglas y los temas principales del derecho probatorio. Se hicieron las recomendaciones de rigor, incluyendo en varios casos enmiendas a las reglas, a veces de "forma" y en otras ocasiones alterando algún aspecto significativo. Se redactaron comentarios nuevos para prácticamente todas las reglas, aun para aquellas en donde no se recomendaba enmienda alguna ni se advertía problema serio alguno en su aplicación. El Comité estimó que con esos comentarios se brindaría una "primera ayuda" a jueces, abogados y estudiantes, como paso inicial hacia una investigación más rigurosa cuando las circunstancias y el tiempo así lo requieran o permitan.

En cuanto al primer punto de la encomienda, evaluar las actuales reglas a la luz de los últimos desarrollos, el Comité estima que Puerto Rico cuenta con un cuerpo de reglas de buena calidad y comparable al que rige en los estados y en la jurisdicción federal. El Comité no ha podido identificar alguna situación particular en Puerto Rico que requiera un nuevo enfoque en el desarrollo del derecho probatorio. Tal vez puede argüirse que la ausencia del jurado en casos civiles en Puerto Rico, así como el bajo por ciento de casos criminales por jurado, no justifica un cuerpo detallado de reglas de evidencia que deba ser seguido estrictamente en todos los

casos. Tal señalamiento, estima el Comité, no debe tener más implicación que ésta: que en casos por tribunal de derecho hay mayor flexibilidad que en casos por jurado en cuanto a la rigurosa aplicación de las reglas de exclusión. Pero no debe olvidarse que las reglas tienen disposiciones especiales para atender ciertas dificultades que surgen en casos por jurado; a modo de ejemplo, pueden señalarse las Reglas 7, 9, 11(E), 15, 19, 42 y 46(B). Por otra parte, hay derechos que tienen una gran dimensión en casos criminales y muy específicamente cuando hay jurado; tal es el caso del derecho a confrontación. Por eso es más problemático la admisión de prueba de referencia en casos criminales que en casos civiles, y particularmente delicado en casos ante jurado. A pesar de esto, el Comité desea hacer hincapié en que estas reglas de evidencia son aplicables en todos los juicios. Si hay un problema con las reglas de evidencia en Puerto Rico, no se trata ciertamente de deficiencias significativas en el ordenamiento del derecho probatorio, sino falta de rigor en las salas, ya sea esto atribuible en mayor o menor grado a los abogados, a ciertos jueces o a ambas categorías. El Comité desea como recomendación en cuanto a su primera encomienda, a exhortar a jueces y abogados a la aplicación rigurosa de los principios de derecho probatorio contenidos en las reglas, con la flexibilidad que las circunstancias particulares y las propias reglas imponen.

Con relación a la segunda encomienda, el Comité ha propuesto enmiendas a varias de las reglas, señalando en el comentario que

acompaña a las misma, el alcance y necesidad del cambio propuesto. Específicamente las siguientes reglas de evidencia fueron objeto de enmiendas:

- Regla 3 - Medios de prueba
- Regla 4 - Efecto de Error en la admisión de evidencia
- Regla 5 - Efecto de error en la exclusión de evidencia
- Regla 6 - Error extraordinario
- Regla 8 - Evidencia relacionada con lo ofrecido
- Regla 9 - Determinaciones preliminares a la admisibilidad de Evidencia
- Regla 10 - Evaluación y suficiencia de la prueba
- Regla 11 - Conocimiento judicial de hechos adjudicativos
- Regla 15 - Efecto de presunciones en casos criminales
- Regla 17 - Presunciones incompatibles
- Regla 18 - Principio general
- Regla 20 - Evidencia de carácter y hábito
- Regla 21 - Evidencia de conducta o historial sexual de la perjudicada
- Regla 22 - Evidencia pertinente afectada o excluida por políticas extrínsecas
- Regla 23 - Del acusado
- Regla 24 - Autoincriminación
- Regla 25 - Relación abogado y cliente
- Regla 26 - Relación médico y paciente

- Regla 28 - Relación sacerdote y penitente
- Regla 30 - Secretos del negocio
- Regla 31 - Privilegio sobre información oficial
- Regla 43 - Orden y modo de interrogatorio de testigos y presentación de la evidencia
- Regla 44 - Credibilidad e impugnación de testigos
- Regla 45 - Impugnación mediante carácter y conducta específica
- Regla 47 - Manifestaciones anteriores
- Regla 49 - Escritos para reffrescar memoria
- Regla 54 - Contrainterrogatorio de peritos
- Regla 62 - Admisiones
- Regla 63 - Declaraciones anteriores de testigos
- Regla 64 - No disponibilidad del testigo
- Regla 65 - Excepciones a la regla de prueba de referencia aunque el declarante esté disponible como testigo
- Regla 69 - Regla de la mejor evidencia y de la evidencia extrínseca
- Regla 79 - Autenticación prima facie

En general, puede afirmarse que no se recomiendan cambios radicales. En algunos casos se trata de mejorar la redacción, cambios de sintaxis, corregir errores "secretariales", e.t.c. En otros casos, hay cambios en el contenido de la regla, pero nunca de carácter radical; sin embargo, estos cambios sí pueden producir un resultado distinto en la aplicación de la regla. Es necesario señalar

que cuando se discutió un cambio radical -por ejemplo, la posibilidad de enmendar las Reglas 46(A) y 63 para adoptar una regla más parecida a la federal correspondiente, 609(a) y 801(d)(1)- no hubo consenso para recomendar el cambio. En varias ocasiones, en el texto del comentario, el Comité hace una exhortación a considerar más a fondo determinada cuestión.

Por último, el Comité desea expresar que dado el poco tiempo que ha tenido para realizar su encomienda y habida cuenta de la ambiciosa y delicada labor que supone una evaluación o reforma de las reglas, se recomienda al Tribunal Supremo que designe un Comité Permanente que esté a cargo de continuar y evaluar esta tarea.

Regla 1. Título y aplicabilidad territorial

Estas reglas se conocerán como Reglas de Evidencia de Puerto Rico y serán aplicables en todas las salas del Tribunal General de Justicia del Estado Libre Asociado de Puerto Rico en procedimientos de naturaleza civil y criminal.

COMENTARIOS

Esta regla se refiere a la aplicación "material" de las reglas, a diferencia de la aplicación temporal o vigencia, regulada en la Regla 83. Es decir, la regla se refiere a lo siguiente: ¿en qué procedimientos son aplicables las reglas de evidencia?

De entrada, debe tenerse presente que la cláusula constitucional que permite al Tribunal Supremo iniciar el trámite de aprobación de las reglas -Artículo V, Sección 6- únicamente autoriza la adopción de reglas para los tribunales. La aplicación de las reglas de evidencia en los foros administrativos y legislativos no puede ser declarada por el Tribunal Supremo al amparo de su "rule making power". En ausencia de una ley general de procedimiento administrativo que regule el asunto, la determinación de la aplicabilidad de una o más reglas en determinado procedimiento administrativo debe examinarse, en primer lugar, bajo la ley orgánica y reglamentos de la agencia concernida y, supletoriamente, bajo los usos y costumbres. Por supuesto, una vez la jurisprudencia resuelva un aspecto particular del problema, éste deberá seguirse bajo la doctrina del precedente. Sobre la aplicabilidad o uso de las reglas de evidencia en el procedimiento administrativo, véase McCormick On Evidence,

Capítulo 20 (ed. 1984), 1 Wigmore, Evidence, sec. 4 a,b,c, (Tiller rev. 1983), Davis, Hearsay in Administrative Hearings, 32 Geo. Was L. Rev. 689 (1964).

Desde luego, cuando una regla de evidencia esté fundada en un imperativo constitucional (por ejemplo, Reglas 24 ó 40), éste será invocable en cualquier foro, incluyendo el administrativo y el legislativo. Así, el privilegio contra la autoincriminación puede ser invocado en las vistas administrativas y legislativas, y no sólo en el foro judicial.

Ya dentro del ámbito de los procedimientos judiciales, la aplicación de las reglas en diversos procedimientos suscita más interrogantes de las que parece engendrar el texto de la regla. El lenguaje de "todas las salas" y "procedimientos de naturaleza civil y criminal" parece incluirlo todo. En efecto, un simple silogismo parece conducir inexorablemente a la conclusión de que las reglas siempre son aplicables en todos los procedimientos judiciales. El silogismo sería:

1. Las reglas se aplican en los procedimientos civiles o criminales (Regla 1).
2. "X" es un procedimiento civil o criminal.

Por lo tanto, las reglas de evidencia se aplican en todo procedimiento "X".

Pero el asunto es mucho más complejo. Ya en Pueblo v. Esteves, 110 D.P.R. 334 (1980), el Tribunal Supremo, al optar por no resolver si las reglas son aplicables en la vista preliminar, advertía en el

escolio 2 que mientras el proyecto de reglas presentado a la Conferencia Judicial de 1978 disponía expresamente que las reglas aplicarían en la vista preliminar, las reglas aprobadas por el Tribunal Supremo -y finalmente por la Asamblea Legislativa-, omitieron tal disposición. No se trató de una omisión accidental. En realidad dicha actuación refleja diferencias de criterio sobre la deseabilidad de la aplicación de las reglas en este tipo de procedimiento.

El Comité no se encuentra en posición de recomendar una enmienda específica a la Regla 1, en cuanto a la aplicabilidad de las reglas en la vista preliminar. Aparte de la diversidad de criterios en el propio Comité, el asunto es harto debatible. El Juez Asociado Hon. Negrón García, en su voto separado en Pueblo v. Foster, 110 D.P.R. 8 (1980), hizo expresiones en las que cuestionaba el esquema y propósitos de la vista preliminar. Luego, hablando a nombre del tribunal en Pueblo v. Rodríguez Aonte, 25 J.T.S. 66, restringió la aplicabilidad en la vista preliminar de ciertos principios probatorios y procesales que gobiernan el juicio, particularmente en lo relativo a que el ministerio público tenga que poner a disposición de la defensa los testigos de cargo no utilizados. Véase también el Informe de Vista Preliminar, sometido por el Secretariado de la Conferencia Judicial en el año 1979. Más recientemente, el Comité de Normas y Objetivos para Acelerar el Trámite de Casos ante el Tribunal de Primera Instancia, consciente de la interrogante que actualmente existe sobre este asunto, recomendó (pág. 182 de su Informe, sometido al Tribunal Supremo el 28 de diciembre de 1984), que las

4

Reglas de Evidencia aplicaran a la vista preliminar pero interpretadas a la luz de los propósitos y naturaleza de los procedimientos de esta etapa. Esta posición, sin embargo, dejaría subsistente la esencia del problema: el grado y medida de aplicación de las reglas en la vista preliminar. El Comité estima que la regla general debe ser que al determinar la existencia o no de causa probable, el tribunal debe considerar si la prueba presentada por el ministerio público, de ser creída en su día, incluye evidencia probablemente admisible sobre los elementos del delito y la conexión del acusado con el delito.

Con relación a otros procedimientos criminales, adviértase que la Regla 241(c) de Procedimiento Criminal señala que en el procedimiento para la imposición de la medida de seguridad se aplicarán las reglas de evidencia.

Pasando a la esfera civil, podría pensarse que las reglas de evidencia se aplican en igual medida en todos los procedimientos. Sin embargo, hay procedimientos que por su naturaleza especial exigen los ajustes correspondientes en el derecho probatorio. Así, la ley sobre procedimientos sumarios para reclamaciones de trabajadores a patronos (32 L.P.R.A., sec. 31), establece que las reglas se aplican en todo lo que no está en conflicto con disposiciones específicas o con el carácter sumario de la ley. Otros procedimientos que presentan problemas especiales de derecho probatorio son el injunction, el habeas corpus y procedimientos disciplinarios contra jueces o abogados. Sobre el injunction, véanse la Regla 57 de

Procedimiento Civil; Rivé Rivera, D., El Injunction en Puerto Rico, 53 Rev. Col. Abc. 340 (1986); Colón Cruz, H., Notas sobre Recursos Extraordinarios, Certiorari, Injunction, Mandamus, 42 Rev. Col. Abo. 113 (1981). Sobre el habeas corpus, véanse Molina v. Lugo, 38 D.P.R. 895 (1928); Martínez Rivera v. Tribunal Superior, 101 D.P.R. 900 (1974) y Rabell v. Alcaldes, 104 D.P.R. 96, 101 (1975). Sobre los procedimientos disciplinarios, véanse la Regla 13 del Reglamento del Tribunal Supremo y la Regla 12 del Reglamento Propuesto para la Destitución, Censura y Separación de Jueces (parte del Informe del Secretariado de la Conferencia Judicial sobre la Judicatura Puertorriqueña).

En vista de las interrogantes que existen en torno al alcance de la aplicación de estas reglas en ciertos procedimientos especiales, el Comité, estima y hace hincapié en que es deseable una disposición en las reglas que incluya específicamente las pautas generales de aplicabilidad de las reglas en procedimientos especiales. La Regla Federal 1101 contiene disposiciones específicas sobre aplicabilidad de las reglas. La adopción de una regla similar en Puerto Rico, requiere unos estudios, además de ciertas determinaciones de política pública, que el Comité no ha tenido tiempo para realizar. Se recomienda dar prioridad a este asunto.

REGLA 2. Interpretación

Las disposiciones de estas reglas se interpretarán flexiblemente y de forma que garanticen una solución justa, rápida y económica a cualquier problema evidenciario. El fin último de estas reglas es el descubrimiento de la verdad en todos los procedimientos judiciales.

COMENTARIOS

En ocasiones se ha comentado que las Reglas Federales de Evidencia, y por lo tanto todas aquellas que siguen este modelo, en lugar de reglas son "standards", principios generales que dejan grandes zonas del derecho probatorio sin tratamiento. Berger, The Federal Rules of Evidence: Defining and Refining The Goals of Codification, 12 Hofstra L. Rev. 255 (1984); véase también, Frattallone Di Gangi, N., Apuntes sobre la nueva ley de evidencia, 74 Rev. D.P., 177 (1979). Lo cierto es que en todas las ramas del Derecho el juez debe interpretar la ley (que puede ser oscura o contradictoria), aplicarla a los supuestos nuevos que el legislador no pudo contemplar y colmar sus lagunas.

Es precisamente en las materias en las que el legislador (o cualquier otro ente promulgador de normas) sólo determina los principios fundamentales, donde la jurisprudencia tropieza con los problemas más difíciles. La Regla 2 se concibe por tanto, primeramente, como una norma de hermeneútica. Cuando el resto de las reglas guarden silencio sobre alguna cuestión, o cuando factores especiales requieran un trato diferenciado, la Regla 2 provee,

apelando al enfoque flexible, guías que el juez debe tener presente en el proceso de llegar a una solución. Véase, en términos generales, 1 Weinstein y Berger, Weinstein's Evidence, 102 (01) et. seq. (1985).

La trilogía de valores (justicia, rapidez y economía) que encarna la Regla 2 de Evidencia es tan universal que puede invocarse en apoyo de cualquier sistema de procedimiento. Ver, Regla 1 de las de Procedimiento Criminal, 34 L.P.R.A., Ap. II, R 1; Regla 1 de las de Procedimiento Civil, 32 L.P.R.A., Ap. III, R 1. Como podemos apreciar, estos valores son de diversa índole. Por ejemplo, mientras los factores económicos o de congestión en los calendarios pueden ser reducidos a "gráficas" o "estadísticas", la justicia, impide cualquier intento de "cuantificación". Véase el excelente comentario que se hace de la Regla 102 Federal, en 21 Wright & Graham, Federal Practice and Procedure, Sec. 5026 a las págs. 152, et. seq. (1977).

Esta regla, finalmente, no debe utilizarse para desatender los imperativos de otras reglas específicas so pretexto de descubrir la verdad y favorecer la flexibilidad. No es el recurso a utilizarse para llegar a resultados acomodaticios o considerados como más convenientes ignorando el intérprete, en el proceso, el desenlace que claramente dicta otra regla de la prueba. No estamos ante una "super regla" de evidencia sino ante una guía para darle sentido a otros preceptos evidenciarios. American Bar Association, Section of Litigation, Emerging Problems Under the Federal Rules of Evidence, págs. 13-16 (1983).

La Regla 102 Federal ha sido adoptada ad verbatim en 26 de las 31 jurisdicciones en los Estados Unidos que han seguido el modelo federal. Estas son: Alaska, Arizona, Arkansas, Colorado, Delaware, Hawaii, Idaho, Iowa, Maine, Michigan, Minnesota, Mississippi, Montana, Nebraska, New Mexico, North Carolina, North Dakota, Oklahoma, Oregon, Texas, Utah, Vermont, Washington, West Virginia, Wisconsin y Wyoming.

De las cinco jurisdicciones restantes, tres incorporaron variaciones menores: Nevada, South Dakota y Ohio. Florida no aprobó ninguna versión similar de la Regla 102 Federal.

New Hampshire aprobó una versión idéntica de la Regla 102 pero adicionó una frase a la que, quizás, debió añadirse la expresión "except to the extent that they implicate federal constitutional guarantees". Dice la Regla:

Purpose and Construction

These rules shall be construed to secure fairness in administration, elimination of unjustifiable expense and delay, and promotion of growth and development of the law of evidence to the end that the truth may be ascertained and proceedings justly determined. While decisions of federal courts involving the Federal Rules of Evidence may be helpful in analyzing problems and issues that arise under these rules, the New Hampshire Supreme Court shall be the final interpreter of these rules. (Enfasis suplido.)

El Comité no recomendó enmiendas a nuestra Regla 2.

Regla 3. Medios de prueba

Los medios de prueba son los siguientes:

- (a) El conocimiento judicial
- (b) la evidencia testifical
- (c) la evidencia documental
- (d) la evidencia real, científica o demostrativa.

Regla Propuesta

Los medios de prueba son los siguientes:

- (a) El conocimiento judicial
- (b) la evidencia testifical
- (c) la evidencia documental
- (d) la evidencia demostrativa o científica.

COMENTARIOS

El Comité recomienda enmendar el apartado (d) de esta regla para conformarlo a la terminología del Capítulo XI de las Reglas. Como se advierte en el título de este capítulo y el comentario a la Regla 80, se utiliza el término "evidencia demostrativa" como género y "evidencia real" y "evidencia ilustrativa" como especies. En Pueblo v. Bianchi, 86 J.T.S., 57, el Tribunal Supremo adopta estas categorías. Es deseable, pues, hacer el cambio correspondiente en la Regla 3(d).

A juicio del Comité, conviene que alguna norma identifique cuáles son los medios de prueba, por lo que se acordó mantener esta regla que no tiene equivalente en las reglas federales.

Las presunciones no aparecen incluidas en los medios de prueba por ser, en rigor, reglas de inferencias y no "evidencia" propiamente dicho. La inspección ocular es evidencia demostrativa, por lo que no es necesario incluirla en esta regla.

Regla 4. Efecto de error en la admisión de evidencia

No se dejará sin efecto una determinación de admisión de evidencia ni se revocará sentencia o decisión alguna por motivo de admisión errónea de evidencia a menos que:

- (1) La evidencia fue erróneamente admitida a pesar de la oportuna y correcta objeción de la parte perjudicada por la admisión, y
- (2) el tribunal que considera el efecto de la admisión errónea entiende que ésta fue factor decisivo o sustancial en la sentencia o decisión cuya revocación se solicita.

Regla 5. Efecto de error en la exclusión de evidencia

No se dejará sin efecto una determinación de exclusión de evidencia ni se revocará sentencia o decisión alguna por motivo de exclusión errónea de evidencia a menos que,

- (1) La evidencia fue erróneamente excluida a pesar de que la naturaleza, propósito y pertinencia de la misma fue traída a la atención del tribunal mediante una oferta de prueba o por cualquier otro modo, y
- (2) el tribunal que considera el efecto de la exclusión errónea entiende que ésta fue factor decisivo o sustancial en la sentencia o decisión cuya revocación se solicita.

Regla 6. Error extraordinario

Nada de lo dispuesto en las Reglas 4 y 5 impedirá que un tribunal apelativo considere errores crasos y perjudiciales de admisión o

exclusión de evidencia, a pesar de no haber mediado oportuna objeción, cuando el no corregir dichos errores resulte en un fracaso de la justicia.

Regla 4 propuesta. Efecto de error en la admisión o exclusión de prueba

No se dejará sin efecto una determinación de admisión o exclusión de evidencia ni se revocará por tal determinación sentencia o decisión alguna a menos que el Tribunal que considera el efecto de la admisión o exclusión errónea entienda que ésta fue factor decisivo o sustancial en la sentencia ó decisión cuya revocación se solicita y se hayan cumplido con los requisitos dispuestos en los incisos (A) y (B)(1) de la Regla 5.

Regla 5 propuesta. Admisión errónea de prueba

(A) Requisitos de una objeción

La parte perjudicada por la admisión errónea de una prueba debe presentar una objeción oportuna, específica y correcta. Si el fundamento de la objeción resulta obvio no será necesario cumplir con el requisito de especificidad.

(B) Oferta de Prueba

(1) Si el Tribunal excluye erróneamente una prueba la parte perjudicada por la exclusión debe traer a la atención del tribunal la naturaleza, propósito y pertinencia de la prueba ofrecida mediante una oferta de prueba. La oferta de prueba será innecesaria

si la naturaleza, propósito y pertinencia de la prueba resulta evidente en el contexto en que se ofrece.

(2) El Tribunal debe permitir que la parte perjudicada por la exclusión de una prueba haga una oferta de prueba. El Tribunal determinará si la oferta de prueba debe hacerse mediante un resumen de la evidencia excluida, o podrá ordenar que se presente la totalidad de la misma mediante preguntas y respuestas. El Tribunal puede agregar cualquier manifestación adicional que demuestre claramente el carácter de la evidencia, la forma en que se ofreció, la objeción hecha y la resolución sobre la misma.

Regla 6 propuesta. Errores extraordinarios en los procedimientos para admitir prueba

Nada de lo dispuesto en las Reglas 4 y 5 impedirá que un tribunal apelativo considere errores crasos y perjudiciales de admisión o exclusión de prueba a pesar de no haber mediado oportuna objeción u oferta de prueba, cuando el no corregir dichos errores resulte en un fracaso de la justicia.

COMENTARIOS

El Comité recomienda enmendar las Reglas 4, 5 y 6 utilizando como modelo la Regla Federal 103. Los cambios incorporan lo resuelto en Pueblo v. Franceschini, 110 D.P.R. 794 (1981) y Vicenty v. Corona, 73 D.P.R. 135, 139-142 (1952). El primero se refiere a situaciones en donde del contexto surge cuál es el fundamento para la objeción o cuál será el contenido de la prueba excluida. El

segundo se refiere a la forma en que debe hacerse la oferta de prueba. Se añade el apartado (B)(2), en la Regla 5, para subrayar que el tribunal debe permitir la oferta de prueba. Si el tribunal de instancia no permite la oferta de prueba, el tribunal apelativo no puede ejercer adecuadamente su función de determinar si se cometió el error y, de haberse cometido, si el mismo acarrea revocación. Sobre el efecto de exclusión errónea de prueba, véase San Juan Credit v. Ramírez, 113 D.P.R. 181, 190-191 (1982).

Regla 7. Admisibilidad limitada

Cuando determinada evidencia sea admisible en cuanto a una parte o para un propósito y sea inadmisibile en cuanto a otra parte, o para otro propósito el tribunal, previa solicitud al efecto, limitará la evidencia a su alcance apropiado e instruirá al jurado, si lo hubiera, de conformidad.

COMENTARIOS

La admisión de evidencia con propósitos limitados se puede dar en dos dimensiones: cuando la misma es admisible contra una parte, pero no contra otra; y cuando es admisible para un propósito, pero no para otro. Adviértase que bajo la Regla 19 el tribunal tiene facultad para excluir totalmente la evidencia cuando estime que unas instrucciones sobre su admisibilidad limitada no serían suficientes para subsanar cualquier efecto perjudicial. En ocasiones la exclusión puede obedecer a imperativos constitucionales.

Un buen ejemplo es el caso de Bruton v. United States, 391 U.S. 123, 20 L. Ed. 2d. 476, 88 S. Ct. 1620 (1968). Bruton fue convicto en un juicio junto con Evans, quien había prestado una confesión que inculpaba al primero. Evans no podía ser contrainterrogado pues lo protegía la Quinta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, derecho a no incriminarse. Aunque el juez de instancia dió unas oportunas instrucciones en cuanto a que la confesión sólo era admisible contra Evans pero no contra Bruton, por ser prueba de referencia, el Tribunal Supremo en una decisión 5 a 4 revocó la sentencia al estimar que unas instrucciones no subsanaban su efecto

perjudicial, a saber, que el jurado, a pesar de la instrucción, la descartara y considerara la admisión de Evans como prueba sustantiva contra Bruton, en violación al derecho a confrontación.

Se ha intentado limitar los efectos de Bruton utilizando la técnica denominada "redacción", que propone eliminar aquellas partes de la declaración que hacen referencia al acusado. Sin embargo, esta solución no parece ser la más efectiva pues el jurado podría darse cuenta de que el nombre omitido es el del acusado. Por otro lado, el propio acusado podría objetar bajo la teoría de que es preferible no atraer la atención del jurado sobre este punto. Algunos estatutos disponen que el tribunal tiene que hacer un esfuerzo razonable para eliminar toda referencia al acusado. En Alaska, la Regla 105 taxativamente dispone que el tribunal debe hacer "all reasonable effort to delete references to the parties against whom the exhibit or testimony is inadmissible". A su vez, Maine aclara que en todo juicio criminal sólo es admisible aquella evidencia que haya omitido toda referencia al acusado. Otro mecanismo es el de usar dos jurados como se ha hecho en el tribunal federal.

Esta regla es una de fácil entronque y coordinación con otras muchas. Por ejemplo, bajo la Regla 20(B), aunque la evidencia de la comisión de otros delitos, daño civil u otros actos no es admisible para probar el carácter de una persona, con miras a demostrar que en una ocasión actuó de conformidad con tal carácter, dicha evidencia sería admisible si es pertinente para otros propósitos, tales como la prueba de motivo, oportunidad, intención, e.t.c. De forma

similar, a menudo se admite prueba de referencia no como evidencia de la veracidad de su contenido, sino, por ejemplo, para fines de impugnación de la credibilidad del declarante.

Aunque esta regla dispone que la parte deberá solicitar las instrucciones oportunamente, aun en ausencia de tal solicitud, el tribunal puede, sua sponte así hacerlo, pues, de lo contrario, el tribunal apelativo podría determinar que tal error fue uno extraordinario bajo la Regla 6, y en consecuencia revocar la sentencia.

En el seno del Comité se discutió la relación existente entre esta Regla y la necesidad de juzgar por separado a los coautores. Sin embargo, por ser el asunto uno más bien de Procedimiento Criminal y no de Derecho Probatorio el Comité determinó no hacer ulterior recomendación. En casos como el de Bruton, supra, la mejor solución es la de juicio por separado, lo que elimina totalmente la necesidad de unas instrucciones sobre el alcance limitado de la evidencia.

La presente regla, que proviene de la Regla Federal 105, ha sido adoptada ad verbatim en veinticuatro (24) estados mientras que la mayoría de los restantes han introducido variantes de poca importancia.

Para una discusión véase 1 Wigmore, Evidence, sec. 13 (Tillers rev. 1983); 1 Louisell-Mueller, Federal Evidence Rules, sec. 40-45, (1977); American Bar Association, Section of Litigation, Emerging Problems Under Federal Rules of Evidence, Regla 105, pág. 26-28, (1983).

Regla 8. Evidencia relacionada con lo ofrecido

Cuando un escrito o una declaración o parte de cualquiera de éstas es ofrecido en evidencia por una parte, la parte contraria puede exigir que se ofrezca el resto del escrito o declaración o cualquier escrito o declaración que deba ser considerado conjuntamente con la evidencia ofrecida para la más cabal comprensión de la misma.

Regla propuesta

Cuando un escrito o grabación o parte de éstas es presentado como evidencia por una parte, la parte contraria puede requerir que en ese momento se presente la totalidad del escrito o grabación que se presentara parcialmente o cualquier otro escrito o grabación que deba ser presentado contemporáneamente para la más cabal comprensión del asunto. Esta regla no permite que se presente prueba de otra manera inadmisibles, so pretexto de la presentación de la totalidad.

COMENTARIOS

La Regla 8, tal y como fue aprobada, adolece de dos defectos en su texto que suscitan un problema de interpretación. En primer lugar, la regla omite la expresión clave "en ese momento", que es su razón de ser. Para que no haya duda, la Regla Federal (Regla 106) se refiere expresamente a "at that time". En efecto, si la parte adversa tuviera que esperar su turno de contrainterrogatorio o de presentación de prueba para que se recibiera en evidencia la "totalidad" del escrito o grabación, la regla no haría falta. En segundo lugar, la regla omite la expresión "grabación". Las mismas

razones para fundamentar que se reciba la totalidad del escrito, aplican con igual rigor para que se reciba la totalidad de la grabación.

La regla federal sólo se refiere a "writing or recorded statement". Dieciocho jurisdicciones en los Estados Unidos han adoptado el lenguaje de la Regla 106 sin variación. Sin embargo, siete estados y Puerto Rico han efectuado cambios sustantivos en sus versiones de la regla. Por ejemplo, Iowa, Montana, Nebraska y Oregon han dilatado el ámbito de la regla para que además de a escritos y grabaciones, aplique a "actos", "declaraciones" y "conversaciones".

Nuestra Ley de Evidencia derogada, Código de Enjuiciamiento Civil, artículo 385, 32 L.P.R.A. Sec. 1666, contenía una disposición parecida. Se refería a "actos", "declaraciones", "conversaciones" o "escritos". Véase, Arecibo Motors Co. v. Caribe Motors, 60 D.P.R. 401 (1942); López v. López, 61 D.P.R. 618 (1943). Véase también, sección 356 del Código de Evidencia de California.

El historial de la Regla 106 Federal refleja que, por razones de índole práctica, la regla no debía extenderse a conversaciones. ADVISORY COMMITTEE'S NOTE, RULE 106. Otros estados se han hecho eco de la preocupación en sus comentarios oficiales a las reglas. Véase, por ejemplo, OHIO STAFF NOTE TO RULE 106; FLORIDA LAW REVISION COUNCIL NOTE-1976. El comentario a la regla de Alaska recoge la esencia del problema cuando advierte que expandir el ámbito de aplicación de la regla a las conversaciones... "would open

the door to immediate cross-examination of a (ny) witness who refers during testimony to any out-of-court statement by anyone". ALASKA REPORTER'S COMMENTARY TO RULE 106.

De forma parecida, el Comité entiende que la inclusión de la expresión "declaración" en nuestra regla hace excesivamente amplio su alcance lo que permite que la parte adversa interrumpa con demasiada frecuencia la presentación de prueba testifical. La regla debe limitarse a "escritos y grabaciones".

Por último, esta regla suscita la interrogante de si una parte, so pretexto de que se presente la totalidad del escrito o grabación, puede ofrecer, y el tribunal recibir, evidencia de otra manera inadmisibles (como por ejemplo, materia privilegiada, prueba de referencia, e.t.c.). Una respuesta razonable es que no. La Regla 8 no es una regla que atiende a la admisibilidad de la prueba, sino al momento en que la prueba puede ser admitida. Por lo tanto, si el tribunal estima que el juzgador sólo puede comprender cabalmente el significado de la evidencia ofrecida si se presenta a la vez otra porción de la misma que resulta inadmisibles, tiene disponible la Regla 19 para excluir todo el escrito o grabación.

Se puede citar con fines comparativos el hecho de que tan sólo Iowa, Ohio y Oregon tienen reglas que expresamente requieren que la prueba que se ofrezca bajo el equivalente de nuestra Regla 8 sea admisible. En la jurisdicción federal misma hay jurisprudencia y autoridades que cuestionan que esta regla sea meramente una de "orden de prueba". Se trata, además, de un problema de

"admisibilidad" de evidencia, en dos sentidos. En primer lugar, si para comprender cabalmente el escrito o grabación hay que considerar, bajo la "totalidad" del asunto, materia inadmisibile -en virtud de alguna regla de exclusión, como, por ejemplo, reglas de privilegios-, la Regla 8 podría acarrear la exclusión de la evidencia ofrecida. O, en segundo lugar, la regla podría acarrear la admisión de la evidencia inadmisibile, acomodando de esta forma los intereses de la parte proponente y de la parte adversa, aunque en menoscabo de la razón de ser de la regla de exclusión que quedare afectada con tal "acomodo" o compromiso. En 21 Wright & Graham, Federal Practice and Procedure, Sec. 5072, pág. 344 (1977) se favorece la posición de admitir, para los fines limitados de esta regla, la evidencia inadmisibile. Recientemente, en United States v. Le Feavour, 798 F.2d 977 (7th. Cir. 1986), el tribunal apelativo consideró un señalamiento del convicto -apelante de que erró el tribunal de instancia al no permitir que se considerara el resto de cierta grabación -bajo la Regla Federal 106, equivalente de nuestra Regla 8- presentada por el ministerio fiscal. El Séptimo Circuito desestimó el señalamiento del apelante, pero hizo las siguientes expresiones sobre el alcance de la regla (pág. 981):

"In ruling that the rest of the tape could not be placed in evidence because it was inadmissible, the judge implicitly treated Rule 106 as merely regulating the order of proof. So the rule is often described, see, e.g., United States v. Costner, 684 F.2d 370, 373 (6th Cir. 1982); 1 Weinstein's Evidence, 106(02), at p. 106-12 (1985), but the description is misleading. If otherwise inadmissible evidence is necessary to

correct a misleading impression, then either it is admissible for this limited purpose by force of Rule 106, the view taken in 21 Wright & Graham, Federal Practice and Procedure Sec. 5072, at p. 344 (1977), or, if it is inadmissible (maybe because of privilege), the misleading evidence must be excluded too. The party against whom that evidence is offered can hardly care which route is taken, provided he honestly wanted the otherwise inadmissible evidence admitted only for the purpose of pulling the sting from evidence his opponent wanted to use against him. Rule 106 was not intended to override every privilege and other exclusionary rule of evidence in the legal armamentarium, so there must be cases where if an excerpt is misleading the only cure is to exclude it rather than to put in other excerpts. But this is not a matter we need pursue further here, as we do not think there was any danger of a misleading."

Igualmente, en U. S. v. Sutton, 801 F.2d 1346 (1986), el Circuito de Columbia se pronuncia en contra de que la Regla 106 (Regla 8 de Puerto Rico) sólo atiende a un problema de orden de la prueba.

Aunque el Comité recomienda añadir a la regla la oración final de la regla propuesta; algunos miembros consideran prudente un estudio más extenso del asunto antes de recomendar tal enmienda. Tal vez podría considerarse una solución "intermedia" que permitiera al tribunal discreción en cuanto a cómo resolver el problema que surge cuando se invoca meritoriamente la Regla 8, pero el resto del escrito o grabación contiene materia inadmisibles. Pudiera ser que bajo algunas circunstancias, la regla de exclusión afectada con recibir "la totalidad" no justifique la solución más radical (excluir la evidencia propuesta o desestimar el planteamiento de totalidad bajo la Regla 8). Cuando la regla de exclusión sea una de privilegios (Capítulo V), difícilmente pueda sostenerse la tesis de recibir la

evidencia inadmisibile a los fines de la Regla 8.

Finalmente, el Comité hace hincapié en que cuando la regla propuesta alude a la presentación de "la totalidad del escrito o grabación", sólo se refiere al resto del escrito o grabación que sea necesario para la más cabal comprensión de la evidencia presentada, excluyendo las partes que no contribuyen significativamente al fin deseado o perseguido: la mejor comprensión o entendimiento de la evidencia propuesta.

Regla 9. Determinaciones preliminares a la admisibilidad de
evidencia

(A) Cuestiones preliminares en relación a la capacidad de una persona para ser testigo, la existencia de un privilegio o la admisibilidad de evidencia serán determinadas por el tribunal sujeto a lo dispuesto en el inciso (B) de esta regla. Al hacer tales determinaciones, el tribunal no queda obligado por las Reglas de Evidencia, excepto aquellas relativas a privilegios.

(B) Cuando la pertinencia de evidencia ofrecida depende de que se satisfaga una condición de hecho, el tribunal la admitirá al presentarse evidencia suficiente para sostener la conclusión de que la condición ha sido satisfecha; el tribunal puede también admitir la evidencia sujeto a la presentación posterior de la evidencia suficiente para sostener la conclusión de que la condición ha sido satisfecha.

(C) En casos ventilados ante jurado, toda la evidencia relativa a la admisibilidad de una confesión del acusado será escuchada y evaluada por el juez en ausencia del jurado. Si el juez determina que la confesión es admisible, el acusado podrá presentar al jurado, y el ministerio público refutar evidencia pertinente relativa al peso o credibilidad de la confesión y a las circunstancias bajo las cuales la confesión fue obtenida. Otras determinaciones preliminares a la admisibilidad de evidencia también podrán ser consideradas en ausencia del jurado cuando los intereses de la justicia así lo determinen o cuando el acusado es un testigo que así lo solicite.

(D) El acusado que testifica en torno a una cuestión preliminar a la admisibilidad de evidencia, no queda por ello sujeto a contra-interrogatorio en cuanto a otros asuntos del caso.

(E) Esta regla no limita el derecho de las partes a introducir evidencia ante el jurado que sea pertinente al valor probatorio o la credibilidad de la evidencia admitida luego de la correspondiente determinación preliminar por el juez.

Regla Propuesta

(A) Cuestiones preliminares en relación a la capacidad de una persona para ser testigo, la existencia de un privilegio o la admisibilidad de evidencia serán determinadas por el tribunal sujeto a lo dispuesto en el inciso (B) de esta regla. Al hacer tales determinaciones, el tribunal no queda obligado por las Reglas de Evidencia, excepto aquellas relativas a privilegios.

(B) Cuando la pertinencia de evidencia ofrecida depende de que se satisfaga una condición de hecho, el tribunal la admitirá al presentarse evidencia suficiente para sostener la conclusión de que la condición ha sido satisfecha; el tribunal puede también admitir la evidencia sujeto a la presentación posterior de la evidencia suficiente para sostener la conclusión de que la condición ha sido satisfecha.

(C) En casos ventilados ante jurado, toda la evidencia relativa a la admisibilidad de una confesión del acusado será escuchada y evaluada por el juez en ausencia del jurado. Si el juez determina que la confesión es admisible, el acusado podrá presentar al jurado,

y el ministerio público refutar evidencia pertinente relativa al peso o credibilidad de la confesión y a las circunstancias bajo las cuales la confesión fue obtenida. Otras determinaciones preliminares a la admisibilidad de evidencia también podrán ser consideradas en ausencia del jurado cuando los intereses de la justicia así lo determinen o cuando el acusado es un testigo que así lo solicite.

(D) El acusado que testifica en torno a una cuestión preliminar a la admisibilidad de evidencia, no queda por ello sujeto a contra-interrogatorio en cuanto a otros asuntos del caso. La declaración de un acusado sobre una cuestión preliminar no es admisible en su contra para probar su culpabilidad, pero puede utilizarse para propósitos de impugnación, si estuviese en conflicto con la declaración vertida por él en el juicio.

(E) Esta regla no limita el derecho de las partes a introducir evidencia ante el jurado que sea pertinente al valor probatorio o la credibilidad de la evidencia admitida luego de la correspondiente determinación preliminar por el juez.

COMENTARIOS

La Regla 9 pretende delimitar las funciones del juez y del jurado cuando de las determinaciones preliminares a la admisibilidad de evidencia se trata. A estos efectos, la regla reconoce la clásica dicotomía entre las cuestiones preliminares relativas a la competencia de la prueba, materia que el juez debe resolver de acuerdo con el inciso (A), y las cuestiones también preliminares, pero que atañen a la existencia o inexistencia de hechos cuando la pertinencia

de la evidencia que se ofrece está condicionada a que se pruebe o no la existencia de tales hechos. Esta última determinación está a cargo del jurado conforme a la Regla 9 (B), una vez el tribunal determina que la prueba, si es creída, es pertinente y no suprimible bajo las reglas de exclusión. Es de notar que el juez decide qué prueba es pertinente de acuerdo con la definición que ofrece el capítulo IV de las Reglas (Regla 18 (B)), es decir, "aquella tendente a hacer la existencia de un hecho más probable o menos probable de lo que sería sin tal evidencia..." Llámase a ésta, "pertinencia lógica". En el supuesto de la "pertinencia condicional" a la que se refiere la Regla 9 (B), y en los casos por jurado, el juez hace una determinación preliminar sobre si la evidencia de base ("foundation") resulta suficiente para sostener una determinación de que la condición ha sido satisfecha. Recuérdese que en este caso la pertinencia está supeditada a que se establezca la existencia de otro hecho o hechos. Por ejemplo, si se ofrece prueba de unas declaraciones para probar que cierta persona tenía conocimiento de algún hecho o circunstancia, en este caso la pertinencia de la evidencia ofrecida necesariamente dependerá de si, en efecto, dicha persona escuchó las declaraciones en cuestión. Si la determinación preliminar es afirmativa, se admite la evidencia y entonces, una vez desfile toda la evidencia en la vista, el jurado debe determinar finalmente si la condición para la pertinencia quedó establecida. Como estamos en el campo de las cuestiones de hecho y éstas deben ser determinadas por el juzgador de los hechos en los casos por

jurado, éste debe tener alguna participación en la determinación de si el hecho que condiciona la pertinencia ha sido establecido o no.

Las cuestiones preliminares relativas a la competencia asoman siempre que una regla de exclusión entra en juego. Están comprendidas, pues, las reglas que determinan la admisión o exclusión de prueba a base de criterios de confiabilidad como la prueba de referencia, la regla de la mejor evidencia, competencia de testigos y todas las demás reglas técnicas de exclusión, incluyendo la regla de opinión, prueba de carácter y la Regla 22 sobre políticas extrínsecas. Los privilegios también son reglas de competencia de acuerdo a la Regla 9 (A). Sobre el conjunto de ideas expresadas, consúltese, McCormick; Evidence Sec. 53 (Cleary ed., 1972); 1 Weinstein-Berger, Weinstein's Evidence, Secs. 104 (01) et., seq. (1985); Morgan, Function of Judge and Jury in the Determination of Preliminary Questions of Fact, 43 Harv. L. Rev. 165 (1929); 1 Louisell-Mueller, Federal Evidence, Secs. 26 et., seq., págs. 154-279, (1977); 21 Wright-Graham, Federal Practice and Procedure: Evidence, Sec. 5052; 1 Chiesa, Práctica Procesal Puertorriqueña, Evidencia, 100-104, (1979).

La Regla 9 conjuga dos propósitos básicos. Por una parte, protege y preserva la eficacia de las reglas de exclusión al depositar en la persona del juez la autoridad de impedir, en su totalidad, que la prueba inadmisibile de acuerdo con el derecho probatorio, e incluso contraria al ordenamiento constitucional (Regla 9 (C)),

llegue al jurado. Por otra parte, reconoce la función del jurado en la decisión de las cuestiones de hecho suscitadas en el juicio y en la determinación del efecto y el valor de la prueba presentada a la luz de todas las controversias sustantivas del caso. Sin embargo, este principio, fácil de enunciar, se aplica de un modo bastante complejo en algunos casos.

En ciertas ocasiones no resulta claro si determinada cuestión debe verse bajo el inciso (A) o el (B). Así, por ejemplo, si un testigo recuerda o no unos hechos, aunque es básicamente una cuestión de hecho, debe determinarse bajo la Regla 9(A) en cuanto afecta la aplicación, de la Regla 65(E) (escrito de pasada memoria).

En el caso de la doctrina de la cadena de la prueba, también nos enfrentamos con una norma de competencia que "coincide" con una de pertinencia. (Ver, Pueblo v. Bianchi, 86 J.T.S. 57, pág. 4421). Se podría razonar que la cadena de la prueba forma parte de los criterios que determinan si hay una prueba suficiente a base de la cual un jurado puede encontrar que se ha identificado adecuadamente un objeto. Sin embargo, parece ser mejor concebirla como una regla de exclusión distinta que responde a unas preocupaciones particulares de falta de confiabilidad y que no se ajusta al análisis usual de si hay prueba suficiente para entregarle una controversia de hechos a un jurado. Usualmente en todos estos casos de coincidencia entre normas relativas a la pertinencia y a la competencia de la prueba, se considera que estamos ante una regla de exclusión y la

determinación preliminar la hace el juez; si decide excluir la prueba, ésta no "pasa al jurado".

Estos problemas no son susceptibles de corregirse mediante enmiendas a las reglas. Requieren más bien un estudio de la doctrina que permita un entendimiento de la existencia y origen de la ambigüedad y las alternativas que se pueden utilizar para analizarla.

La mayor dificultad en la aplicación de la Regla 9 ha surgido en aquellas situaciones, también de coincidencia, entre las cuestiones preliminares y finales del caso. Es decir, cuando una cuestión de hecho o mixta de hecho y derecho, crucial para la determinación de la admisibilidad de la prueba por razón de una regla de exclusión, resulta ser también crucial para la determinación del hecho "último" en el caso.

El ejemplo más ilustrativo y a la vez de mayor interés es el de la conspiración. "A", "B" y "C" están acusados de conspiración. El fiscal pretende presentar en evidencia contra los tres acusados la declaración extrajudicial de "C", invocando probablemente la Regla 62(E), es decir, la excepción a la regla de prueba de referencia cuando la declaración es hecha por un co-conspirador en el curso de la conspiración y en la consecución del objetivo de ésta. "A" y "B" objetan su admisibilidad. El propósito que persigue el fiscal es probar el curso de la conspiración, su existencia y el papel que jugaron "A", "B" y "C" en la misma. En este punto -y en condiciones ideales el juez debe decidir bajo la regla 9 (A) si existió la

conspiración antes de resolver si la admisión de "C" puede utilizarse como prueba en el caso contra "A" y "B". Nótese que el jurado debe resolver la misma cuestión al determinar la posible culpabilidad de "A" y "B" por el delito de conspiración, la cuestión última en el caso. (Para una elaboración de este tema, veáse el comentario a la Regla 62(E), infra.)

El apartado (D) merece especial consideración. Se trata de un asunto de gran importancia: el efecto que tiene el que un acusado testifique en torno a una cuestión preliminar a la admisibilidad de evidencia. Esto presenta dos aspectos diferentes, uno de los cuales está comprendido en la regla vigente, pero no el otro. El primero es si al acusado testificar en torno a una cuestión preliminar, como lo sería declarar en la vista de supresión de evidencia, permite al ministerio público contrainterrogar sobre otros aspectos del caso, esto es, sobre la materia sustantiva o lo que esté en controversia. La respuesta de la regla es un no categórico. El acusado que testifique en torno a estas cuestiones preliminares no ha renunciado a su derecho a no declarar. No puede preguntársele sobre los hechos en controversia sino meramente contrainterrogársele sobre los "asuntos preliminares," por así decirlo.

El segundo aspecto, objeto de la enmienda propuesta, se refiere al uso posterior de lo declarado por el acusado con relación a la cuestión preliminar. El uso para fines sustantivos de ese testimonio debe prohibirse. Así, el Tribunal Supremo ha resuelto que el testimonio del acusado en la vista de supresión de evidencia es

inadmisible como prueba de cargo o sustantiva en el juicio. Simmons v. United States, 390 U.S. 377 (1968). Sin embargo, el uso de ese testimonio para impugnar la credibilidad del acusado que declara en el juicio renunciando a su derecho a no declarar cuando el mismo esté en conflicto con sus declaraciones en el juicio en torno a la cuestión preliminar, no debe prohibirse. En United States v. Salvucci, 448 U.S. 83 (1980), el Tribunal Supremo advierte que Simmons sólo prohíbe el uso sustantivo del testimonio prestado en la vista de supresión, quedando abierto el "issue" sobre el uso para fines de impugnación. La mejor solución es contestar en la afirmativa, permitir su uso para fines de impugnación. Si la evidencia ilegalmente obtenida es admisible para fines de impugnación (Walder v. United States, 347 U.S. 62 (1954), Harris v. New York, 401 U.S. 222 (1971), United States v. Havens, 446 U.S. 620 (1980)), ¿por qué no permitir, para fines de impugnación el testimonio ofrecido por el acusado en la vista en que se determinó suprimir la evidencia? Aunque estos casos se refieren a una determinación preliminar particular (evidencia ilegalmente obtenida o en violación de Miranda v. Arizona), el razonamiento es aplicable con relación a cualquier determinación preliminar bajo la Regla 9(A).

La enmienda propuesta a la Regla 9(D) despejaría toda duda. Se sigue así la tendencia más favorecida. Se dice que las reglas deben brindar una respuesta categórica a este importante asunto. American Bar Association, Section of Litigation, Emerging Problems Under the Federal Rules of Evidence, pág. 25 (1983).

Algunas jurisdicciones en los Estados Unidos han adicionado lenguaje, vía enmienda, a sus versiones de la Regla 104 (d) Federal para proveer expresamente que el testimonio del acusado prestado en esta vista puede utilizarse con propósitos de impugnación. Por ejemplo, Iowa adicionó una segunda frase a su inciso (d) para que lea:

"Testimony given by the accused upon a preliminary question is not admissible against him on the issue of guilt but may be used for impeachment if inconsistent with testimony given by him at the trial." (Iowa Rules of Evidence, Rule 104 (Special Pamph. 1983)).

Alaska también modificó el lenguaje de su inciso (d) y ahora lee así:

(d) Testimony by accused. The accused does not, by testifying upon a preliminary matter, subject himself to cross-examination as to other issues in the case. Testimony given by the accused at the hearing is not admissible against him unless inconsistent with his testimony at trial. (Alaska Rules of Evidence, Rule 104 (Rules Pamph. (1979))

Si bien la Regla 9(D) asegura al acusado un derecho a testificar en una vista de determinación preliminar de admisibilidad de prueba, sin el temor a no quedar por ello sujeto a contrainterrogatorio en cuanto a "otros asuntos", "it does not follow that he is immune from cross-examination during the hearing itself or later at trial if he again takes the stand and testifies to the same matters, on the matters to which he testified in the preliminary hearing. The purpose of the protective policy of the Rule is to enable the accused

to assert his right to exclude evidence under the Fourth and Fifth Amendments without relinquishing his Fifth Amendment right not to testify at trial. The purpose is not to immunize him, if he takes the stand at trial and testifies to the same matters, from questions relating to the very issues he raised in the suppression hearing. 1 Louisell-Mueller, Federal Evidence, *supra*, sec. 36, págs. 148-149 (1986 Pocket Supplement to Volume One). Véase también, United States v. Williams, 754 F. 2d 672, 676 (1985); United States v. Quesada-Rosadal, 685 F. 2d 1281-1282-1283 (1982).

El Comité favorece que nuestra regla se enmiende a los efectos de disponer expresamente, que la declaración de un acusado prestada en una vista para dilucidar cuestiones preliminares a la admisibilidad, no sea admisible para probar su culpabilidad, pero sí con fines de impugnación si está en conflicto con su declaración en el juicio.

Esta situación amerita un último comentario. Como se sabe, una confesión no admisible por falta de advertencias puede utilizarse por el estado para impugnar el testimonio del acusado en el juicio. Harris v. New York, 401 U.S. 222 (1971).

Ahora bien, cuando el acusado impugna en una vista sobre admisibilidad la voluntariedad de una alegada confesión, el análisis previo podría estar restringido por la norma que dispone que, aun para refutar el testimonio del acusado en el juicio, el fiscal tiene que probar la voluntariedad. Pueblo v. Dumas, 82 D.P.R. 416, 468 (1961); Mincey v. Arizona, 437 U.S. 385 (1978); Mc Cormick, On Evidence, sec. 162 (Third Ed. 1984). Es decir, una confesión obtenida de forma involuntaria, no puede utilizarse contra el acusado ni

tan siquiera con fines de impugnación. Fuera de estas consideraciones, de tan sólo tangencia relativa con el asunto que cubre el inciso (D) de esta regla, el Comité propone la enmienda en los términos expresados.

Regla 10. Evaluación y suficiencia de la prueba

El tribunal o juzgador de hechos deberá evaluar la evidencia presentada, a los fines de determinar cuáles hechos han quedado establecidos o demostrados, con sujeción a los siguientes principios:

(A) El peso de la prueba recae sobre la parte que resultaría vencida de no presentarse evidencia por ninguna de las partes.

(B) La obligación de presentar evidencia primeramente recae sobre la parte que sostiene la afirmativa en la cuestión en controversia.

(C) Para establecer un hecho no se exige aquel (grado) de prueba que, excluyendo posibilidad de error, produzca absoluta certeza; sólo se exige la certeza o convicción moral en un ánimo no prevenido.

(D) La evidencia directa de un testigo que merezca entero crédito es prueba suficiente de cualquier hecho, salvo que por ley otra cosa se disponga.

(E) El tribunal o jurado no está obligado a decidir de conformidad con las declaraciones de cualquier número de testigos, que no llevaren a su ánimo la convicción contra un número menor u otra evidencia que le convenciere.

(F) En casos civiles la decisión del juzgador deberá producirse de acuerdo con la preponderancia de las pruebas a base de criterios de probabilidad; en casos criminales la culpabilidad del acusado debe establecerse más allá de duda razonable.

(G) Cuando pareciere que una parte, pudiendo haber ofrecido una

prueba más firme y satisfactoria, ofrece una más débil y menos satisfactoria, la evidencia ofrecida deberá mirarse con sospecha.

(H) Cualquier hecho en controversia es susceptible de ser demostrado mediante evidencia directa o mediante evidencia indirecta o circunstancial. Se entiende por evidencia directa aquella que prueba el hecho en controversia sin que medie inferencia o presunción alguna, y que de ser cierta demuestra el hecho de modo concluyente. Se entiende por evidencia indirecta o circunstancial aquella que tiende a demostrar el hecho en controversia probando otro distinto, del cual -en unión a otros hechos ya establecidos puede razonablemente inferirse el hecho en controversia.

Regla propuesta

El tribunal o juzgador de hechos deberá evaluar la evidencia presentada, a los fines de determinar cuáles hechos han quedado establecidos o demostrados, con sujeción a los siguientes principios:

(A) El peso de la prueba recae sobre la parte que resultaría vencida de no presentarse evidencia por ninguna de las partes.

(B) La obligación de presentar evidencia primeramente recae sobre la parte que sostiene la afirmativa en la cuestión en controversia.

(C) Para establecer un hecho no se exige aquel grado de prueba que, excluyendo posibilidad de error, produzca absoluta certeza; sólo se exige la certeza o convicción moral en un ánimo no prevenido.

(D) La evidencia directa de un testigo que merezca entero crédito es prueba suficiente de cualquier hecho, salvo que por ley otra

cosa se disponga.

(E) El tribunal o jurado no está obligado a decidir de conformidad con las declaraciones de cualquier número de testigos, que no llevaren a su ánimo la convicción contra un número menor u otra evidencia que le convenciere.

(F) Salvo ley especial o imperativo constitucional que requiera otro grado de prueba, en casos civiles la decisión del juzgador deberá producirse de acuerdo con la preponderancia de las pruebas a base de criterios de probabilidad; en casos criminales, la culpabilidad del acusado debe establecerse más allá de duda razonable.

(G) Cuando pareciere que una parte, pudiendo haber ofrecido una prueba más firme y satisfactoria, ofrece una más débil y menos satisfactoria, la evidencia ofrecida deberá mirarse con sospecha.

COMENTARIOS

La única enmienda que el Comité recomienda es añadir, al comienzo de la Regla 10(F), la cláusula "salvo ley especial o imperativo constitucional que requiera un grado mayor de prueba". En cierta medida, la cláusula es innecesaria. Si hay una ley especial con relación al "grado de prueba", esta ley especial prevalece sobre la ley general que es la regla de evidencia. Y si se trata de exigencia constitucional, obviamente ésta prevalece sobre lo dispuesto en el derecho estatutario. Sin embargo, el Comité estima que es deseable la enmienda para advertir sobre la posible situación particular. Justamente en P.P.D. v. Administrador General de Elecciones, 111 D.P.R. 199 (1981), el Tribunal Supremo

resolvió que el quantum de prueba para refutar la presunción de validez del voto emitido era de prueba clara, robusta y convincente y no el generalmente establecido para casos civiles dispuesto en esta Regla 10(F) (preponderancia de la prueba).

La Regla 10 no tiene equivalente en las reglas federales, lo que no significa que los principios establecidos no rijan en la jurisdicción federal. Se tratan de principios ya tan firmemente arraigados en el derecho probatorio americano que no requieren ni siquiera codificación.

El apartado (A) tiene el efecto de situar en el demandante y en el ministerio público el peso de la prueba con relación a persuadir finalmente al juzgador sobre los elementos esenciales de la causa de acción, reclamación o acusación. El apartado (B) se refiere a la obligación de presentar primeramente evidencia sobre determinado hecho, situando tal obligación en la parte que sostiene la afirmativa. Esto se aplica particularmente a las "defensas afirmativas", pero es un principio de aplicación general. Al considerarse los efectos de los apartados (A) y (B), debe tenerse presente cualquier variación impuesta por las reglas sobre presunciones establecidas en el Capítulo III.

El apartado (C) tiene su origen inmediato en la anterior Ley de Evidencia (32 L.P.R.A., sec. 1633), que se refería a "evidencia satisfactoria" como la que "ordinariamente produce la certeza o convicción moral en una conciencia exenta de preocupación." La jurisprudencia sobre este principio cardinal es muy abundante. Se trata de algo tan manido como importante: para probar un hecho a

satisfacción del juzgador no se requiere certeza matemática, ni la eliminación de toda duda posible, sino la persuasión de un juzgador no prejuiciado.

El apartado (D) también ha sido tomado de la anterior Ley de Evidencia (32 L.P.R.A., sec. 1661): "La evidencia directa de un testigo que merezca entero crédito es prueba suficiente de cualquier hecho, salvo perjurio o traición". La Regla 10 (D), en vez de "salvo perjurio o traición", dice en términos más generales, "salvo que por ley otra cosa se disponga". Las reglas de corroboración constituyen el mejor ejemplo de excepción al principio general. Véase Reglas 154-156 de Procedimiento Criminal. Sobre la suficiencia de una declaración de co-autor, véase Pueblo v. Cabán Torres, 86 J.T.S., 71.

El caso del agente encubierto merece especial atención, en virtud de que el Tribunal Supremo, si bien es cierto que no ha establecido un requisito estricto de corroboración, sí ha declarado insuficiente el testimonio "flaco y descarnado", estereotipado, sin suficientes detalles o pormenores que indiquen su confiabilidad. Para casos recientes, consúltese Pueblo v. Sanabria Pérez, 113 D.P.R. 694 (1983) y Pueblo v. Alamo Alamo, 85 J.T.S. 68.

En cuanto al apartado (F) ya hemos aludido a él al comienzo de este comentario con relación a la enmienda propuesta a esta regla. Valga añadir que en el Comité se suscitó una discusión con relación a la diferencia, si alguna, entre "más allá de duda razonable," que es el lenguaje de la Regla 10(F) y "más allá de toda duda razonable"- que es el lenguaje del Manual de Instrucciones al Jurado

para el Tribunal Superior de Puerto Rico, pág. 42, segunda edición, 1977-. Toda vez que se ha expresado que las Instrucciones del Manual gozan de presunción de corrección Pueblo v. Ortiz González, 111 D.P.R., 408 (1981), Pueblo v. Velázquez Caraballo, 110 D.P.R., 369 (1980), el Comité recomienda que se enmiende el Manual para eliminar la palabra "toda" y que la instrucción se transmita utilizando las expresiones de la Regla 10(F): más allá de duda razonable. Sobre el alcance de este concepto (más allá de duda razonable), véase Pueblo v. Bigio Pastrana, 85 J.T.S. 78, Pueblo v. Miranda Ortiz, 86 J.T.S. 34, Pueblo v. César Torres, 86 J.T.S. 71 y Pueblo v. Cruz Granados, 84 J.T.S. 106.

El apartado (G) contiene una vieja norma, uno de cuyos efectos es que cuando una parte presenta prueba secundaria, a pesar de que tiene evidencia primaria se mirará la misma con sospecha. El principio enunciado en esta Regla 10(G) es invocado con frecuencia fuera de toda proporción. Véase Ramcs v. Caparra Dairy, Inc., 112 D.P.R. 357 (1982), donde se dice que no es aplicable cuando la evidencia suprimida es de dudosa validez.

Finalmente, el apartado (H) tiene su origen en las definiciones pertinentes de evidencia directa y evidencia indirecta en la anterior Ley de Evidencia (32 L.P.R.A. secciones 1628 y 1630). Nada impide que el peso de la prueba de una parte sea descargado o satisfecho totalmente a base de evidencia circunstancial, aun en casos criminales. Véase Pueblo v. Ortiz Rodríguez, 100 D.P.R. 972, 978, 979 (1972).

Regla 11. Conocimiento judicial de hechos adjudicativos

(A) Los tribunales podrán tomar conocimiento judicial de hechos que no son razonablemente objeto de controversia por:

(1) Ser de conocimiento general dentro de la jurisdicción territorial del tribunal, o

(2) ser susceptibles de determinación inmediata y exacta recurriendo a fuentes cuya exactitud no puede ser razonablemente cuestionada.

(B) Los tribunales podrán tomar conocimiento judicial, a iniciativa propia y deberán tomar conocimiento judicial a solicitud de parte cuando ésta provea al tribunal con información suficiente para permitirle que tome tal conocimiento.

(C) La parte que solicita que se tome conocimiento judicial de un hecho debe notificar la solicitud a la parte adversa para dar oportunidad a ésta de prepararse y enfrentarse a la solicitud, si así lo estimare conveniente. Una parte tiene derecho a ser oída en torno a si procede tomar conocimiento judicial.

(D) Los tribunales podrán tomar conocimiento judicial en cualquier etapa de los procedimientos, incluyendo la etapa apelativa.

(E) En casos criminales por jurado el juez instruirá a los miembros del jurado de que deben aceptar como concluyente cualquier hecho del cual se haya tomado conocimiento judicial.

Regla Propuesta

(A) Esta regla se refiere solamente al conocimiento judicial de hechos adjudicativos.

(B) Sólo se podrá tomar conocimiento judicial de aquel hecho que no esté sujeto a controversia razonable bien porque:

(1) es de conocimiento general dentro de la jurisdicción territorial del tribunal, o

(2) es susceptible de corroboración inmediata y exacta mediante fuentes cuya exactitud no puede ser razonablemente cuestionada.

(C) Los tribunales podrán tomar conocimiento judicial a iniciativa propia o a solicitud de una parte. Los tribunales deberán, sin embargo, tomar conocimiento judicial cuando una parte así lo solicite y provea, además, la información suficiente para la toma de tal conocimiento judicial.

(D) Una parte tendrá siempre el derecho a ser oída en torno a si procede tomar conocimiento judicial. De no haber sido notificada oportunamente por el tribunal o por la parte promovente, la parte afectada podrá solicitar que se le oiga luego de que se haya tomado conocimiento judicial.

(E) Los tribunales podrán tomar conocimiento judicial en cualquier etapa de los procedimientos, incluyendo la etapa apelativa.

(F) En casos criminales ante jurado el juez instruirá a los miembros del jurado de que deben aceptar como concluyente cualquier hecho del cual se haya tomado conocimiento judicial.

COMENTARIOS

El Comité estima que la cuestión medular de qué clase de hechos están comprendidos bajo la regla, no debe figurar solamente en su

título, sino que debe aparecer expresamente en su texto. Por tal motivo, se ha recomendado un primer inciso (A) a tales efectos, y se ha procedido a reenumerar los restantes incisos. Esta enmienda está a tono con la Regla 201 (a) Federal.

El problema fundamental de la Regla 11 es el relativo a la distinción entre "hechos adjudicativos" y "hechos legislativos". Esta distinción proviene del profesor Davis en su artículo, "An Approach to Problems of Evidence in the Administrative Process", 55 Harv. L.Rev. 364, 404-407 (1942). Véase del mismo autor, "Judicial Notice", 55 Colum. L. Rev. 945 (1955); Administrative Law Treatise, Capítulo 15 (1958); "A system of Judicial Noticed Based on Fairness and Convenience", en, Perspective of Law, 69 (1964).

Los hechos adjudicativos son aquéllos a los cuales se aplica la ley en el proceso de adjudicación, son los hechos que están en controversia de acuerdo con las alegaciones de las partes y con el derecho sustantivo que gobierna el caso. Hechos legislativos en cambio son aquéllos que se refieren al razonamiento legal y al proceso normativo. Por otro lado, están las cuestiones de derecho de las que el tribunal puede tomar conocimiento judicial y que están reguladas por nuestra Regla 12 de Evidencia, mientras que en el sistema federal están atendidos bajo la Regla 44.1 de Procedimiento Civil y Regla 26.1 de Procedimiento Criminal (véase el comentario a la Regla Federal 201 de Evidencia).

Merece especial mención en Puerto Rico el caso de Moa v. E.L.A., 100 D.P.R. 573 (1972). En Moa, supra, el Tribunal Supremo tomó

conocimiento judicial de los sufrimientos morales de un padre ante el infortunio de un hijo, por ser éste un hecho de conocimiento común y general, notorio e indisputable ("...sufrir moralmente el padre por el infortunio del hijo, es, en términos generales, un hecho ordinario de la vida...") Id, pág. 587. En Meléndez v. Lebrón Rodríguez, 111 D.P.R. 45 (1981), el tribunal de instancia interpretó que la ratio de Moa le permitía tomar conocimiento judicial, a base de las declaraciones de varios de los demandantes, del dolor y los sufrimientos de los demás demandantes, aunque éstos no ofrecieron evidencia alguna al efecto. El Tribunal Supremo revocó por sentencia y dió a entender que en Puerto Rico, a pesar de que el "dolor" y el "sufrimiento" en ocasiones pueden adquirir la naturaleza de lo "notorio" e "indisputable", Moa, supra, el demandante que reclame haber sufrido daños morales tiene la obligación de él personalmente declarar sobre tales daños. Los ex-jueces, Honorables Irizarry Yunqué, Trias Monge y Rigau, disintieron por entender que la sentencia limitaba y desnaturalizaba la norma establecida en Moa.

En Puerto Rico, bajo el criterio de conocimiento general (Regla 11 (A) se ha tomado conocimiento judicial, por ejemplo de:

a) que determinada persona es figura pública. Olivieri v. Pierluisi, 113 D.P.R. 790 (1983).

b) que el período que tarda una carta luego del depósito en el correo es de 2 ó 3 días. Campos del Toro v. American Transit Corporation, 113 D.P.R. 337 (1982).

c) que el alcohol reduce el grado de percepción, concentración, agilidad mental y destreza motora. Pueblo v. Rivera Nazario, 113 D.P.R. 642 (1982).

d) que determinada persona resultó electa alcalde en unos comicios generales. Vélez Ramírez v. Romero Barceló, 112 D.P.R. 716 (1982),

e) de que la gasolina produce vapores que por ser más pesados que el aire tienden a bajar al fondo del receptáculo o lugar en que se encuentran. Vda. de Delgado v. Boston Ins., 99 D.P.R., 714, (1971).

Bajo la Regla 11(A)(2) es perfectamente legítimo tomar conocimiento judicial de todo tipo de materia siempre que ésta sea admisible. En cuanto al conocimiento judicial de las sentencias, es preciso reconocer que la aprobación de las Reglas de Evidencia han modificado la práctica previa. Compárense, Colón v. San Patricio, 81 D.P.R. 242, 273 (1954) y Toro Lugo v. Ortiz Martínez, 105 D.P.R. 229, 235 (1976), con Pueblo v. Feliciano Hernández, 113 D.P.R. 371 (1982). En Colón, el tribunal expresó que no podía tomar conocimiento judicial de procedimientos habidos y de la sentencia dictada contra una parte en otro pleito y, en Toro Lugo reiteró la norma al expresar que un tribunal no podía tomar conocimiento judicial de procedimientos y actuaciones fuera de los autos del pleito que se estaba ventilando. Sin embargo, en Pueblo v. Feliciano, supra, el tribunal de instancia tomó conocimiento judicial de convicciones anteriores del acusado para determinar

delincuencia habitual. Después de todo, Toro Lugo es anterior a las reglas y Feliciano Hernández es posterior a las mismas.

El inciso (B) actual y (C) de la Regla propuesta establecen una distinción entre el conocimiento judicial permisible y mandatorio. Permisible es aquél que toma el tribunal solicitelo una parte o no, mientras que mandatorio es aquél que se toma a solicitud de una parte que ha puesto al tribunal en condiciones de así hacerlo. El cambio sugerido es para mejorar la redacción.

El inciso (C) actual y (D) en la regla propuesta no hace más que satisfacer un imperativo del debido proceso: la parte contraria debe tener la oportunidad de ser oída sobre la corrección de tomar conocimiento judicial, lo que no implica necesariamente que tenga que presentar evidencia. A estos efectos, véase, Lluveras v. Mario Mercado e Hijos, 75 D.P.R. 7, 19-20 (1953), Colón v. San Patricio 81 D.P.R. 242,273 (1959).

De ordinario, la parte que no objeta que se tome conocimiento judicial de algún hecho se estima que ha renunciado al derecho a que se le escuche. Sin embargo, en Meléndez v. Lebrón Rodríguez 111 D.P.R. 45 (1981), aunque la parte no objetó que se tomara tal conocimiento judicial, el Tribunal Supremo revocó la sentencia, presumimos bajo los fundamentos de la Regla 6 de Evidencia. Véase con fines comparativos, Callison v. Callison 687 P.2d 106 (1984); City of Eudid v. Mabel, 484 N.E. 2d 249 (1984).

Ahora bien, como norma general, la parte debe solicitarle al tribunal que específicamente resuelva la controversia sobre el

conocimiento judicial, así como presentar en evidencia los documentos pertinentes para que el tribunal de apelación esté en condiciones de resolver. Véase, Matter of Pima County Mental Health, 716 P. 2d (1968).

La regla propuesta invierte el orden de las oraciones de la regla actual y aclara el remedio de la parte "no escuchada". Se dispone que, en tal caso, el derecho de la parte a ser oída, podrá reclamarse incluso con posterioridad a que se haya tomado conocimiento judicial.

El inciso (D) actual y (E) de la Regla propuesta dispone que los tribunales podrán tomar conocimiento judicial en cualquier etapa de los procedimientos, inclusive hasta en apelación.

En la esfera federal, donde es el jurado quien determina si toma o no conocimiento judicial, algunos tribunales han interpretado que no se puede tomar conocimiento judicial en apelación, pues podría estar violándose el derecho a la confrontación. United States v. Dior, 671 F.2d 351, n. 11, 358 (1982). Consúltese, también, los siguientes casos federales: United States v. Jones, 580 F.2d 219 (1978) donde se tomó conocimiento judicial de que la compañía de teléfonos transmite comunicaciones interestatales; United States v Dior, supra, donde se tomó conocimiento judicial del cambio de moneda entre Estados Unidos y Canadá; y Government of Canal Zone v. Burjan, 596 F.2d 690 (1979) en el que se tomó conocimiento judicial del límite territorial.

En Puerto Rico contamos con dos decisiones sobre este tema:



DE

En Bracewell v. E.L.A. 110 D.P.R. 767 (1981) se como
conocimiento judicial en apelación de un veredicto de jurado
de Bomberos. El Tribunal expresó que era un hecho que se produjo
conocimiento judicial de este hecho bajo la Regla 17 que en la
presente regla. En cuanto a un denominado "Informe de Investigación
del Servicio de Bomberos", el tribunal aclaró que, aunque dicho
informe se produjo después de dictada y notificada la sentencia,

hubiere sido propio tomar conocimiento judicial del mismo, si
hubiere procedido en derecho, aunque fuere en la etapa apelativa,
esta condición de que dicha regla cubra el conocimiento judicial
El inciso (E) actual y (F) es la regla propuesta respecto la
versión original de la regla federal equivalente a la nuestra, según
fuera enviada al Congreso por el Tribunal Supremo Federal. A tener
con la misma, en los casos por jurado, el juez instruirá a los
miembros del jurado de que deben aceptar como concluyente cualquier
hecho del cual se haya tomado conocimiento judicial.

Algunos miembros del Comite entienden que debe estudiarse el
problema potencial que presenta la regla al requerir que un hecho se
trate como concluyente en casos criminales por jurado. Esta misma
preocupación llevo al Congreso Federal a no adoptar la regla
propuesta por el Tribunal Supremo Federal y amerita un analisis mas
profundo.

Siete estados tienen una disposición similar a la nuestra,
Respecto al sistema extranjero, nuestro Tribunal Supremo ha...

Respecto al sistema extranjero, nuestro Tribunal Supremo ha...

Respecto al sistema extranjero, nuestro Tribunal Supremo ha...

Respecto al sistema extranjero, nuestro Tribunal Supremo ha...

Respecto al sistema extranjero, nuestro Tribunal Supremo ha...

Colorado, Idaho, Iowa, Minnesota, Mississippi, Nebraska, Utah, Vermont, West Virginia, Wyoming. Véase, por ejemplo, Del R. Evid 201(g); N.D. R Evid. 201(g); S.D. Codified Laws Ann. Sec 19-10-7; Wash. R. Evid. 20.

Para una discusión del tema, véase, A.B.A., Section of Litigation Emerging Problems Under Rules of Evidence, Regla 201, pág. 33 (1983).

se había expresado sobre la forma de probar el mismo en nuestros procedimientos judiciales. En López v. Sotelo, 70 D.P.R. 501 (1949) se tomó conocimiento judicial de que, a cierta fecha, el derecho de Cuba y Puerto Rico era el mismo. En Esteves v. Registrador, 43 D.P.R. 7 (1932) el tribunal indicó que "no podemos tomar conocimiento judicial de la Ley de Francia... (pero) es de presumirse que la ley allí, en lo que a las escrituras se refiere, es la misma que en Puerto Rico" (Id., pág. 9). Señaló el tribunal que correspondía a la persona que debía establecer cuál era el derecho extranjero, por razón de su reclamación o defensa, "demostrar cómo era la ley allí". En Futurama Import Corp. v. Trans. Caribbean, 104 D.P.R. 609 - 618 (1976), el tribunal dijo que la ley extranjera debía ser objeto de prueba, y si no se presentaba dicha prueba se presumía entonces que la ley extranjera era idéntica a la local. Esta presunción ha sido reiterada por la jurisprudencia posterior, como la forma tradicional de rellenar lagunas del derecho extranjero. Véase, Marrero Reyes v. García Ramírez, 105 D.P.R. 90, 104 (1976) donde el tribunal reiteró la norma en el sentido de que si no se probaba el Derecho extranjero, debía presumirse que la ley extranjera era idéntica a la local.

Por eso, para satisfacer la norma jurisprudencial al respecto, las partes pueden y deben presentar prueba formal del derecho extranjero; de lo contrario el tribunal podrá presumir que en cuanto al asunto en controversia, la ley extranjera es idéntica a la local.

El Comité entiende que la forma de establecer el derecho

extranjero y las ordenanzas municipales requiere tomar en consideración múltiples factores sobre política y doctrina jurídica, en especial, de derecho procesal. Se presentan interrogantes como las siguientes: ¿se justifica en la actualidad distinguir entre los tribunales de distrito, los tribunales superiores y el Tribunal Supremo en materia de ordenanzas municipales? ¿Presentan las ordenanzas municipales problemas similares o distintos a los que presentan los reglamentos de las agencias estatales? ¿Hay alguna importancia práctica en distinguir entre los tribunales de distrito y superiores, o el factor de la competencia de estos tribunales reviste poca importancia? ¿Qué derechos deben tener las partes a ser notificadas y oídas respecto a si procede tomar conocimiento judicial de las ordenanzas municipales? ¿Qué efecto, si alguno, tiene el que las ordenanzas o reglamentos no estén incorporados en registros disponibles para su examen por los ciudadanos en general? Interrogantes similares surgen respecto al derecho extranjero.

Para resolver estas interrogantes se podría, por ejemplo, enmendar la Regla 12 para establecer disposiciones concretas respecto al derecho extranjero y las ordenanzas municipales. Múltiples jurisdicciones así lo han hecho (Alaska, Delaware, Florida, Hawaii, Michigan, Montana, Nevada, New Hampshire, Oklahoma, Oregon, Texas y West Virginia). Véase A.B.A. - Section of Litigation, State Rules of Evidence Project Trial Evidence Committee, cap. 7, p.3.

(Preliminary Draft 1986)

Otra posibilidad sería la de disponer de este asunto en las

Reglas de Procedimiento Civil y Criminal. Nótese, por ejemplo, que las Reglas de Procedimiento Civil Federal incluyen una regla relativa al derecho extranjero, Regla 44.1 y que dicha regla ha sido adoptada como propuesta de Ley Modelo. Muchos estados han aprobado estatutos o reglas de procedimiento sobre este tema, frecuentemente comparables a la Regla 44.1 de Procedimiento Civil Federal o a la Regla 26.1 de Procedimiento Criminal Federal (Arkansas, Maine, Minnesota, Nebraska, New Mexico, North Carolina, North Dakota, South Dakota, Washington y Wyoming, entre otros).

Si se decide atender esta laguna en nuestro derecho procesal, mediante reglas de procedimiento o de evidencia, podrían incorporarse a las mismas algunas disposiciones para regir los procedimientos mediante los cuales el tribunal puede establecer y utilizar hechos legislativos. Con relación a los hechos legislativos, el Comité expresó su preocupación en nuestro comentario a la Regla 11.

De una u otra forma el Comité entiende que la atención que este asunto requiere, excede las posibilidades de tiempo en este momento y, por lo tanto, sólo hace constar la existencia de estas lagunas y la necesidad de estudio adicional antes de hacer recomendaciones al respecto.

Regla 13. Definiciones

(A) Una presunción es una deducción de un hecho que la ley autoriza a hacer o requiere que se haga de otro hecho o grupo de hechos previamente establecidos en la acción. A ese hecho o grupo de hechos previamente establecidos se le denomina hecho básico; al hecho deducido mediante la presunción se le denomina hecho presumido.

(B) La presunción es incontrovertible cuando la ley no permite presentar evidencia para destruir o rebatir la presunción, o sea, demostrar la inexistencia del hecho presumido. El resto de las presunciones se denominan controvertibles.

(C) Este Capítulo se refiere sólo a presunciones controvertibles.

COMENTARIOS

Las presunciones no son evidencia; por eso no están incluidas en los medios de prueba señalados en la Regla 3. Las presunciones son reglas de inferencia dirigidas al juzgador con relación a ciertos supuestos. Sobre la naturaleza de la presunción, consúltese Chiesa, Sobre la Validez Constitucional de las Presunciones, XIV Rev. Jur. U. I. 727, 727-730 (1980).

La definición de la Regla 13(A) supone un hecho básico -o grupo de hechos llamémosle A, y un hecho presumido, llamémosle B, que es el que el juzgador podrá o tendrá que inferir, según el efecto de la presunción, materia regulada en las Reglas 14 y 15.

El apartado (B) de la regla establece una división fundamental entre las presunciones: las controvertibles y las incontrovertibles. En el caso de la presunción incontrovertible, establecido el

hecho básico A, no se permite refutar en modo alguno el hecho presumido B, es decir, no se permite evidencia en apoyo de "no B". El resto de las presunciones es decir, cuando se permite evidencia para refutar el hecho presumido B son controvertibles. La presunción incontrovertible no es, en rigor, materia probatoria sino sustantiva. Véase Chiesa, *Práctica Procesal Puertorriqueña, Evidencia*, pág. 40, (1983). Por eso las presunciones incontrovertibles de la anterior Ley de Evidencia (32 L.P.R.A., Sec. 1886) fueron derogadas por la actual Regla 84(A). En la medida en que una presunción incontrovertible sea una verdadera presunción, en el sentido probatorio, su defecto constitucional es patente. Por eso, la Regla 13 (C) establece que el Capítulo III de las reglas, que regula las presunciones, sólo se refiere a las presunciones controvertibles. Adviértase que toda norma de derecho sustantivo puede expresarse con lenguaje de presunción incontrovertible. Así la norma de que "un contrato sin causa es nulo" podría expresarse con aire de presunción incontrovertible. Probado el hecho básico A (no hay causa), se presume incontrovertiblemente el hecho B (el contrato es nulo). En lo penal, la norma del artículo 29 del Código Penal a los efectos de que los menores de 18 años son inimputables, podría expresarse, indebidamente, en lenguaje de presunción. Probado el hecho de que una persona es menor de 18 años, se presume incontrovertiblemente inimputable. Fuera del derecho, cualquier proposición universal afirmativa (ejemplo, todos los hombres son mortales) podría expresarse en lenguaje de presunción incontrovertible (probado que una persona es

hombre, se presume incontrovertiblemente que es mortal). Por eso es que no debe hablarse de "presunción incontrovertible" como un asunto de derecho probatorio.

Sobre el aspecto constitucional, véase Chiesa, Sobre la Validez Constitucional de las Presunciones, supra.

Regla 14. Efecto de las presunciones en casos civiles

En una acción civil, una presunción impone a la parte contra la cual se establece la presunción el peso de la prueba para demostrar la inexistencia del hecho presumido. Si la parte contra la cual se establece la presunción no ofrece evidencia para demostrar la no existencia del hecho presumido, el juzgador debe aceptar la existencia de tal hecho. Si se presenta evidencia en apoyo de la determinación de la no existencia de tal hecho, la parte que interesa rebatir la presunción debe persuadir al juzgador de que es más probable la no existencia que la existencia del hecho presumido.

COMENTARIOS

La regla delimita el alcance del efecto de una presunción en casos civiles. Esta materia ha sido objeto de grandes controversias entre los estudiosos de este campo. El punto central versa sobre el menor o mayor efecto que han de tener las presunciones. Aunque hay varios enfoques, las doctrinas pueden reducirse a dos. Una sostiene que el efecto de una presunción debe limitarse a un cambio en la obligación de presentar evidencia, pero no en el peso de la prueba, que permanecería inalterado a través de todo el procedimiento, en la parte que originalmente lo tenía. Aquí el efecto de la presunción es mínimo. La parte afectada por la presunción sólo tiene que presentar evidencia en apoyo de la no existencia del hecho presumido para prácticamente hacer desaparecer la presunción, pues el juzgador podría dirimir el conflicto como si no existiera la presunción. El único peligro que corre la parte afectada por la presunción es el de

que si no presenta evidencia para rebatir la misma, queda adjudicado en su contra el hecho presumido. Esta versión del efecto de las presunciones fue la que finalmente quedó aprobada en la Regla 301 de las Reglas Federales de Evidencia. La doctrina ha sido severamente criticada por su efecto mínimo sobre la prueba. De ordinario se le conoce como "the bursting bubble theory" en virtud de que la presunción se desvanece tan pronto se presenta evidencia en apoyo de la no existencia del hecho presumido.

La otra doctrina -establecida en la Regla 14- pretende dar mayor efecto a la presunción. La parte afectada por ésta no sólo viene obligada a presentar evidencia para rebatir la presunción sino que, además, debe persuadir al juzgador, por preponderancia de la evidencia, de la no existencia del hecho presumido. Es decir, aunque originalmente el peso de la prueba para establecer el hecho presumido descansa en una parte, ésta puede valerse de una presunción para establecer el hecho básico y entonces se produce un cambio en el peso de la prueba y la otra parte debe persuadir al juzgador de la no existencia del hecho presumido. Bajo esta norma la parte afectada por la presunción corre un doble riesgo. Primero, si no presenta evidencia en contrario, el juzgador deducirá la existencia del hecho presumido. Segundo, no basta presentar alguna evidencia en apoyo de la no existencia del hecho presumido para hacer desvanecer el efecto de la presunción, sino que, además, la evidencia debe ser de tal valor probatorio que persuada al juzgador de que es más probable la no existencia del hecho presumido que la existencia del

mismo. Sobre este asunto, véase, McCormick, On Evidence, Sec. 345. Esta doctrina fue recogida en la Regla 301 que originalmente envió al Congreso el Tribunal Supremo de los Estados Unidos. McCormick considera ésta la mejor regla, pero finalmente, se aprobó la versión que favorece la teoría más débil. California ha seguido un enfoque intermedio, concediendo a las presunciones que descansan en política pública un efecto mayor, similar a esta Regla 14; al resto de las presunciones, basadas en razones de probabilidad, se le da el efecto menor similar a la Regla 301 de las federales. Este enfoque resulta problemático, pues no es fácil ni preciso determinar en cada caso el fundamento de la presunción. Además, se da un efecto muy insuficiente al grueso de las presunciones. Véanse las Secciones 603-606 del Código de Evidencia de California.

Por último, debe distinguirse una presunción de una inferencia permisible, como lo es, por ejemplo, la doctrina de res ipsa loquitur. La presunción -aun bajo el efecto menor del bursting bubble theory- tiene mayor consecuencia sobre la prueba que la inferencia permisible. En el caso de la presunción, si no se presenta evidencia para rebatir el hecho presumido, el juzgador viene obligado a deducirlo, quedando tal hecho establecido. En el caso de una inferencia permisible, establecido el hecho básico el juzgador puede, pero no tiene, que inferir el "hecho inferido". Dicho de otra forma, si se trata de una inferencia permisible, aun cuando no se presente evidencia en contrario, el juzgador no viene obligado a hacer la inferencia. En verdad, la inferencia permisible no es sino

una instancia especial de evidencia circunstancial, que por razón de su importancia cobra fuerza de regla o norma especial ("standardized inference"). Aunque tenga el efecto práctico de imponer a una parte la obligación de presentar evidencia para rebatir el "hecho inferido", si no se presenta la evidencia de refutación, el juzgador no viene obligado a inferir. Presentada evidencia de refutación, el juzgador resolverá por preponderancia de la evidencia. Es permisible informar al jurado sobre la existencia de la norma de inferencia permisible.

Luego de aprobadas las Reglas de Evidencia, el Tribunal Supremo ha tenido oportunidad de expresarse sobre el efecto de presunciones en casos civiles. En Ibáñez v. Molinos de Puerto Rico, 114 D.P.R. 42 (1983), el Tribunal Supremo consideró el efecto de la presunción de discrimen en el empleo establecido en la Ley Num. 100 de 30 de junio de 1959, 29 L.P.R.A. Secs. 146. El artículo 3 de esta ley (29 L.P.R.A. Sec. 148), establece la siguiente presunción de discrimen:

"Se presumirá que cualquiera de los actos mencionados en las secciones precedentes fueron cometidos en violación de esta ley cuando los mismos hayan sido realizados sin justa causa. Esta presunción será de carácter controvertible."

El Tribunal Supremo resolvió que el efecto de esta presunción -cuyo hecho presumido es el discrimen en el empleo o despido discriminatorio ilegales el señalado en la Regla 14 de Evidencia y no el establecido en la jurisprudencia federal para una presunción similar bajo el Age Discrimination in Employment Act (1967). Se explica el efecto "fuerte" de las presunciones en casos civiles que rige en

Puerto Rico a partir de la vigencia de las Reglas de Evidencia. Bajo tal efecto, una vez que el empleado despedido establece los hechos básicos que activan la presunción, corresponde al patrono probar, por preponderancia de la prueba, que la razón del despido no fue discriminatoria. Esta doctrina fue reafirmada por el Tribunal Supremo en Odrizola v. Superior Cosmetics, 85 J.T.S. 51.

Finalmente, en Pueblo v. Vázquez Méndez, 86 J.T.S. 28, el Tribunal Supremo invocó la Regla 14 de Evidencia para dar efecto "fuerte" a la presunción de invalidez de un registro sin previa orden judicial. Aunque la solicitud de supresión de evidencia es un procedimiento criminal, toda vez que la presunción de invalidez del registro sin orden favorece al acusado, su efecto está regulado por la Regla 14 y no por la Regla 15, que aplica cuando el efecto de la presunción perjudica al acusado. El Tribunal Supremo resuelve que, de conformidad con la Regla 14, una vez que la defensa demuestra que el registro o incautación se hizo sin previa orden judicial, compete al Ministerio Público establecer la legalidad del registro o incautación.

Regla 15. Efecto de presunciones en casos criminales

(A) En una acción criminal, cuando la presunción perjudica al acusado, su efecto es imponer a éste la obligación de presentar evidencia para rebatir o refutar el hecho presumido, salvo disposición estatutaria en contrario. La presunción no tendrá efecto alguno de variar el peso de la prueba sobre los elementos del delito o refutar una defensa del acusado.

(B) Cuando la presunción beneficia al acusado ésta tendrá el mismo efecto que lo establecido en la Regla 14.

(C) Al instruirse al jurado sobre el efecto de una presunción contra el acusado, deberá hacerse constar que:

(1) Basta que el acusado produzca duda razonable sobre el hecho presumido para derrotar la presunción, y

(2) el jurado no viene obligado a deducir el hecho presumido, aun cuando el acusado no produjera evidencia en contrario, pero puede instruirse al jurado que si considera establecido el hecho básico puede deducir o inferir el hecho presumido.

Regla Propuesta

(A) En una acción criminal, cuando la presunción perjudica al acusado su efecto es, salvo disposición estatutaria en contrario, permitir al juzgador inferir el hecho presumido cuando no se presenta evidencia alguna para refutarlo. Si de la prueba presentada surge duda razonable sobre el hecho presumido, la presunción queda derrotada. La presunción no tendrá efecto alguno de variar el peso de la prueba sobre los elementos del delito o refutar una defensa del acusado.

(B) Cuando la presunción beneficia al acusado ésta tendrá el mismo efecto que lo establecido en la Regla 14.

C) Al instruirse al jurado sobre el efecto de una presunción contra el acusado, deberá hacerse constar que:

(1) Basta que el acusado produzca duda razonable sobre el hecho presumido para derrotar la presunción, y

(2) el jurado no viene obligado a deducir el hecho presumido, aun cuando el acusado no produjera evidencia en contrario, pero puede instruirse al jurado que si considera establecido el hecho básico puede deducir o inferir el hecho presumido.

COMENTARIOS

La enmienda propuesta al apartado (A) de la regla, aparte de un cambio de sintaxis, sustituye la expresión "su efecto es imponer a éste (acusado) la obligación de presentar evidencia para rebatir o refutar el hecho presumido" por "su efecto es permitir al juzgador inferir el hecho presumido cuando no se presenta evidencia alguna para refutarlo". Y se añade: "Si de la prueba presentada surge duda razonable sobre el hecho presumido, la presunción queda derrotada".

El lenguaje de la regla actual, Regla 15(A), se presta a equívoco. La obligación del acusado existe, pero sólo en el sentido de que si no presenta prueba alguna se arriesga a que el juzgador infiera el hecho presumido. El riesgo no es que si no presenta prueba de refutación, el juzgador tendrá que inferir el hecho presumido. En cualquier caso, presente o no la defensa evidencia para refutar el hecho presumido, no hay obligación de inferir por parte del

juzgador. Más aún, la oración añadida (si de la prueba presentada surge duda razonable sobre el hecho presumido, la presunción queda derrotada), es necesaria para aclarar que ya sea en caso por jurado o por tribunal de derecho, el efecto de la presunción es el mismo en cuanto a la causa del acusado. Es erróneo el comentario original que acompaña a la Regla 15 en cuanto expresa una diferencia en cuanto al efecto de la presunción, entre casos por jurado y casos por tribunal de derecho.

Las presunciones, en casos criminales, suscitan serias interrogantes constitucionales, no sólo respecto a la relación que debe existir entre el hecho básico y el hecho presumido, sino también con relación a su efecto. Véase Chiesa, Sobre la Validez Constitucional de las Presunciones, 14 Rev. Jur. U. I.727, (1980) y casos allí citados: Turner v. United States, 396 U.S. 398 (1970); Leary v. United States, 395 U.S.6 (1969); United States v. Romano, 382 U.S. 136 (1965); United States v. Gainey, 380 U.S.63 (1965); Tot v. United States, 319 U.S.463 (1943); Barner v. United States, 412 U.S.837 (1973); Ulster County v. Allen, 442 U.S.140 (1979); Sandstrom v. Montana, 441 U.S. 510 (1979).

A mayor efecto de la presunción, cuando ésta se utiliza contra el acusado, mayor dificultad constitucional. La Regla 15 da efecto mínimo a la presunción usada contra el acusado, salvando así el ataque constitucional fundado en efecto excesivo, lo que ocurriría si se diera el efecto mayor dispuesto en la Regla 14. Cuando la presunción es utilizada por la defensa, no hay problema constitucional y

se da el efecto mayor dispuesto en la Regla 14. Por supuesto, siempre se requiere que haya conexión racional entre el hecho básico y el hecho presumido.

El efecto de la presunción, bajo esta Regla 15, se reduce a una inferencia permisible, pues aunque la defensa no ofrezca evidencia alguna para refutar el hecho presumido, el juzgador no está obligado a inferirlo. Véase, Pueblo v. Batista Maldonado, 100 D.P.R. 936 (1972).

Adviértase que la regla indica "salvo disposición estatutaria en contrario". Si un estatuto da un efecto mayor a la presunción, dicho estatuto prevalece sobre la regla de evidencia, pero puede poner en peligro la validez de la presunción. Tal es el caso del Artículo 29 de la Ley de Explosivos (25 L.P.R.A. Sec. 584) que expresamente señala que el peso de la prueba para refutar el hecho presumido recae sobre el acusado, lo que luce inconstitucional de su faz, pues el hecho presumido es justamente la ilegalidad criminal de la conducta del acusado. La presunción fue atacada en Vives v. Tribunal Superior, 101 D.P.R. 139 (1973), pero el Tribunal Supremo halló el planteamiento constitucional prematuro y no lo resolvió. Lo que debe hacerse para salvar la validez de tal presunción, de plantearse en el futuro, es darle el efecto menor de la Regla 15.

En Pueblo v. González, 111 D.P.R. 167 (1981), el Tribunal Supremo consideró la validez de la presunción establecida en el artículo 14 de la Ley de Armas (25 L.P.R.A. Sec. 424), cuyo hecho presumido es la posesión ilegal de armas. El Tribunal resolvió que

tal presunción no era aplicable en procedimientos de portación ilegal de armas (artículo 8 de la Ley de Armas), por lo que no había necesidad de pasar juicio sobre el problema constitucional.

Finalmente, adviértase que en casos por jurado, el efecto de una presunción es el que le da el juez en las instrucciones que imparte. Independientemente del efecto estatutario o reglamentario de la presunción, si el juez le da un efecto mayor en el modo de impartir la instrucción de rigor, se suscita el problema constitucional. Véase, Sandstrom v. Montana, 442 U.S. 510 (1979).

Regla 16. Presunciones específicas

Las presunciones son aquellas establecidas por ley o por decisiones judiciales. Entre las presunciones controvertibles se reconocen las siguientes:

1. Que una persona es inocente de delito o falta.
2. Que todo acto ilegal fue cometido con intención ilegal.
3. Que toda persona intenta la consecuencia ordinaria de un acto cometido por ella voluntariamente.
4. Que toda persona cuida de sus propios asuntos con celo ordinario.
5. Que toda evidencia voluntariamente suprimida, resultará adversa si se ofreciere.
6. Que toda evidencia superior habrá de ser adversa a la presentación de otra inferior.
7. Que todo dinero entregado por una persona a otra, se debía a ésta.
8. Que toda cosa entregada por una persona a otra, pertenecía a ésta.
9. Que una obligación entregada al deudor, ha sido satisfecha.
10. Que las rentas o pagos anteriores fueron satisfechos, cuando se presentaren los recibos correspondientes a rentas o pagos posteriores.
11. Que las cosas que obran en poder de una persona son de su pertenencia.
12. Que una persona es dueña de una cosa, por ejercer actos de dominio sobre ella, o ser fama general que le pertenece

13. Que una persona en cuyo poder obrare una orden a su cargo para el pago de dinero, o mandándole entregar una cosa, ha pagado el dinero o entregado la cosa de conformidad.
14. Que una persona en posesión de un cargo público, fue elegida o nombrada para dicho cargo, en debida forma.
15. Que los deberes a un cargo han sido cumplidos con regularidad
16. Que un tribunal o juez, obrando como tal, bien en Puerto Rico, cualquier Estado de la Unión o país extranjero, se hallaba en el ejercicio legal de su jurisdicción.
17. Que un registro judicial, aunque no fuere concluyente, determina o expone con exactitud, los derechos de la partes.
18. Que todas las materias comprendidas en una cuestión, fueron sometidas al tribunal o jurado, y resueltas por el mismo; y de igual modo, que todas las materias comprendidas en una cuestión sometida a arbitraje, fueron sometidas a los árbitros y resueltas por éstos.
19. Que las transacciones privadas fueron realizadas con rectitud y en debida forma.
20. Que se ha seguido el curso ordinario de los negocios.
21. Que un pagaré o letra de cambio fue dado o endosado mediante suficiente compensación.
22. Que el endoso de un pagaré o giro negociable, se hizo en la fecha y lugar en que fue extendido dicho pagaré o giro.
23. Que un escrito lleva fecha exacta.
24. Que una carta dirigida y cursada por correo debidamente, fue recibida en su oportunidad.

25. Identidad de persona, de la identidad de nombre.
26. Que el consentimiento resultó de la creencia de que la cosa consentida se ajustaba al derecho o al hecho.
27. Que las cosas han ocurrido de acuerdo con el proceso ordinario de la naturaleza y los hábitos ordinarios de la vida.
28. Que las personas que se conducen como socios tienen celebrado un contrato social.
29. Que un hombre y una mujer que se conducen como casados, han celebrado un contrato legal de matrimonio.
30. Que el niño nacido de legítimo matrimonio, no habiendo habido divorcio, es legítimo.
31. Que una vez probada la existencia de una cosa continúa ésta todo el tiempo que ordinariamente duran las cosas de igual naturaleza.
32. Que la ley ha sido acatada.
33. Que un documento o escrito de más de veinte años, es auténtico cuando ha sido generalmente acatado como auténtico por personas interesadas en la cuestión, y explicada satisfactoriamente su custodia.
34. Que un libro impreso y publicado, que se dice haberlo sido por autoridad pública, fue impreso o publicado por tal autoridad.
35. Que un libro impreso y publicado, que se dice contener las minutas de los casos juzgados en el Estado o país en que fuere publicado, contiene las minutas exactas de dichos casos.

36. Que el fideicomiso u otra persona, cuyo deber fuere traspasar bienes raíces a determinada persona, ha hecho realmente el traspaso, cuando tal presunción fuere necesaria para ultimar el título de dicha persona o de su sucesor en interes.
37. El uso no interrumpido por parte del público, durante cinco años, de un terreno para cementerio, con el consentimiento del dueño, sin que éste hubiere reservado sus derechos, constituye evidencia indirecta de su intención de dedicarlos al público para tal objeto.
38. Que al efectuarse un contrato escrito medió la correspondiente compensación.
39. Cuando dos personas perecieren en la misma calamidad, como un naufragio, una batalla, o un incendio, y no se probare cuál de las dos murió primero, ni existieren circunstancias especiales de dónde inferirlo, se presume la supervivencia por las probabilidades restantes de la fuerza, edad y sexo, de acuerdo con las siguientes reglas:
- Primera: Si ambas personas perecidas fueren menores de quince años, se presume haber sobrevivido la de mayor edad.
- Segunda: Si ambas tenían más de sesenta años, se presume haber sobrevivido la de menor edad.
- Tercera: Si una era menor de quince años, y la otra mayor de sesenta, se presume haber sobrevivido la primera.
- Cuarta: Si ambas tenían más de quince años y menos de

sesenta, siendo de distintos sexos, se presume haber sobrevivido el varón. Si eran el mismo sexo, entonces la de más edad.

Quinta: Si una era menor de quince o mayor de sesenta, y otra de edad intermedia, se presume haber sobrevivido ésta.

COMENTARIOS

El Comité estima que no debe enmendar esta regla pues compete a la Asamblea Legislativa el derogar o establecer presunciones en particular. Téngase presente que muchas de las presunciones se establecen por consideración de política pública. El legislador debe ser quien, en primer término, establezca o derogue estas presunciones.

Sin embargo, el Comité estima deseable advertir que muchas de las presunciones establecidas en la Regla 16 no tienen razón de ser, bien porque no son en rigor presunciones bajo la definición de la Regla 13, o por haberse tornado anacrónicas. En el primer grupo se encuentra la presunción de inocencia, Regla 16(1); en el segundo, las presunciones establecidas en los incisos (29) y (37) de la Regla 16.

La Asamblea Legislativa debe examinar el catálogo de presunciones establecido en esta regla y pasar juicio sobre los méritos de las mismas.

Por supuesto, existen presunciones fuera de las enumeradas en esta regla, ya sea en el Código Civil, en leyes especiales o en la jurisprudencia. Así, por ejemplo, la jurisprudencia ha creado una

presunción en el área penal, a los efectos de que la posesión de artículos hurtados no explicada satisfactoriamente (hecho básico) es suficiente para inferir que el poseedor acusado los hurtó (hecho presumido). Véase, Pueblo v. Batista Maldonado, 100 D.P.R. 936... (1972).

El propio Tribunal Supremo, mediante Resolución de 7 de mayo de 1976, creó una presunción de corrección en cuanto al contenido del Manual de Instrucciones al Jurado para el Tribunal Superior. Véase, Pueblo v. Ortiz González, 111 D.P.R. 408 (1981), donde el Tribunal Supremo reitera que dichas instrucciones no pueden ser impugnadas en ausencia de una demostración real de que en efecto la instrucción es errónea. Sin embargo, no se trata aquí, de una verdadera presunción, bajo la definición de la Regla 13.

El Código Civil contiene ciertas presunciones. Una de ellas, establecida en el artículo 113, fue considerada y modificada por el Tribunal Supremo en Moreno Alamo v. Moreno Jiménez, 112 D.P.R. 376 (1982). Dicho artículo crea una presunción de paternidad del esposo en casos de hijos de mujer casada nacidos dentro de determinado período. Esta presunción es cuasi incontrovertible, pues el Código sólo permite como evidencia de refutación la imposibilidad física de acceso sexual del marido a su mujer. Por imperativo constitucional, la paternidad del marido puede refutarse con cualquier evidencia "de carácter idóneo y concluyente de la imposibilidad de la paternidad del marido" (112 D.P.R. 376, 387), particularmente con prueba científica.

Regla 17. Presunciones incompatibles

En caso de surgir dos presunciones incompatibles en el sentido de quedar establecidos dos hechos inconsistentes entre sí, prevalecerá la presunción basada en consideraciones de mayor política pública y lógica; si, a juicio del tribunal, las consideraciones son de igual peso, se hará caso omiso de ambas presunciones.

Regla Propuesta

En caso de surgir dos presunciones incompatibles, no se aplicará ninguna de ellas, y el hecho en controversia se resolverá a base de la prueba.

COMENTARIOS

La regla aprobada originalmente resolvía este improbable conflicto a favor de la presunción fundada en consideraciones de mayor política pública y lógica (posibilidades). Esto resulta problemático pues es debatible no sólo cuál de dos presunciones está basada en una política pública de mayor jerarquía, o cuál de dos presunciones guarda mayor relación de probabilidad entre el hecho básico y el hecho presumido, sino también cuándo una presunción está fundada más bien en consideraciones de política pública que en probabilidades, o, viceversa. La presunción de paternidad legítima, establecida en el artículo 113 del Código Civil y en la Regla 16(30), está basada tanto en lo uno como en lo otro. Así ocurre con muchas otras presunciones. El Comité estima preferible, para resolver un conflicto que casi nunca ha de presentarse en la realidad, hacer caso omiso de ambas presunciones. Será el juez quien a base de la prueba

presentada resuelva el caso.

Sin embargo, es necesario señalar que algunos miembros del Comité expresaron reservas en cuanto a la regla propuesta. Consideraron éstos que cuando alguna de las presunciones incompatibles estuviera claramente basada en consideraciones de política pública, debe prevalecer la fundada en cuestiones de política pública.

Las llamadas presunciones incompatibles surgen cuando hay dos presunciones pertinentes al caso. Una de ellas tiene como hecho básico "A" y hecho presumido "B"; la otra tiene como hecho básico "C" y hecho presumido "no B" o lo contrario de "B". Una parte establece el hecho "A" y la otra parte establece el hecho "C"; ninguna de las partes presenta evidencia alguna para refutar el hecho presumido o la que presentan es insuficiente para refutarlo. El juzgador, bajo la Regla 14 en un caso civil, estaría obligado a inferir tanto "B" como su contradictorio "no B", en abierto contrasentido. Bajo la enmienda propuesta, el juzgador hará caso omiso de ambas presunciones y adjudicará la cuestión probatoria como si no hubiera tales presunciones en el ordenamiento. En cambio, bajo la regla vigente, tendría que considerar el peso relativo de cada presunción, en términos de sus fundamentos de política pública y probabilidades antes de descartar ambas presunciones.

En Cruz v. Ramos, 70 D.P.R. 715 (1949), surgió una curiosa situación de presunciones incompatibles, equivalentes a los incisos (29) y (31) de la Regla 16, que el Tribunal Supremo resolvió a favor del (29) por consideraciones de orden público.

Regla 18. Principio general

(A) Excepto cuando de otro modo se disponga por ley o por estas reglas, toda evidencia pertinente es admisible. Evidencia no pertinente es inadmisibles.

(B) Evidencia pertinente es aquella tendente 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.

Regla Propuesta

(A) Evidencia pertinente es aquella que (1) tiende a hacer que la existencia de un hecho en controversia o de utilidad para la adjudicación de la acción sea más o menos probable de lo que sería sin tal evidencia, o (2) sirve para impugnar o sostener la credibilidad de un testigo o declarante.

(B) Excepto cuando de otro modo se disponga por ley o por estas reglas, toda evidencia pertinente es admisible.

COMENTARIOS

El Comité estima que la regla vigente es algo confusa por ser bastante limitativa, por lo que debe ser enmendada en el sentido propuesto. El aspecto limitativo se refiere a que hay hechos que propiamente no están en controversia, pero que son importantes para la adjudicación de la acción. Un ejemplo sería lo relativo a la evidencia de "apoyo" o "trasfondo" que utiliza el ministerio público en su turno inicial de prueba para derrotar la especie de presunción de no confiabilidad del testimonio del agente encubierto. Esta

evidencia de esta en controversia...
rio cuando... que se...
la evidencia propuesta se...
cia sin previa impugnación de la...
evidencia propuesta, se sigue el...
se refiere a "any fact that is of consequence to the determination
of the action", lo que incluye...
sia, la credibilidad de testigos...
son importantes sin ser hechos...
necesariamente a credibilidad. El Advisory Committee...
Regla Federal 401 expresa que...

"Has the advantage of avoiding the...
and ambiguous word...
proved as...
consequence in the determination of the..."

se sigue con la evidencia propuesta, la tendencia...
definición de pertinencia que sea lo suficientemente...
permitir que se admita toda evidencia que tenga algún...
torio sobre hechos que, aunque no estén estrictamente...
sia, conducen al esclarecimiento de la verdad y, por ende...
adjudicación justa del caso. Tal tendencia se exhibe en...
siguientes citas:

"An offer of proof cannot be denied as remote or
speculative because it does not cover every fact
necessary to prove the issue. If it be an appro-
priate link in the chain of proof, that is enough
(Énfasis suplido). *McCandless v. U.S.*, 298 U.S.
102 (1936), citado en *Boothstein, Evidence, Cases,
Materials & Problems*, p. 355 (1986)

"...Considerable leeway is allowed even on direct examination for proof of facts that do not bear directly on the purely legal issues, but merely fill in the background of the narrative and give it interest, color and lifelikeness." (Enfasis suplido). McCormick on Evidence, pág. 541, (3a Ed. 1984).

"Use of the phrase fact of consequence in place of 'material' makes clear that the breadth of admissibility of relevant evidence under Rule 401 also extends to facts not in dispute. (Enfasis suplido). Graham, Evidence: Text, Rules, Illustrations and Problems, Pág. 13 (1983).

En síntesis, el inciso (A) propuesto establece una definición más amplia de pertinencia que incluye tres categorías:

1. hechos que abarcan o incluyen evidencia directa de un elemento del cargo, reclamación o defensa; estos serían los "ultimate facts".
2. hechos que al establecerse pueden llevar a inferir otros hechos relacionados con los elementos de un cargo, reclamación o defensa; estos serían los "intermediate facts" que constituyen la evidencia circunstancial.
3. hechos que se ofrecen como una ayuda para entender y evaluar la prueba en el caso, incluyendo la credibilidad de un testigo. Se incluye en esta categoría el "demeanor", el conocimiento personal, la impugnación, la rehabilitación de la credibilidad y el trasfondo personal del testigo. Graham, supra, pág. 16-17.

Regla 19. Evidencia pertinente excluida

Evidencia pertinente puede ser excluida cuando su valor probatorio es de poca significación en relación a cualesquiera de estos factores:

- a- peligro de causar perjuicio indebido
- b- probabilidad de confusión
- c- desorientación del jurado
- d- dilación de los procedimientos
- e- innecesaria presentación de prueba acumulativa

COMENTARIOS

La jurisprudencia interpretativa de esta norma de Derecho probatorio encierra, actualmente, una variedad tal que desafía los intentos de sistematización. Por ello, se comprenderá que las soluciones que los tribunales han dado en esta materia puedan ser más inventariadas que agrupadas en una teoría auténticamente lógica.

No obstante, la Regla 19 cumple una función clave dentro del actual sistema probatorio. Los comentaristas se han referido a ella con calificativos tales como "the cornerstone" y "keystone of the arch". Ver respectivamente, Peterfreund, Relevance and its Limits... 25 Rec. A. B. City N. Y. 80, 83 (1970); Morgan, The Code of Evidence Proposed by the American Law Institute, 27 A.B.A.J. 539, 542 (1941). La justificación de su existencia es clara: unas reglas de evidencia orientadas a la admisibilidad, que eliminan gran parte de las antiguas reglas de exclusión y que endosan una definición tan liberal de pertinencia necesitan un mecanismo que permita al juez

tener un control de la evidencia que es técnicamente admisible. La doctrina, escasa y dispersa, sólo recientemente se ha ocupado de estudiar con profundidad su lenguaje. Gold, Limiting Judicial Discretion to Exclude Prejudicial Evidence, 18 U.C.D.L. Rev. 59-96 (1984); Gold, Federal Rules of Evidence 403: Observations on the Nature of Unfairly Prejudicial Evidence, 58 Wash. L. Rev. 497 (1983); Dolan, Rule 403: The Prejudice Rule in Evidence, 49 S. Cal. L. Rev. 220 (1976); Teitelbaum, Sutton-Barbers & Johnson, Evaluating the Prejudicial Effect of Evidence: Can Judges Identify the Impact of Improper Evidence on Juries?, 1983, Wis. L. Rev. 1147 (1983); Rice - Orr, Evidence Application and Refinement of the Federal Rules of Evidence in the Seventh Circuit, 61 Chi.- Kent L. Rev. 395, 396-400 (1985); Graham, Evidence and Trial Advocacy Workshop, Exclusion of Relevant Evidence on Grounds of Prejudice, Misleading, Confusion, or Waste of Time, 18 Crim. L. Bull. 154 (1982).

Un examen de esta literatura puede llevar a la conclusión de que la regla no está cumpliendo con su cometido y que se ha convertido en "víctima" de los problemas que intentó resolver. Las razones son varias. Se dice que su lenguaje es, por necesidad, de contorno impreciso y que es muy difícil dar una definición general de conceptos tales como "valor probatorio" o "perjuicio indebido", aunque jueces y abogados aseguren poder identificarlos cuando están en su presencia ("I know it when I see it"). Como comenta un autor: "The claim of unfair prejudice has become the closing shot of every objection, trivializing an important principle while unduly

increasing the number of legal issues that must be decided before the presentation of evidence may proceed". Gold, Federal Rules of Evidence 403..., supra, pág. 498. Los tribunales, por su parte, han utilizado su discreción para excluir prueba bajo esta regla, sin tener una noción clara de sus términos, Id.

El Comité, consciente de estos problemas y de que éstos no son susceptibles de solución precisamente por vía de una enmienda a la regla, entiende que un breve comentario en torno a los conceptos y valores asociados a la misma podría resultar de provecho.

I: "EVIDENCIA PERTINENTE PUEDE SER EXCLUIDA..."

La regla comienza por declarar que la evidencia pertinente puede ser excluida. La versión en inglés de la Regla 403 Federal dice: "Although relevant, evidence may be excluded...". Este segmento de la regla entraña dos corolarios. Primeramente, esta regla da por sentado que la prueba es pertinente; si la evidencia no fuera pertinente de acuerdo con la definición que ofrece la Regla 18, sería inadmisibile independientemente de que cause o no cause perjuicio. Algunos tribunales han señalado que dado el hecho de que la evidencia a excluir es por definición "pertinente", esta regla debe utilizarse con moderación. United States v. Maester, 762 F.2d 867, 874-876 (1985); Ford Motor Co. v. Pool, 688 S.W.2d 879-882 (1985); Towner v. State, 685 P.2d 45, 49 (1984).

También se ha señalado que la regla debiera leer, "evidencia admisible", en lugar de "pertinente", toda vez que la pertinencia es la primera, pero no la única condición a la admisibilidad y la Regla 19

aplica a toda la prueba que resulta admisible bajo las reglas.

Dolan, Rule 403..., supra, pág. 231.

Se comenta igualmente que la regla no ofrece una definición del término "excluir". Hay quienes opinan que incluye actuaciones tales como suprimir evidencia ya previamente admitida, con las consabidas instrucciones al jurado, amén de otras medidas que están destinadas a limitar y ceñir el uso que puede darse a la prueba en el juicio. 22 Wright and Graham, Federal Practice and Procedure: Evidence sec. 5213.

Un segundo principio se deriva de esta expresión inicial: su carácter discrecional. La regla dice que la evidencia pertinente puede ser excluida... La regla permite, pero no obliga.

La controversia en torno a si la Regla 403 Federal debía contener en parte un lenguaje mandatorio, estuvo por algún tiempo en boga. Según una propuesta original del ADVISORY COMMITTEE, la exclusión hubiese sido mandatoria en los casos de perjuicio, confusión o desorientación si, naturalmente, el tribunal concluía que el valor de la evidencia quedaba superado por estos factores. En los casos de dilación e innecesaria presentación de prueba, el juez hubiere conservado su discreción aunque el balance se inclinara a favor de la exclusión. Sin embargo, esta visión "bifurcada" de la regla no prevaleció en el proceso de aprobación y finalmente se adoptó el actual modelo que no hace tal distinción entre exclusión mandatoria y discrecional. Ver, Weinstein & Berger, Weinstein's Evidence, Sec. 403 (01) (1985).

Algunos estados como Nevada y Ohio han favorecido esta dicotomía.

Sin embargo, la diferencia es más aparente que real. Aun bajo el esquema que impera en estas jurisdicciones, el tribunal tiene que determinar primeramente sobre bases absolutamente discrecionales, si el valor de la prueba es de poca significación en relación con cualesquiera de los tres factores mencionados. Es decir, el tribunal determina discrecionalmente si la exclusión es de un tipo u otro. Givens v. State, 657 P.2d 97,99 (1983); State v. Williams, 446 N. E. 2d 444, 447-448 (1983). En estos términos, es verdaderamente innecesario hablar de exclusión "mandatoria".

Pueden señalarse varios factores de naturaleza similar que han propiciado la evolución operada en la interpretación de la llamada discreción judicial en esta área del derecho probatorio. De entrada, hay que aclarar que el término "discreción" tiene varios significados para el Derecho. Como en el marco de este comentario no puede hacerse un estudio completo de la figura, remitimos a las siguientes monografías: Waltz, Judicial Discretion in the Admission of Evidence Under the Federal Rules of Evidence, 79 Nw. U. L. Rev. 1097 (1985); Rosenberg, Judicial Discretion of the Trial Court, Viewed from Above, 22 Syracuse L. Rev. 635 (1971); Greenawalt, Discretion and Judicial Decision: The Elusive Quest for the Fetters that Bind Judges, 75 Colum. L. Rev. 359 (1975); Pound, Discretion, Dispensation and Mitigation: The Problem of the Individual Special Case, 35 N.Y. U. L. Rev. 925 (1960); Berga, Discreción judicial de los tribunales sentenciadores, 2 Rev. Jur.U.P.R.40 (1932).

Primeramente, se dice que la discreción es un requisito indispensable en la formulación y aplicación de esta regla, porque aunque la

misma enumera una serie de factores de primer orden para el Derecho, éstos sólo cobran significación a la luz de los hechos de cada caso. En estas circunstancias, es vital y necesario dejar al juez gran parte de la apreciación.

De forma parecida, la justificación para la discreción se ha buscado en la necesidad de impartir una justicia individualizada. No cabe duda de que el tribunal de instancia está colocado en mejor situación que el tribunal apelativo para apreciar los peligros que la regla trata de evitar. Esta realidad ha propiciado que se haya erigido una política de control apelativo muy reducida en este género de casos. Véase, por ejemplo, Pueblo v. Lebrón, 113 D.P.R. 81,100 (1982); United States v. Esdaille, 769 F.2d 104,108 (1985); United States v. Layton, 767 F.2d 549,554 (1985); United States v. Rouco, 765 F 2d 983, 995 (1985).

También se apuntan razones que parecen más sicológicas que jurídicas y que persiguen preservar y fortalecer la dignidad y la "moral" del tribunal de instancia. Se dice, por ejemplo, que éste debe resolver complejos asuntos con rapidez e idealmente, sin el temor a ser revocado por un tribunal que dispone de tiempo para reflexionar, verdadero "lujo" en el tribunal inferior. 2 Louisell and Mueller, Federal Evidence, sec. 125, págs. 14-15 (1985). En Puerto Rico, el Tribunal Supremo se ha mostrado generalmente deferente con el foro primario, salvo que en apelación aquél haya quedado convencido de que una parte sufrió un perjuicio claramente indebido y anormal. Véase, por ejemplo, Pueblo v. Pagán Díaz, 111 D.P.R. 608, 617-624 (1981).

Coinciden los autores en que esta discreción tiene límites. En primer lugar, esta regla no permite que el tribunal excluya prueba simplemente por no merecerle crédito. La Regla 19 no altera el principio general de que la credibilidad es un asunto a ser determinado por el jurado en los casos apropiados.

United States v. Thompson, 615 F.2d 329, 332-333 (1980).

Segundo, la Regla 19 opera para excluir evidencia que resulta de otra forma admisible, pero no funciona a la inversa. Es decir, no está pensada para permitir que el tribunal acepte prueba inadmisible (Ej. prueba de referencia) "por su valor probatorio". En ese caso, en puridad, no existe tal valor.

Tercero, el reconocimiento de una discreción bajo la Regla 19 no equivale a decir que el litigante debe entregarse pura y simplemente a la prudencia del juez, desligado éste de todo deber de coherencia. 22 Wright and Graham, supra, Sec. 5223, pág. 318.

Por razones de índole práctica, muchos tribunales apelativos federales no han exigido que los tribunales inferiores expresen para "record", los elementos que tuvieron en cuenta al resolver un planteamiento bajo la Regla 403. Se dice que en ocasiones ello podría resultar impracticable al calor del juicio; el jurado podría verse forzado a abandonar la sala (Regla 9(C)), lo que produciría a su vez dilación en los procedimientos, precisamente uno de los males que la regla quiere evitar. 2 Louisell-Mueller, Federal Evidence, supra, pág. 20. Sin embargo, como dicen los autores precitados, "(A) sense of proportion is needed". Id. Mientras mayores sean los riesgos, o

mayor sea la importancia de la prueba, así también con mayor cuidado debe ponderar el tribunal una objeción levantada al amparo de la Regla 19. En la medida de lo posible, el juez debe articular formalmente sus determinaciones para el "record". United States v. Petrov, 747 F.2d 824,832 (1984); United States v. Jamil, 707 F.2d 638,642 (1983); United States v. Bradshaw, 690 F.2d 704,708-709 (1982); State v. Kinard, 696 P.2d 603,605 (1985).

II. "...CUANDO SU VALOR PROBATORIO ES DE POCA SIGNIFICACION EN RELACION A..."

Bajo un enfoque clásico, valor probatorio se ha entendido en términos de "pertinencia", concepto, sin embargo, diferente. Evidencia pertinente es aquélla tendente a hacer la existencia de un hecho más probable o menos probable de lo que sería sin tal evidencia (Regla 18(b)). El valor probatorio, por su parte, mide la intensidad y fuerza de esta tendencia. 22 Wright & Graham, supra, sec. 5214, pág. 271.

Se trata, por lo tanto, de un concepto relativo. Se ha dicho que así como el oro no tiene valor para el moribundo en el desierto, una pieza de evidencia generalmente sólo cobra importancia a la luz del "contexto" en que se ofrece. Por ejemplo, en un caso de asesinato la prueba de "motivo", por sí sola, únicamente permite una débil inferencia de culpabilidad; la prueba de "oportunidad" para cometer el crimen, en ausencia de otra, es normalmente insuficiente. Sin embargo, si coexisten tanto la prueba de motivo como la de oportunidad, el valor probatorio de cada una aumentará sin duda.

Gold, Limiting Judicial Discretion..., supra, págs. 74-75. Es preciso, pues, tener en cuenta los siguientes factores entre otros: 1) la presencia o ausencia de otra prueba; 2) la dificultad en la probanza del hecho en cuestión; 3) la importancia que tiene ese hecho en el caso; 4) la evidencia con que cuenta el oponente, etc.

Alguna dificultad puede surgir en los casos en que una parte pretenda mitigar el efecto perjudicial de la prueba estipulando el hecho que se quiere probar. La teoría es que, estipulado el hecho, la otra parte queda relevada de probarlo, Lebrón Velazquez v. Romero Barceló, 101 D.P.R. 915,922 (1974), y, por lo tanto, la evidencia ya carece de valor alguno.

No existe, sin embargo, una regla sobre exclusión per se de materia estipulada. United States v. O'shea, 724 F.2d 1514 (1984); State v. Davidson, 351 N.W.2d 8, 11 (1984). La realidad es que si bien la estipulación de hechos sustituye la prueba que hubiera sido presentada en la vista del caso, véase por ejemplo, Vda. de Rivera v. Pueblo Supermarkets, 102 D.P.R. 134,139 (1974), esta prueba podría tener un valor más allá del marco de la estipulación. STATE RULES OF EVIDENCE PROJECT (Rule 403, Preliminary Draft) (1986), Section of Litigation American Bar Association. Véase, por ejemplo, para probar otros asuntos, State v. Clabourne, 690 P.2d 54,62 (1984); State v. Maurer, 473 N.E.2d 768, 792 (1984); para ilustrar hechos en controversia, véase, State v. Perea, 690 P.2d 71,76 (1984); State v. Doll, 692 P.2d. 473, 477-478 (1985); o podría tener valor para impugnar credibilidad, Given v. State, 657 P.2d 97, 99 (1983). En

estos casos, si el valor probatorio supera cualquier factor de perjuicio, el tribunal puede admitir la prueba en el sentido antes indicado a pesar de ser materia estipulada.

Por último, habla la regla de que el "valor probatorio (sea) de poca significación en relación a ...". La metodología que la jurisprudencia ha entendido como implícita en este lenguaje es la de sopesar intereses en conflicto. Por ejemplo, el valor probatorio, vis-a-vis el peligro de causar perjuicio indebido. Esta tesis ha recibido recientemente una refutación minuciosa por parte del profesor Gold, para quien la relación entre perjuicio y valor probatorio a menudo no se ajusta al método usual de "sopesar intereses", ni a la metáfora de la "escala". Perjuicio y valor probatorio no son términos que se refieran -en el contexto de la Regla 19- a dos características distintas de la prueba que deban ser examinadas y evaluadas de dos formas independientes para luego confrontarlas en una especie de certamen entre, "apples and oranges in which it is impossible to pick a winner". Gold, Limiting Judicial Discretion, supra, pág. 73; ver también, Wright & Graham, supra, Sec. 5214, a la pág. 265.

De acuerdo al enfoque propuesto por este autor, el rol principal del tribunal sería no tanto sopesar "cuantías" de valor probatorio por un lado y perjuicio por el otro (si ello es posible), sino examinar si el jurado estaría proclive a cometer errores de inferencia en el proceso de evaluar la prueba. Se trataría, en esencia, de una labor de "predicción" de la conducta cognoscitiva humana; de cómo la

prueba interviene en el proceso mental del jurado. El juez se vería precisado a identificar y señalar abiertamente valores sociales, morales o políticos y de qué forma éstos inciden en la sicología del jurado.

Para ciertas mentalidades, esta situación podría llevar a resultados extraños. Sin embargo, lo que ocurre es que el Derecho no es una ciencia matemática y los factores históricos y sociales no pueden ignorarse fácilmente. Lo que ilustra el profesor Gold es que los factores que son pertinentes a un análisis bajo esta regla, en ocasiones son más contingentes que racionales; no es extraño que el Derecho probatorio deba tomar de la sicología sus soluciones en esta materia. Gold, Federal Rule of Evidence 403..., supra, pág. 509.

A pesar de estas dificultades, no cabe duda de que la Regla 19, si ha de ser una figura funcional, debe cumplir adecuadamente con unas exigencias procesales para efectos de claridad y certidumbre. Como dicen Wright & Graham:.

"Trial court abuses of Rule 403 are not so easy to document. Obviously a trial judge can also use the power of discretionary exclusion to avoid difficult evidentiary questions or to insulate questionable rulings from appellate review.... Procedure is important in the use of discretionary powers. Because there are no rules to guide the judge's decision, it can easily be seen to be arbitrary unless the method by which it is reached is visibly fair to both sides. Use of proper procedure can also help to insure that the decision is not arbitrary in fact as well as appearance. It facilitates appellate review as well. The essence of a fair procedure in the exercise of discretionary power is the opportunity to be heard before the decision and to know the basis of the decision when it has been made". (Énfasis suplido.) 22 Federal Practice and Procedure, supra, págs. 317, 318.

III. "PELIGRO DE CAUSAR PERJUICIO INDEBIDO"

El "perjuicio indebido" probablemente es el factor más invocado de los cinco a los que alude la Regla 19. El ADVISORY COMMITTEE en su anotación a la Regla 403 Federal definió perjuicio indebido (unfair prejudice) como: "a tendency to suggest decision on a improper basis, commonly, though not necessarily, and emotional one". La doctrina se ha encargado posteriormente de poner en su justa perspectiva este comentario.

El propósito de la Regla 19 no es eliminar del proceso toda evidencia que apele a los sentimientos del jurado.

"While emotion is often an improper basis for a judgment, it sometimes has an acceptable and even vital role in promoting accurate fact finding.... Equating emotion with prejudice is also inconsistent with lay attitudes concerning justice. Emotional aspects of a case move a jury because those aspects are commonly perceived as vital to the rendition of justice. Excluding all evidence with emotional appeal would eliminate public confidence in our system of laws as a moral force. The parameters of justice are not purely coincident with the realm of logic, but also encompass common intuition. Just as emotion is not always an improper basis for decision, logic is not a talisman against inaccuracy and unfairness. Gold, Limiting Judicial Discretion..., supra, págs. 79-80; ver también, 22 Wright and Graham, supra, págs. 276-277; 2 Louisell-Mueller, supra, págs. 28-29.

Como demuestra una jurisprudencia unánime, esta regla no protege a una parte de prueba que es perjudicial en el sentido de serle meramente adversa. Nótese que la regla habla de perjuicio indebido. Aunque esta locución aparente ser a primera vista redundante (realmente resulta difícil imaginarnos un perjuicio "debido" o en

inglés, un "fair" prejudice), el término sirve para enfatizar que toda evidencia es perjudicial en la medida en que favorece a una parte y perjudica a otra. Ese no es el tipo de perjuicio al que se refiere la Regla 19. Bordon, Inc. v. Florida E. C. R. Co., 772 F.2d 750, 756 (1985); Crawford v. Edmonson, 764 F.2d 479, 484-485 (1985); Kelsay v. Consolidated Rail Corp., 749 F.2d 437, 443 (1984); United States v. Betancourt, 734 F.2d 750, 757 (1984).

De forma similar, el perjuicio no surge simplemente porque la evidencia demuestre que una parte incurrió en conducta socialmente reprochable. Particularmente en la litigación criminal, y a veces también en la civil, se recrean situaciones que si bien desagradables deben ser legítimamente objeto de prueba. Pueblo v. González Colón, 110 D.P.R. 812, 820 (1981).

Los tratadistas Weinstein y Berger comentan lo siguiente citando una jurisprudencia antigua, pero que en modo alguno ha caducado por el tiempo:

"...evidence may not be excluded merely because it is unpleasant. 'A court cannot arrange for lively music to keep the jury cheerful while the state's case in a murder trial is being presented, and gruesome (sic) evidence can not be suppressed merely because it may strongly tend to agitate the jury's feelings...' Otherwise, if the mere gruesomeness of evidence were ground for its exclusion, then it would have to be said that the more gruesome the crime, the greater the difficulty of the prosecution in proving its case". 1 Weinstein's Evidence, supra, 403-87, 403-88; 2 Louisell-Mueller, Federal Evidence, supra; pág. 40.

De la exposición que precede se desprende que no es posible ofrecer una fisonomía precisa del concepto "perjuicio indebido". Los

precedentes jurisprudenciales -imposibles de citar debido a sus numerosos y matizados aspectos- en ocasiones arrojan poca luz. 22 Wright and Graham, supra, pág. 279.

"...prejudice is not an inherent feature of the evidence but a description of the way the jury will respond to it...What might have been properly seen as highly prejudicial before one jury at a particular time and place may not have the same impact on a different jury...22 Wright and Graham, supra, págs. 278-279.

Gold ofrece un notable resumen del conjunto del problema en Federal Rules of Evidence 403 Observations on the Nature of Unfairly Prejudicial Evidence, supra. Para una crónica de la jurisprudencia, consúltense las notas al calce de cualquier obra especializada, por ejemplo, 1 Weinstein's Evidence, supra; 2 Louisell-Mueller, Federal Evidence, supra.

El juez, además de contar con su experiencia en torno a la reacción normal de un jurado ante cierto tipo de evidencia, debe mostrarse atento a cómo el jurado reaccionaría en el caso concreto, a la luz de sus circunstancias.

IV. "PROBABILIDAD DE CONFUSION, DESORIENTACION DEL JURADO, DILACION DE LOS PROCEDIMIENTOS, INNECESARIA PRESENTACION DE PRUEBA ACUMULATIVA."

Estos factores a menudo se superponen y enlazan. Cualquier prueba que tienda a confundir igualmente desorienta al jurado y, de la misma forma ocasiona dilación en los procedimientos. No es raro, pues, que la jurisprudencia los emplee indistintamente.

La confusión y la desorientación se refieren mayormente, sin embargo, al peligro de que el jurado infiera un hecho que no se

deriva lógicamente de la prueba. Evidencia compleja y técnica genera este tipo de error. Por ejemplo, un estudio matemático, valores estadísticos, prueba pericial, e.t.c. Siempre cabe la posibilidad de que el jurado no entienda la prueba, a pesar de unas cuidadosas instrucciones.

"In treating the factor of 'confusion of issues,' the court must begin with an assessment of the disputed issues in the case and the precise manner in which the proffered evidence tends to prove them. This part of the inquiry simply duplicates the analysis of relevance that is required as a prerequisite to the application of Rule 403. Next, the court will have to consider the length and nature of the chain of inferences to determine if any of the proposed inferences tends to suggest an illegitimate basis of decision, particularly one that is so similar to the true rule of the case that the jurors may have difficulty in discriminating between them. At the same time the court must consider the possibilities for rebuttal opened up by this line of proof and the likelihood that the parties will exploit them. In examining the package of proof and rebuttal the court must be alert not only to the amount of the evidence involved but also to its capacity for captivating the jury." 22 Wright and Graham, supra, pág. 291.

En términos generales, la jurisprudencia se ha mostrado bastante hostil a admitir evidencia que requiera unas complejas instrucciones o una detallada y prolongada prueba de refutación. Véase, Weinstein's Evidence, supra, sec. 403 (04).

Los factores de dilación e innecesaria presentación de prueba acumulativa atienden primordialmente a consideraciones de eficiencia en la administración de la justicia. A veces, el valor probatorio de una evidencia no justifica el tiempo que consumirá su presentación.

El concepto de "prueba acumulativa", por su parte, implica algo más que mera repetición; se refiere a la prueba que carece de valor probatorio por ser innecesaria y superflua en el sentido de no aportar nuevos elementos de prueba en el caso. Es preciso, sin embargo, matizar esta afirmación.

"In excluding evidence on the ground that it would be only 'cumulative,' care must be taken not to exclude merely because of an overlap with evidence previously received. To the extent that evidence presents new matter, it is obviously not cumulative with evidence previously received. Likewise, evidence which is relevant on a point conceded by the adversary or otherwise established or supported by other proof, and also relevant on a second point not conceded or otherwise established or supported, is obviously not necessarily 'cumulative' or wasteful of time. Not all evidence which is entirely duplicative is therefore cumulative and excludable. Evidence may vary in degree of persuasiveness, and when an item of proof which is offered on a point is very different in character or persuasive impact from an item of proof previously received, the former cannot be considered merely 'cumulative' of the latter." 2
Louisell and Mueller, Federal Evidence, supra,
pág. 74.

Regla 20. Evidencia de carácter y hábito

(A) Evidencia del carácter de una persona o de un rasgo de su carácter no es admisible cuando se ofrece para probar que en una ocasión específica la persona actuó de conformidad con tal carácter, excepto:

(1) Si la evidencia es ofrecida por un acusado para probar su conducta de conformidad con el carácter o rasgo de éste.

(2) Si la evidencia es ofrecida por el ministerio fiscal para refutar evidencia aducida por el acusado bajo el inciso (1) anterior.

(3) En una acción penal, sujeto a lo dispuesto en el inciso (E) de esta regla, si la evidencia es sobre el carácter de la víctima o rasgo de ésta y es ofrecida por el acusado para probar la conducta de la víctima de conformidad con dicho carácter o rasgo de ésta.

(4) Si la evidencia es ofrecida por el ministerio fiscal para refutar evidencia aducida por el acusado bajo el inciso (3) anterior.

(5) Si la evidencia es ofrecida por el ministerio fiscal en relación al carácter tranquilo o pacífico de la víctima en un caso de asesinato u homicidio, para rebatir evidencia de que la víctima fue el primer agresor.

(E) Aunque evidencia de la comisión de otros delitos, daño civil u otros actos no es admisible para probar el carácter de una persona, con miras a demostrar que actuó de conformidad con tal carácter, dicha evidencia es admisible si es pertinente para otros propósitos, tales como prueba de motivo, oportunidad, intención, preparación, plan, conocimiento, identidad o ausencia de error o

accidente.

(C) Cuando evidencia de carácter o de rasgo de carácter sea admisible, dicha evidencia puede presentarse mediante testimonio de reputación o en la forma de opinión. En el contra-interrogatorio se permitirá inquirir sobre conducta específica pertinente. En casos en que el carácter de una persona o rasgo de éste, sea un elemento esencial de una acusación, reclamación o defensa, puede permitirse prueba de conducta específica.

(D) Cualquier evidencia de hábito o de costumbre es admisible para probar conducta en una ocasión específica de conformidad al hábito o costumbre.

(E) Nada de lo dispuesto en esta regla afecta la admisibilidad de evidencia ofrecida para sostener o impugnar la credibilidad de un testigo, de conformidad con la Regla 45.

Regla propuesta. Evidencia de carácter

(A) Evidencia de carácter de una persona, o de un rasgo de su carácter, no es admisible para fines de probar que esa persona, en una ocasión específica, actuó de conformidad con tal carácter, excepto si es ofrecida, en una acción penal:

(1) por la defensa, sobre el carácter del acusado

(2) por el ministerio público, sobre el carácter del acusado, para refutar la prueba de carácter presentada por la defensa bajo el anterior apartado (1).

(3) por la defensa, sobre el carácter de la víctima, sujeto a lo dispuesto en el apartado (E) de esta regla.

(4) por el ministerio publico, sobre el carácter de la víctima, para refutar la prueba de carácter presentada por la defensa bajo el anterior apartado (3).

(5) por el ministerio publico, en casos de asesinato o homicidio, sobre el carácter pacífico o tranquilo de la víctima para refutar prueba de defensa de que la víctima fue el primer agresor.

(B) Evidencia de conducta específica, incluyendo la comisión de otros delitos y actos tortureros, no es admisible para probar la propensión a incurrir en ese tipo de conducta, y de ahí inferir que se actuó de conformidad con tal propensión, aun cuando de la conducta si es admisible para otros fines, tales como prueba de motivo, oportunidad, intención, preparación, conocimiento, identidad, ausencia de error o accidente, o para refutar una defensa.

(C) Cuando evidencia de carácter resulte admisible bajo el anterior apartado (A) de esta regla, se admitirá la evidencia solo en forma de testimonio de reputación o de opinión sobre el rasgo de carácter pertinente, sin perjuicio de que en el contrainterrogatorio se inquiera sobre conducta específica pertinente.

(D) En casos en los cuales el carácter, o rasgo de carácter, de una persona sea elemento esencial de una acusación, reclamación, causa de acción o defensa, se admitirá la evidencia de carácter no solo en forma de testimonio de reputación o de opinión, sino también en forma de conducta específica pertinente.

(E) En cualquier procedimiento por el delito de violación o su tentativa no se admitirá evidencia de la conducta previa o historial sexual de la perjudicada o evidencia de opinión o reputación acerca de esa conducta o historial sexual para atacar su credibilidad o para establecer su consentimiento, a menos que existan circunstancias especiales que indiquen que dicha evidencia es pertinente y que su naturaleza inflamatoria o perjudicial no tendrá un peso mayor que su valor probatorio.

Si el acusado se propone ofrecer evidencia de la conducta o historial sexual de la perjudicada o evidencia de opinión o reputación acerca de esa conducta o historial sexual bajo la excepción de circunstancias especiales, deberá seguir el siguiente procedimiento:

(1) El acusado presentará una moción por escrito y bajo juramento al tribunal y al ministerio público indicando la evidencia que se propone ofrecer y su pertinencia para atacar la credibilidad o para establecer el consentimiento de la perjudicada.

(2) Si el tribunal determina que dicha evidencia es satisfactoria, ordenará una vista en privado y en ausencia del jurado. En dicha vista se permitirá el interrogatorio a la perjudicada en relación con la evidencia propuesta por el acusado.

(3) Al terminar la vista, si el tribunal determina que la evidencia que se propone ofrecer el acusado es pertinente y que su naturaleza inflamatoria o perjudicial no tendrá un peso mayor que su valor probatorio, dictará una orden indicando la evidencia que puede ser presentada por el acusado y la naturaleza de las preguntas

permitidas. El acusado entonces podrá ofrecer evidencia de acuerdo con la orden del tribunal.

(F) Nada de lo dispuesto en esta regla afecta la admisibilidad de evidencia de carácter para sostener o impugnar credibilidad, materia regulada por la Regla 45.

Regla 21 propuesta. Evidencia de conducta o historial sexual de la perjudicada

En cualquier procedimiento por el delito de violación o su tentativa no se admitirá evidencia de la conducta previa o historial sexual de la perjudicada o evidencia de opinión o reputación acerca de esa conducta o historial sexual para atacar su credibilidad o para establecer su consentimiento, a menos que existan circunstancias especiales que indiquen que dicha evidencia es pertinente y que su naturaleza inflamatoria o perjudicial no tendrá un peso mayor que su valor probatorio.

Si el acusado se propone ofrecer evidencia de la conducta o historial de la perjudicada o evidencia de opinión o reputación acerca de esa conducta o historial sexual bajo la excepción de circunstancias especiales, deberá seguir el siguiente procedimiento:

(a) El acusado presentará una moción por escrito y bajo juramento al tribunal y al ministerio público indicando la evidencia que se propone ofrecer y su pertinencia para atacar la credibilidad o para establecer el consentimiento de la perjudicada.

(b) Si el tribunal determina que dicha evidencia es satisfactoria, ordenará una vista en privado y en ausencia del jurado. En

dicha vista se permitirá el interrogatorio a la perjudicada en relación con la evidencia propuesta por el acusado.

(c) Al terminar la vista, si el tribunal determina que la evidencia que se propone ofrecer el acusado es pertinente y que su naturaleza inflamatoria o perjudicial no tendrá un peso mayor que su valor probatorio, dictará una orden indicando la evidencia que puede ser presentada por el acusado y la naturaleza de las preguntas permitidas. El acusado entonces podrá ofrecer evidencia de acuerdo con la orden del tribunal.

Regla Propuesta. Evidencia de Hábito

Cualquier evidencia de hábito o de costumbre es admisible para probar conducta en una ocasión específica de conformidad al hábito o costumbre.

COMENTARIOS A LA REGLA 20

En el Comité han surgido dudas sobre la vigencia y alcance de Pueblo v. Cruz, 65 D.P.R. 172, 177 (1945), después de la aprobación de las reglas. En Cruz, la controversia envuelta, en el contexto de un juicio por asesinato, está planteada por el mismo Tribunal Supremo en estos términos: "Estando envuelta en este caso la determinación de si la muerte fue causada en defensa propia, ¿eran admisibles en evidencia los actos específicos que el acusado se proponía probar? El tribunal se refiere a delitos de la víctima.

El Tribunal Supremo alude en la página 178, a la "regla moderna": en casos en que se invoca defensa propia, es admisible -como prueba de defensa- prueba de actos específicos de la víctima en las siguientes dos situaciones:

(1) Cuando está en controversia de quién (si del acusado o de la víctima) partio la agresión. En estos casos no es necesario establecer que el acusado conocía tales actos, pues se trata de evidencia circunstancial a base de probabilidades: si la víctima ha actuado anteriormente así, es probable que haya sido el primer agresor.

(2) Como prueba de que el acusado actuó bajo motivo real o aparente para creer que se hallaba en inminente peligro de muerte o de grave daño corporal. Esto sí está condicionado, por supuesto, a prueba de que el acusado sí conocía de tales actos al momento de los hechos.

El Tribunal Supremo resuelve adoptar tal doctrina en Puerto Rico, pero limitándola a "delitos de sangre" de la víctima. Añade, además, como si fuera obvio, que si el acusado trata de probar los crímenes de sangre de la víctima, el Pueblo puede presentar evidencia para probar convicciones de la misma clase por parte del acusado. Vamos a identificar tal norma con el número (3).

Bajo la Regla 20 de Puerto Rico, y reglas similares federales, es admisible la evidencia de conducta específica de la víctima como prueba circunstancial del estado de ánimo del acusado: motivos fundados para creer que se hallaba en inminente peligro de muerte o de sufrir grave daño corporal. Esto cabe bajo la Regla 20(B). El requisito de que el acusado conocía tales actos es razonable. Pero ni la norma (1) ni la (3) caben bajo la Regla 20. Como prueba de que la víctima fue el primer agresor, cabe evidencia del carácter

violento de la víctima, bajo la Regla 20(A)(3), sin limitación a que el acusado conociera a la víctima o a sus antecedentes penales o violentos. Tampoco podría invocarse la Regla 20(B) pues se trataría del caso que la regla quiere excluir: predisposición a actuar en la forma indicada en la conducta pasada. Tampoco cabe lo relativo a la norma (3), sobre prueba del Pueblo sobre delitos similares del acusado. Bajo las Reglas 20 y 46 y la doctrina "moderna", el acusado sólo abre las puertas a delitos anteriores cuando:

(1) se siente a declarar y quede sujeto a impugnación bajo la Regla 46, o

(2) abra las puertas bajo la Regla 20(A)(1) al traer la defensa prueba del carácter del acusado.

La única puerta disponible al fiscal, fuera de las Reglas 20(A)(2) y 46, sería la Regla 20(B). Pero aquí tampoco cabe la evidencia de los delitos anteriores del acusado para "refutar" evidencia de que la víctima fue el primer agresor o el acusado actuó en legítima defensa, salvo que se interprete tal regla en forma que se emasculé.

De todas formas, el Comité estima que Pueblo v. Cruz, supra, se refiere a un caso particularísimo -legítima defensa en casos de homicidio o asesinato- y no debe utilizarse para el análisis general de admisibilidad de prueba de carácter y conducta específica bajo la Regla 20. De las tres normas mencionadas anteriormente el Comité estima que:

(1) la segunda está claramente vigente y cabe perfectamente

bajo la Regla 20(B).

(2) la tercera no cabe bajo las reglas de evidencia vigentes y debe ser rechazada en sus méritos en cuanto permite indebidamente conducta delictiva pasada del acusado por vía colateral. Algunos miembros del Comité, sin embargo, estiman que debe permitirse al tribunal discreción para admitir conducta violenta del pasado del acusado, como prueba de refutación de la "legítima defensa".

(3) la primera no cabe bajo la Regla 20, pero puede ser defendida en los méritos, a base de facilitar al acusado todos los medios para establecer la defensa propia.

Los cambios introducidos son los siguientes:

1. Reubicar la regla sobre evidencia de hábito como una regla separada; se traslada la Regla 20(D) a la Regla 21.
2. En virtud del anterior cambio (1), se reubica la actual Regla 21 y se pasa al apartado (E) de esta Regla 20. Esto tiene la ventaja de que la excepción a la Regla 20(A)(3) aparece dentro de la propia Regla 20 y así se hace constar en la propuesta Regla 20(A)(3).
3. Se aclara en el propio texto de la Regla 20(A) que las excepciones que a continuación se señalan se aplican a casos penales. Las excepciones relativas a credibilidad se mencionan en el apartado (F) de la regla. Las reglas sobre evidencia de carácter y conducta para fines de impugnar o sostener credibilidad (Reglas 45 y 46) se aplican por igual a casos civiles y criminales.
4. Se aclara, con relación a los apartados (A)(2) y (A)(4) de la regla que la evidencia de refutación se refiere al carácter del

acusado y de la víctima respectivamente.

A continuación se exponen unos breves comentarios sobre cada apartado de la regla propuesta.

Regla 20(A)

Los incisos (1) y (2) de la Regla 20(A) codifican la doctrina de "abrir la puerta de carácter del acusado", articulada sin mucha sistematización en la jurisprudencia anterior a las reglas. Véanse Pueblo v. Reyes Lara, 100 D.P.R. 676 (1972), Pueblo v. Archeval, 74 D.P.R. 512 (1953). En Pueblo v. Padilla Arroyo, 104 D.P.R. 103 (1975), se advierte una tendencia restrictiva, contra el uso de conducta anterior remota o poco vinculada a la puerta abierta por la defensa. Bajo la Regla 20(A)(2), la evidencia de refutación del fiscal debe referirse estrictamente al rasgo del carácter del acusado al que hizo referencia la defensa bajo la Regla 20(A)(1). La Regla 19 puede ser el mecanismo de exclusión de actos remotos.

En cuanto a los apartados (3) y (4) de la Regla 20, se trata de otra forma de "abrir puerta", esta vez sobre el carácter de la víctima. La evidencia de carácter de la víctima bajo la Regla 20(A)(3) no está condicionada a que el acusado conociera a la víctima o su conducta pasada; se trata de una cuestión de prueba circunstancial a base de probabilidades. Por supuesto, si el acusado conocía de antecedentes violentos de la víctima, prueba de esto es admisible, para establecer un elemento de "legítima defensa", asunto independiente de la Regla 20(A). Por otro lado, si en un caso de asesinato u homicidio la defensa presenta prueba de que la víctima fue el

primer agresor, el fiscal puede entonces presentar evidencia del carácter pacífico o tranquilo de la víctima, aunque la defensa no hubiera abierto la puerta de carácter valiéndose de la Regla 20(A)(3). Esto es lo que permite al fiscal la Regla 20(A)(5).

Regla 20(B)

Los ejemplos ofrecidos en esta regla son justamente eso: ejemplos. No se trata de una enumeración taxativa. La Regla 20(B) tiene como fin la exclusión de conducta pasada a fines de probar, meramente, la propensión de una persona a incurrir en el tipo de conducta en cuestión. El elemento común de los "ejemplos" mencionados en la regla es la pertinencia para establecer un elemento que, bajo las circunstancias del caso, resulta crucial.

Adviértase que la regla se aplica tanto en lo civil como en lo criminal. La Regla 19 es aquí de especial importancia, pues es, de ordinario, el único vehículo para excluir evidencia de conducta pasada que resulte admisible bajo esta Regla 20(B).

Regla 20(C)

Cuando resulte admisible evidencia de carácter bajo la Regla 20(A), ¿cómo se presenta la evidencia? Este es el asunto regulado en esta regla. Los tres modos de probar carácter son:

1. evidencia de reputación sobre carácter
2. evidencia de opinión sobre carácter
3. conducta específica relativa al rasgo de carácter

El primer medio -reputación- ha sido tradicionalmente reconocido como bueno. Cualquier objeción bajo la regla de exclusión de prueba

de referencia se desvanece con la regla de excepción (Regla 65(U)). El segundo medio -opinión- no era reconocido antes de las reglas. Bajo esta regla 20(C) se admite siempre que no resulte inadmisibles la evidencia de carácter. El tercer medio -conducta específica- es visto con escepticismo y sólo se reconoce en el contrainterrogatorio. En éste se puede inquirir sobre conducta específica de la persona, cuyo carácter fue objeto de examen en el directo. El contrainterrogatorio permite desmentir o arrojar sombra sobre la evidencia de reputación u opinión de carácter ofrecida en el examen directo. La idea es excluir evidencia extrínseca.

Regla 20 (D)

Por otro lado, cuando la evidencia de carácter se usa no circunstancialmente para inferir conducta sino para establecer el carácter mismo que es elemento esencial de la reclamación, acusación, causa de acción o defensa, el derecho probatorio no ha de impedir forma alguna de prueba y permitirá evidencia de conducta específica.

Regla 20(E) - Evidencia de conducta o historial sexual de la perjudicada

Tal como se señalara anteriormente, la actual Regla 21 ha sido ubicada como Regla 20(E). El Comité, tras considerar varios estatutos similares, decidió no recomendar que se enmendara el texto de la actual Regla 21. Se consideró especialmente la Regla Federal 412, aprobada el 28 de octubre de 1978, que tiene unas disposiciones más específicas que nuestra Regla 21. El Comité entiende que se trata de una cuestión de política pública más que de falta de

confiabilidad o valor probatorio de la evidencia excluida. Corresponde a la Asamblea Legislativa hacer el balance correspondiente entre los intereses en pugna; estimular que las víctimas de violación se sienten a declarar como testigos de cargo y descubrir la verdad.

Hay un aspecto que merece especial consideración. Si la Regla 21 tiene como propósito proteger a la víctima de violación que testifica como testigo de cargo, nada que resulte inadmisibles bajo la Regla 45 debería resultar admisible bajo la Regla 21. Bajo la Regla 45 es inadmisibles, como prueba de impugnación, evidencia de opinión o reputación sobre carácter o rasgo de carácter que no esté relacionado con la veracidad o mendacidad. Igualmente inadmisibles resultaría, para fines de impugnación, evidencia de conducta específica que no se refiera directamente a la veracidad o mendacidad del testigo. No debe utilizarse la Regla 21 actual para permitir, bajo el procedimiento especial, que se impugne a la testigo (víctima de violación o su tentativa) mediante evidencia de carácter que resultara inadmisibles bajo las Reglas 45 y 46.

Regla 20(F)

Se aclara que esta regla no gobierna lo relativo a evidencia para sostener o impugnar credibilidad, asunto regulado exclusivamente por las Reglas 45 y 46. Véase los comentarios a dicha regla.

Comentarios a la propuesta Regla 21 - Evidencia de Hábito

La distinción entre hábito y carácter ha sido captada así por McCormick (sec. 162, pág. 340) en un pasaje citado con gran frecuencia, incluyendo el "ADVISORY COMMITTEE'S NOTE" a la Regla 406:

"Character and habit are close akin. Character is a generalized description of one's disposition, or of one's disposition in respect to a general trait, such as honesty, temperance, or peacefulness. 'Habit,' in modern usage, both lay and psychological, is more specific. It describes one's regular response to a repeated specific situation. If we speak of character for care, we think of the person's tendency to act prudently in all the varying situations of life, in business, family life, in handling automobiles and in walking across the street. A habit, on the other hand, is the person's regular practice of meeting a particular kind of situation with a specific type of conduct, such as the habit of going down a particular stairway two stairs at a time, or of giving the hand-signal for a left turn, or of alighting from railway cars while they are moving. The doing of the habitual acts may become semiautomatic."

En virtud de su mayor valor probatorio -en contraste con la evidencia de carácter para inferir conducta específica-, la regla general es de admisibilidad. El elemento esencial para admitir evidencia bajo esta Regla 20(D) es establecer -como determinación preliminar bajo la Regla 9(A)- que se trata justamente de hábito. Esto supone conducta reiterada, uniforme, conforme a un patrón. Ejemplos: ir todos los domingos al hipódromo, o el primer domingo del mes; trotar todas las mañanas de 5:30 a 6:00 A.M. por la urbanización; asistir todos los domingos a misa de ocho; subir una escalera de determinada forma; llevar siempre consigo un paraguas.

Aunque nuestra regla no incluye la expresión más abarcadora de la Regla Federal 406 (habit of a person or of the routine practice of an organization), el Comité estima que debe ser interpretada liberalmente, para incluir la práctica rutinaria de una organización o entidad. Por esto estimó que no era necesaria una enmienda.

Regla 22. Evidencia pertinente afectada o excluida por políticas extrínsecas

(A) Reparaciones o precauciones posteriores. Cuando después de la ocurrencia de un evento se toman medidas de reparación o precauciones las cuales, de haber sido tomadas anteriormente, hubieran tendido a hacer menos probable la ocurrencia del evento, evidencia de dichas medidas posteriores es inadmisibile para probar negligencia o conducta culpable en relación con el evento. Esto no impide que tal evidencia sea admisible a otros fines pertinentes.

(B) Transacciones. Evidencia de que una persona ha provisto, ofrecido o prometido proveer, o de que una persona ha aceptado u ofrecido o prometido aceptar, dinero o cualquier otra cosa para transar una reclamación no es admisible para probar responsabilidad ni para probar que la reclamación o parte de ésta no es válida. Tampoco es admisible evidencia de conducta o manifestaciones hechas en el curso de la negociación de la transacción. Esta regla no impide que ese tipo de evidencia sea admisible cuando se ofrece para otros propósitos.

(C) Pago y oferta de pago por gastos médicos. Evidencia de proveer y ofrecer o prometer el pago de gastos médicos, hospitalarios o gastos similares surgidos a raíz de lesiones, no es admisible para probar responsabilidad por las lesiones.

(D) Declaración de culpabilidad. Evidencia de una alegación de culpabilidad posteriormente retirada o de una oferta de declararse culpable del delito imputado o de cualquier otro delito, hecha por

un acusado en una acción criminal, es inadmisibile en cualquier acción contra la persona que hizo la alegación u oferta, sea dicha acción una civil o criminal o de cualquier otra índole.

Regla propuesta. Evidencia pertinente afectada por políticas extrínsecas.

(A) Reparaciones o precauciones posteriores. Cuando después de la ocurrencia de un evento se toman medidas de reparación o precauciones las cuales, de haber sido tomadas anteriormente, hubieran tendido a hacer menos probable la ocurrencia del evento, evidencia de dichas medidas posteriores es inadmisibile para probar negligencia o conducta culpable en relación con el evento. Esto no impide que tal evidencia sea admisible a otros fines pertinentes tales como establecer la propiedad, o control de una cosa para fines de impugnación.

(B) Transacciones. Evidencia de que una persona ha provisto u ofrecido o prometido proveer, o de que una persona ha aceptado u ofrecido o prometido aceptar dinero o cualquier otra cosa de valor para transar una reclamación, no es admisible en pleitos civiles para probar responsabilidad ni para probar que la reclamación o parte de esta no es válida. Tampoco es admisible evidencia de conducta realizada o manifestaciones hechas en el curso de la negociación para dicha transacción.

No es admisible en procesos criminales o civiles evidencia sobre transacción u ofertas de transacciones de delito o sobre manifestaciones hechas o conducta realizada en el curso de las negociaciones

criminal por perjurio contra el imputado basado en manifestaciones hechas en el curso de las negociaciones, bajo juramento y asistido de abogado.

COMENTARIOS

Regla 22(A)

Tanto la Regla 22(A) actual como la regla propuesta excluyen prueba de reparaciones o precauciones tomadas con posterioridad a un evento cuando se trata, con ello, de establecer negligencia o conducta culpable. No obstante, esta regla de exclusión no se aplica cuando la evidencia de las reparaciones o precauciones se ofrece para otro fin pertinente, tal como establecer quién tiene control sobre la propiedad, o quién es su dueño, o para impugnar la credibilidad de un testigo.

La enmienda propuesta al apartado (A) sólo pretende incluir algunos ejemplos de fines legítimos -no comprendidos en la regla de exclusión- para la evidencia de reparaciones o precauciones posteriores al accidente.

Nuestra jurisprudencia anterior a la Regla 22(A) era contraria a ésta. En Muñoz v. The N.Y. & P.R. S.S. Co., 72 D.P.R. 582, 586 (1951); Vda. de Andino v. A.F.F., 93 D.P.R. 170, 179 (1966); y Rivera Ortiz v. E.L.A., 97 D.P.R. 809, 813, (1969) nuestro Tribunal Supremo utilizó el hecho de que se hicieron reparaciones posteriores a un evento como prueba de la negligencia anterior del demandado.

El Comité consideró las críticas que se hacen a la regla en el sentido de que, en ocasiones, se excluye prueba innecesariamente ya

que el demandado potencial podría tener un interés independiente en tomar las medidas de reparación o precaución posteriores, Farnar v. Paccar Inc., 562 F.2d 518, (1977), pero entiende que la política que la regla trata de adelantar justifica su existencia. En muchos casos, la ausencia de esta regla podría llevar a demandados potenciales a no realizar reparaciones o precauciones posteriores a un evento ante el temor de que dicha actuación pudiera considerarse una admisión por conducta. También milita a favor de la existencia de la regla el hecho de que no siempre resulta claro si las "medidas" hubieran tendido a hacer menos probable la ocurrencia del evento y, por lo tanto, la prueba, en sí, es de escaso valor probatorio. Por otro lado, algunos comentaristas son partidarios de una regla aún más amplia. Véase Hutter, M.J., Proposed Amendments to Rule 407 of the Federal Rules of Evidence, en A.B.A., Section of Litigation, Proposed Amendments to the Federal Rules of Evidence - A Symposium, pág. 133-119 (1985).

El Comité decidió no hacer referencia alguna en la regla a su aplicabilidad en casos de responsabilidad extracontractual por defectos en la manufactura de productos ("products liability"). Las situaciones de responsabilidad absoluta relacionadas con los productos o servicios defectuosos han generado considerable debate y conflicto en la doctrina y la jurisprudencia federal y estatal. Véase A.B.A., Section of Litigation; Emerging Problems Under the Federal Rules of Evidence, págs. 74-76 (1983); David E. Seidelson, The Federal Rules of Evidence: A Few Surprises, 12 Hofstra L.Rev.,

delitos que son transigibles (la vigente Regla 246 de las de Procedimiento Criminal), creemos que debe excluirse prueba sobre ofertas de transacciones de delitos y de manifestaciones hechas en el curso de las negociaciones para ello, cuando se trata de delitos menos graves a que se refiere (dicha Regla 246). En todos los demás casos esta prueba puede ser admisible, pues la oferta de transacción no sólo constituye un acto ilegal que tiende a obstruir la justicia, sino que el interés público requiere el castigo de la ofensa como medio de reparación a la sociedad, y no entra en consideración el factor de paz y tranquilidad pública".

Desde su adopción, la doctrina del citado caso no ha sido alterada. El Tribunal Supremo, por ejemplo, la ha citado en Caraballo Ramírez v. Acosta, 104 D.P.R. 474 (1975) para reafirmar que "las ofertas de transacciones son inadmisibles en pleitos civiles si se objetan"; en Meléndez v. Levitt & Sons of P. R., 104 D.P.R. 797 (1976), para referirse incidentalmente a una cuestión de "hermenéutica judicial"; en Díaz de Diana v. A.J.A.S. Ins. Co., 110 D.P.R. 471 (1980), para repetir cual es "el fundamento que justifica la exclusión de evidencia sobre transacciones de reclamaciones"; y, en Banco Gub. de Fomento v. Ofics. Profs. Inc., 114 D.P.R. 384 (1983), opinión disidente, para expresarse sobre la misma materia de transacciones.

McCormick favorece la doctrina en cuestión al precisar que:

"the policy of protecting offers of compromise in civil cases does not extend to efforts to stifle criminal prosecutions by buying off the prosecution witness or victim..." (énfasis suplido). McCormick on Evidence, 3a Ed., p. 813.

Regla 22(C)

El Comité considera que la Regla 22(C) está tan bien arraigada y

pág. 453 (1983). La controversia gira en torno a los efectos que ha de tener sobre la aplicación de la regla el hecho de que en este tipo de acción no hay que probar negligencia.

El Comité considera que esta materia pertenece al estudio del Derecho de daños y perjuicios y que no es posible, en el tiempo disponible, analizar toda la problemática y adoptar una posición al respecto. Véase en general sobre las controversias en torno al alcance de esta regla a Hutter, Proposed Amendments..., *supra*, pág. 114-119.

Regla 22(B)

A pesar de que en el Comentario original al inciso (B) de esta regla se cita, entre otros, el caso de Pueblo v. Ruiz, 83 D.P.R. 349 (1961), que es normativo y aparentemente el único en nuestra jurisprudencia sobre transacciones de delitos, la Regla 22(B) no aclara en su texto si su aplicación está o no limitada a los pleitos civiles. Por tal motivo, el Comité recomienda que dicha regla sea enmendada a tales efectos.

Esta propuesta nueva Regla 22(B) representa prácticamente una codificación de lo resuelto y expuesto en Pueblo v. Ruiz, *supra*.

En dicho caso el Tribunal Supremo expone lo siguiente a las págs. 355 - 356:

"Hemos resuelto en repetidas ocasiones que prueba sobre negociaciones y ofertas de transacciones no es admisible en pleitos civiles (p. 354). Armonizando la política pública que subraya la necesidad de alentar las transacciones como medio de restablecer la paz entre los ciudadanos con las disposiciones expresas que indican los

fundamentada que no necesita comentario adicional alguno ni, mucho menos, enmienda.

Regla 22(D)

El inciso (D) de la presente regla contempla -en su apartado (2)- la inadmisibilidad de evidencia en torno a las negociaciones que preceden a una alegación preacordada de culpabilidad posteriormente retirada por el imputado, o rechazada por el tribunal. La enmienda propuesta responde al objetivo de conformar los preceptos de la regla a los de la nueva Regla 72 de las de Procedimiento Criminal, según se aprobara en virtud de la Ley Núm. 37 de 28 de junio de 1985.

Dicho estatuto, a su vez, recoge los pronunciamientos de nuestro Tribunal Supremo, vertidos en Pueblo v. Mojica, 115 D.P.R. 569 (1984), ocasión en que no sólo se le impartió el visto bueno a la práctica de las alegaciones pre-acordadas sino que en consideración a los resultados positivos que aportan a la administración de la justicia, se estableció el procedimiento a seguirse en las negociaciones entre la defensa y el representante del Ministerio Público.

En cuanto al contenido de la regla y su aplicación, debe tenerse presente el alcance y ámbito de la aludida Regla 72 de las de Procedimiento Criminal. Obsérvese que la norma no protege todo tipo de expresiones o conversaciones. Para que sea excluible evidencia pertinente al amparo de esta regla, deben haberse originado las conversaciones o negociaciones en el ámbito de la formalidad procesal que se dispone en la misma. Véanse U. S. v. Ceballos, 706 F.2d 1198

(1983); U. S. v. Levy, 378 F.2d 896 (1978); U. S. v. Gazzara, 527 F. Supp. 311 (1984). Gran parte de la formalidad procesal se la brinda la participación del representante del Ministerio Fiscal. Así, por ejemplo, evidencia de ofertas de alegaciones de culpabilidad hechas por un imputado a agentes del orden público, a cambio de posibles beneficios, son admisibles en evidencia por no ser dichos agentes representantes autorizados del Ministerio Público para formalizar tales negociaciones. Véanse U. S. v. Bernal, 719 F.2d 1475 (1983); U. S. v. Brooks, 670 F.2d 625 (1982).

Se introduce, como excepción a la regla, la admisión de evidencia de las conversaciones e incidencias que rodean las negociaciones, cuando el imputado es sometido a un procedimiento criminal por perjurio.

El lenguaje de la Regla 72 de Procedimiento Criminal en su inciso seis (6) incluye como requisito expreso para la admisión de la evidencia que las manifestaciones hayan sido hechas por el imputado bajo juramento. La Regla 410 de las Reglas de Evidencia Federales contempla, además, que el imputado esté asistido por abogado y que las manifestaciones consten en récord. El inciso (D) aquí propuesto sólo añade como requisito que el imputado esté asistido de abogado. Tal disposición constituye más bien una repetición de lo dispuesto en la Regla 72 de Procedimiento Criminal por cuanto dicha regla, en su análisis integral, exige que para todo el proceso de las negociaciones el imputado esté asistido de abogado.

Distinto a la Regla 410 Federal, el Comité no sugiere como

requisito que la manifestación conste en récord. La práctica demuestra que las conversaciones que sirven de base a los acuerdos de las alegaciones pre-acordadas tienen lugar entre el abogado y el fiscal privadamente y sin récord que las recoja. Es en esa atmósfera que tienden a producirse las manifestaciones que posteriormente podrían ser objeto de una acusación por perjurio. Esta posición no resulta conflictiva con la exigencia de la Regla 72 inciso (2) de Procedimiento Criminal, ya que ésta precisamente sólo requiere que se eleve a récord el acuerdo y los detalles del mismo, no las negociaciones que le sirvieron de génesis.

Regla 23. Del Acusado

Un acusado en una causa criminal tiene el privilegio de no ser llamado como testigo y no declarar. Si el acusado opta por no declarar, no se hará comentario alguno sobre ese hecho ni se derivará inferencia alguna en su contra.

Regla Propuesta

En la medida en que así se reconozca bajo la Constitución de los Estados Unidos o bajo la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, un acusado tiene derecho a no ser llamado como testigo, a no declarar y a que no se haga inferencia alguna del ejercicio de tal derecho.

COMENTARIOS

La enmienda propuesta tiene por fin evitar que haya una diferencia entre el privilegio estatutario y su alcance bajo el derecho constitucional. El Comité entiende que el alcance del privilegio debe ser estrictamente el reconocido por el Derecho constitucional. Por supuesto, el derecho estatutario puede ampliar, pero no restringir, el alcance constitucional del privilegio. Se sigue la posición adoptada en la sección 930 del Código de Evidencia de California:

"To the extent that such privilege exists under the Constitution of the United States or the State of California, a defendant in a criminal case has a privilege not to be called as a witness and not to testify."

Al considerarse la admisibilidad de evidencia relativa al "silencio" del acusado, debe distinguirse el uso sustantivo del uso de impugnación de credibilidad del acusado que opta por declarar,

renunciando al privilegio. En la Constitución Federal, la Quinta Enmienda no prohíbe el uso del "silencio" del acusado como prueba. Es en Griffin v. California, 380 U.S. 609 (1965) que se resuelve que no puede el Ministerio Público usar tal silencio como indicador de culpabilidad bajo el aforismo de que "quien calla otorga". Griffin prohíbe, en suma, el uso del silencio del acusado como prueba sustantiva de cargo. Luego Doyle v. United States, 426 U.S. 610 (1975), resuelve que el silencio del acusado tras su arresto y haber recibido las advertencias "Miranda" tampoco puede utilizarse para impugnar la credibilidad del acusado que opta por declarar. Pero en Jenkins v. Anderson, 447 U.S. 231 (1980), se resuelve que el silencio "pre-arresto" (y sin las "advertencias") del acusado, sí puede utilizarse para fines de impugnación. Finalmente, en Fletcher v. Weir, 455 U.S. 603 (1982), se resuelve que puede utilizarse el silencio post arresto del acusado para impugnar su credibilidad, si no se dieron, como cuestión de hecho, las advertencias de rigor. La base de tal decisión es que la prohibición del silencio para fines de impugnación es la ambigüedad misma del silencio una vez se imparten las advertencias sobre el derecho a guardar silencio.

En Puerto Rico, la sección 11 del Artículo II de la Constitución dispone que nadie será obligado a incriminarse mediante su propio testimonio y que el silencio del acusado no podrá tomarse en cuenta, ni comentarse en su contra. En Pueblo v. Alvarez Trinidad, 85 D.P.R. 593 (1962) se resuelve que tal protección ampara al acusado desde el momento de su arresto e impide que se use tal silencio a

modo de admisión tácita. En Pueblo v. Esquilín, 96 D.P.R. 415 (1968) y 98 D.P.R. 505 (1969), se hace hincapié en que no puede utilizarse el silencio del acusado en etapas anteriores al juicio, como la vista preliminar, para impugnar su credibilidad si opta por declarar. Pero en Pueblo v. González, 110 D.P.R. 812 (1981), se aclara que el silencio del acusado en una etapa anterior a ser sospechoso, (anterior al momento a ser acreedor a las "advertencias Miranda"), sí puede usarse para fines de impugnación:

El error de comentar indebidamente el silencio del acusado puede ser "harmless error" siempre que el tribunal apelativo estime, más allá de duda razonable, que de no haberse cometido tal error, el resultado hubiera sido el mismo (convicción): Chapman v. California, 386 U.S. 18 (1967) y Pueblo v. Rios Alvarez, 112 D.P.R. 92 (1982).

Sobre la discreción del Tribunal para impartir instrucciones al jurado sobre el silencio del acusado, véase Carter v. Kentucky, 450 U.S. 288 (1981).

Para una discusión del tema, véase, l Chiesa, Práctica Procesal Puertorriqueña, Evidencia, pág. 109.

Regla 24. Autoincriminación

Toda persona tiene el privilegio de rehusar revelar cualquier materia que tienda a incriminarle, a menos que la persona haya obtenido inmunidad a ser castigada por el delito en relación al cual podría incriminarse.

Regla Propuesta

En la medida en que así se reconozca en la Constitución de los Estados Unidos o en la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, toda persona tiene el privilegio de rehusar revelar cualquier materia que tienda a incriminarle.

COMENTARIOS

De nuevo, como en el caso de la regla anterior, la enmienda pretende eliminar cualquier "desfase" entre el derecho constitucional y el derecho probatorio de las reglas de evidencia con relación al alcance del privilegio contra la autoincriminación.

Tratándose de un derecho fundamental del ciudadano, el privilegio puede ser invocado frente a cualquier rama de gobierno: la Judicial, la Ejecutiva o la Legislativa.

Con relación al alcance del privilegio, adviértase lo siguiente:

1. "Materia incriminatoria" se refiere a aquella que tiende a poner a la persona en riesgo real de responsabilidad criminal. Si se trata de responsabilidad sólo civil, administrativa o "social", el privilegio no es invocable. Por supuesto, el privilegio puede ser invocado en una acción civil o administrativa, y no sólo en una acción penal; pero la responsabilidad que determina la existencia

del privilegio se refiere exclusivamente a la esfera criminal. En cuanto al requisito de "real", esto se refiere a que si no hay peligro real de convicción, como por ejemplo, si el delito está prescrito, no puede invocarse válidamente el privilegio.

2. El privilegio se refiere a evidencia testimonial y no a evidencia demostrativa. Así, por ejemplo, no procede la invocación del privilegio, ante la toma de unas muestras de sangre. Pueblo v. Falú Martínez, 86 J.T.S. 5. Tampoco se extiende a características físicas de la persona; véase Pueblo v. Aspurría, 61 D.P.R. 252 (1943) y Pueblo v. Adorno, 101 D.P.R. 429 (1973). Por supuesto, esta evidencia puede resultar inadmisibile o ilegal bajo otras bases, como, por ejemplo, bajo el derecho a la intimidad.

3. No hay privilegio si la persona ha obtenido inmunidad co-extensiva con el alcance del privilegio. Actualmente, tal extensión corresponde a la llamada inmunidad de uso y uso derivativo. Kastigar v. United States, 406 U.S. 441 (1972). La regla actual excede tal protección -de uso y uso derivativo- al extender el privilegio a menos que la persona o testigo obtenga "inmunidad a ser castigada por el delito en relación al cual podría incriminarse". Esta es la llamada inmunidad transaccional. Conviene aclarar unas definiciones.

Inmunidad de uso es aquella que garantiza que el testimonio ofrecido no podrá ser utilizado contra la persona que lo preste. Tal es la inmunidad automática que brinda el artículo 35 del Código Político, 2 L.P.R.A., Sec. 155, con relación a testigos en vistas

legislativas. La inmunidad de uso y uso derivativo no sólo concede la inmunidad de uso antes explicada, sino, además, impide que pueda usarse contra el testigo cualquier otra evidencia vinculada u obtenida -fruto de- tal testimonio o información. El Estado tendría el peso de probar que cualquier evidencia estuviera "untainted", no contaminada con la prestada compulsoriamente por el testigo. Este tipo de inmunidad es suficiente para obligar al testigo a declarar ante el reclamo del privilegio contra la autoincriminación.

Kastigar v. United States, supra. La inmunidad transaccional es aquella que otorga la protección adicional de no poderse procesar al testigo por el delito vinculado al reclamo del privilegio. Es a la que se refiere la actual Regla 24. Existe una protección aún mayor, como cuando se otorga inmunidad más allá de la esfera criminal, por ejemplo, la concesión de inmunidad contra una acción administrativa.

La enmienda aquí propuesta está conforme con el P. del S. 397 de 27 de marzo de 1985, que propone enmendar la Regla 24. Además, debe mencionarse el P. del S. 396 de 27 de marzo de 1985 que propone agrupar en un solo estatuto todo lo relativo a la concesión de inmunidad a testigos en todo procedimiento, ya fuere éste judicial, administrativo o legislativo. En específico, el artículo 3 propone la otorgación, como norma general, de sólo inmunidad de uso y uso derivativo. Únicamente en casos extraordinarios podrá concederse inmunidad de mayor alcance. Entiéndase por ésto inmunidad transaccional, civil o administrativa.

En la jurisdicción federal existe un estatuto integral de inmunidad: 18 U.S.C. secciones 6001-6005. Sobre la situación en Puerto

Rico, véase I Chiesa, *Práctica Procesal Puertorriqueña*, Evidencia,
pág. 119 (1984). Sobre el artículo 35 del Código Político, véase

• Torres v. Comisión Especial, 84 J.T.S. 68, opinión disidente del
Juez Asociado Hon. Rebollo López.

Regla 25. Relación Abogado y cliente

(A) Según usadas en esta regla, las siguientes expresiones tendrán el significado que a continuación se indica:

(1) Abogado: persona autorizada o a quien el cliente razonablemente creyó autorizada a ejercer la profesión de abogado; incluye a la persona así autorizada y a sus asociados, asistentes y empleados de oficina.

(2) Cliente: persona natural o jurídica que, directamente o a través de representante autorizado, consulta a un abogado con el propósito de contratarle o de obtener servicios legales o consejo en su capacidad profesional; incluye al incapaz que consulta él mismo a un abogado o cuyo tutor o encargado hace tal gestión con el abogado a nombre del incapaz.

(3) Comunicación confidencial: aquella comunicación habida entre un abogado y su cliente en relación a alguna gestión profesional, basada en la confianza de que no será divulgada a terceras personas, salvo a aquellas que sea necesario para llevar a efecto los propósitos de la comunicación.

(B) Sujeto a lo dispuesto en esta regla, el cliente, sea o no parte en el pleito o acción, tiene el privilegio de rehusar revelar, y de impedir que otro revele, una comunicación confidencial entre él y su abogado. El privilegio puede ser invocado no sólo por el poseedor del privilegio que es el cliente, sino también por una persona autorizada a invocarlo en beneficio de éste, o por el abogado a quien la comunicación fue hecha si lo invoca a nombre de y para beneficio del cliente.

(C) No existe privilegio bajo esta regla si:

(1) Los servicios del abogado fueron solicitados u obtenidos para permitir o ayudar a cualquier persona a cometer o planear la comisión de un delito, un acto torticero o un fraude.

(2) La comunicación es pertinente a una controversia entre los herederos del cliente ya fallecido, independientemente de que las reclamaciones provengan de un testamento o de sucesión intestada o de transacción entre vivos.

(3) La comunicación es pertinente a una controversia relativa a una violación por el abogado del cliente de un deber que surja de la relación abogado-cliente.

(4) La comunicación es pertinente a una controversia relativa a un documento en que intervino el abogado en calidad de notario.

(5) La comunicación es pertinente a una materia de común interés para dos o más clientes del abogado, en cuyo caso un cliente no puede invocar el privilegio contra los otros dos.

(D) Cuando dos o más personas se unen como clientes de un mismo abogado en cuanto a un asunto de interés común entre ellas, ninguna de ellas podrá renunciar al privilegio sin el consentimiento de otras.

Regla Propuesta

(A) Según usadas en esta regla, las siguientes expresiones tendrán el significado que a continuación se indica:

(1) Abogado: persona autorizada o a quien el cliente razonablemente creyó autorizada a ejercer la profesión de abogado;

incluye a la persona así autorizada y a sus asociados, asistentes y empleados de oficina.

(2) Cliente: persona natural o jurídica que, directamente o a través de representante autorizado, consulta a un abogado con el propósito de contratarle o de obtener servicios legales o consejo en su capacidad profesional; incluye al incapaz que consulta él mismo a un abogado o cuyo tutor o encargado hace tal gestión a nombre del incapaz.

(3) Comunicación confidencial: aquella comunicación habida entre un abogado y su cliente en relación a alguna gestión profesional, basada en la confianza de que no será divulgada a terceras personas, salvo a aquellas que sea necesario para llevar a efecto los propósitos de la comunicación.

(B) Sujeto a lo dispuesto en esta regla, el cliente, sea o no parte en el pleito o acción, tiene el privilegio de rehusar revelar, y de impedir que otro revele, una comunicación confidencial: (1) entre él o su representante y su abogado; o (2) entre su abogado y el representante del abogado, o (3) por él o su abogado a un abogado que represente a otro cliente en una cuestión de interés común; o (4) entre representantes del cliente o entre el cliente y representantes del cliente; o (5) entre abogados que representen al cliente.

(C) El privilegio puede ser invocado por el cliente, su tutor, sucesor, heredero, síndico o cualquier persona autorizada a invocarlo en beneficio de éste, o por el abogado a quien la comunicación

fue hecha si lo invoca a nombre de y para beneficio del cliente.

(D) No existe privilegio bajo esta regla si:

(1) Los servicios del abogado fueron solicitados u obtenidos para permitir o ayudar a cualquier persona a cometer o planificar la comisión de un delito, un acto torticero o un fraude.

(2) La comunicación es pertinente a una controversia entre los herederos del cliente ya fallecido, independientemente de que las reclamaciones provengan de un testamento o de sucesión intestada o de transacción entre vivos.

(3) La comunicación es pertinente a una controversia en que se alega el incumplimiento por el abogado o el cliente, de un deber que surja de la relación abogado-cliente.

(4) La comunicación es pertinente a una controversia en relación con un documento en que intervino el abogado en calidad de notario.

(E) Cuando dos o más personas se unen como clientes de un mismo abogado, en cuanto a un asunto de interés común entre ellas, ninguna de ellas podrá renunciar al privilegio sin el consentimiento de los otros clientes, ni podrá invocar el privilegio con los otros clientes.

COMENTARIOS

El Comité recomienda que se enmiende el apartado (B) de la regla para que lea como la Regla Federal 503 (propuesta por el Tribunal Supremo y no aprobada por el Congreso por razones ajenas a sus méritos), que dispone:

"A client has a privilege to refuse to disclose and to prevent any other person from disclosing confidential communications made for the purpose of facilitating the rendition of professional legal services to the client, (1) between himself or his representative and his lawyer or his lawyer's representative, or (2) between his lawyer and the lawyer's representative, or (3) by him or his lawyer to a lawyer representing another in a matter of common interest, or (4) between representatives of the client or between the client and a representative of the client, or (5) between lawyers representing the client."

Debe hacerse un paréntesis para exponer las razones por las cuales no fue aprobado por el Congreso el Capítulo V que trataba sobre los privilegios. Durante su trámite legislativo, las reglas sobre privilegios fueron objeto de fuerte oposición por entenderse que se trataba de un asunto de política pública ajeno a la función del Tribunal Supremo Federal bajo su poder de reglamentación.

Además, la codificación de normas de derecho común en las reglas implicaba que, en ocasiones, aquéllas se vieran restringidas, (privilegio marido-mujer) eliminadas, (privilegio médico-paciente) o creadas (privilegio sicoterapista-paciente) alterándose el alcance del derecho estadual existente, ya que los privilegios pueden tener un efecto sustancial en la adjudicación de un caso, y afectar la norma sentada en Erie R. Co. v. Tompkins, 304 U.S. 64 (1938), caso en el que se resolvió que los tribunales federales, en casos de diversidad de ciudadanía, aplicarían la ley estatal. A manera de ilustración, el privilegio de información oficial afecta no sólo la solución del caso particular, sino la forma misma de llevar a cabo las funciones de gobierno. (2 Louisell & Mueller, Federal Evidence,

secs. 200-206).

Por tal motivo, el Congreso no aprobó el Capítulo sobre los privilegios y sí una regla general, Regla 501. A estos efectos se transcribe parte del comentario del ADVISORY COMMITTEE a la Regla 501:

"The arguments advanced in favor of recognizing state privileges are: a state privilege is an essential characteristic of relationship or status created by state law and thus is substantive in the Erie sense; state policy ought not to be frustrated by the accident of diversity; the allowance or denial of a privilege is so likely to affect the outcome of litigation as to encourage forum selection on that basis, not a proper function of diversity jurisdiction. There are persuasive answers to these arguments."

Sin embargo, el Hon. Charles Joiner (U.S. District Court Judge) en su artículo Should Codification Be Revisited, opina que ha llegado el momento de codificar finalmente el área de los privilegios para que apliquen en todo caso ante las cortes federales. (American Bar Association, Section of Litigation, Proposed Amendments to the Federal Rules of Evidence, Symposium 1985).

Pasando al privilegio que ahora en particular nos interesa, la Regla 25 actual limita su alcance a comunicaciones confidenciales entre el abogado y el cliente sin referirse a situaciones o casos que envuelven comunicaciones entre partes y abogados múltiples con un interés común.

Podría argumentarse que el lenguaje del inciso A(3) de la actual regla aplica a esas situaciones y casos, al disponer que la comunicación no deja de ser confidencial porque el comunicante contemple

su divulgación a aquellas terceras personas "que sea necesario para llevar a efecto los propósitos de la comunicación". 2 Weinstein & Berger, Weinstein's Evidence, secs. 503 (b)(06). Sin embargo, las consideraciones tanto de orden práctico como la política pública que justifica la existencia de este privilegio, Development in the Law Privileged Communications, 98 Harv. Law. Rev. 1450, 1501-1509 (1985), requieren que se defina con claridad su alcance para evitar, en lo posible, que mediante interpretaciones restrictivas se derroten los propósitos para los que se estableció. Así lo entendió el Comité Asesor del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, el cual incorporó a las reglas propuestas por dicho Tribunal, la Regla 503 (b)(3) que detallaba las diferentes situaciones en que aplicaría el privilegio cuando estaban envueltos más de un cliente o más de un abogado en asuntos o cuestiones de interés común.

La regla propuesta por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos contiene una aparente inconsistencia que ha sido criticada. Esa regla, al igual que la Regla 25(C)(5) vigente en Puerto Rico, dispone que el privilegio cesa o deja de existir entre clientes comunes de un mismo abogado si la comunicación es pertinente a una materia de común interés para esos clientes. Sin embargo, la Regla 503 (b)(3) propuesta extendería el privilegio a la comunicación entre el cliente y el abogado de otro cliente, en una cuestión de interés común. Esto da margen a que la misma comunicación, hecha con el mismo propósito, no sea privilegiada cuando ambos clientes tienen el mismo abogado y sí lo sea cuando están representados por distintos

abogados. A estos efectos se expresa así Weinstein:

"If litigation subsequently ensues between any of the clients who had engaged in a joint consultation about a matter of common interest, subdivision (b) indicates that the privilege continues to apply. When clients who have retained the same attorney have a later falling out, subdivision (d)(5) specifically provides that the privilege ceases. But there is no comparable provision for clients who have consulted different lawyers. Furthermore, the general statement of the privilege in subdivision (b), empowering a client "to prevent any other person from disclosing confidential communications made for the purpose of facilitating the rendition of professional legal services to the client," would seem to enable any client in a subsequent action to bar disclosure of any statement made at a joint conference about a matter of common interest regardless of whether it was made by himself or someone else."

La diferencia en resultados no se justifica y por eso el Comité recomienda la eliminación de la actual Regla 25(C)(5), (503 (D)(5) Federal), de manera que la situación de dos o más partes con un mismo abogado resulte similar a la de dos o más partes con diferentes abogados. Dicha sección 503 (D)(5) lee como sigue:

"As to a communication relevant to a matter of common interest between two or more clients if the communication was made by any of them to a lawyer retained or consulted in common, when offered in an action between any of the clients."

De existir razones o consideraciones especiales que justifiquen esta excepción, (C)(5) de la regla actual, de origen jurisprudencial, las autoridades y casos no las expresan. Por ejemplo, en la anotación Applicability of Attorney-Client Privilege to Evidence or Testimony in Subsequent Action Between Parties Originally Represented Contemporaneously By Same Attorney with Reference To

Communication To Or From One Party, 4 A.L.R. 4th 465, no se expone razón alguna para la existencia de esta excepción. Sin embargo, se colige de esa anotación que la misma aplica únicamente cuando la comunicación dimana de una situación de contenido antagónico o no se relaciona con un asunto de común interés. 4 A.L.R. 4th págs. 469, 470, 476. En esa anotación se menciona el caso de Wisconsin Line & Cement Co. v. Hutman (1940) 306 Ill. App. 347, 28 N.E. 2d 801, en donde la corte no aplicó la excepción y reconoció el privilegio en una situación marginal. La razón de ser del privilegio, expresada por la Corte, y según la citada anotación, fue la siguiente:

"The Court said that it was unusual for a lawyer to be the principal witness in a case in order to establish a claim against his own client, and that if the law were to permit such a procedure, then a lawyer's office would not be a very safe place for a man to go to seek advise as to his legal rights". (4 A.L.R. 4th, p. 476).

Resulta interesante que este planteamiento aparentemente no ha sido contemplado por los tribunales y cuerpos que han reconocido la norma de excepción, sin mayor análisis de su justificación.

En Puerto Rico se adoptó esta excepción en Beiró v. Rovira Hermanos, 26 D.P.R. 821 (1918). Se trataba de un pleito de reivindicación en el que los demandados intentaron probar con prueba secundaria el contenido de unos planos extraviados. Entre otras cosas, ofrecieron el testimonio de un abogado "a quien, como abogado de ambas partes, se le habían sometido en 1905 para su examen y consejo, con miras a evitar litigios, todos los papeles y documentos

junto con estos planos" (26 D.P.R. a la pág. 823). La entonces Corte de Distrito no permitió ese testimonio por tratarse de información obtenida en el curso de la relación abogado-cliente. El Tribunal Supremo revocó esta decisión, expresándose así a la pág. 828:

"Tomando como base el criterio más favorable a los demandados de que el propuesto testigo, como él llegó a decirlo, actuaba, a la fecha en que fueron dichos planos a él sometidos, como abogado de ambas partes y no de Beiró solamente, quien buscó primero sus servicios, a todas luces la comunicación sencillamente no era privilegiada.

'Cuando dos o más personas emplean al mismo abogado en el mismo negocio, sus comunicaciones con el abogado en relación a dicho negocio no son privilegiadas intereses, aún cuando los intereses de esas personas sean adversos entre sí, siempre que las revelaciones se hicieren a presencia y audiencia de todos los interesados o se hubieren hecho para información de todos.' 40 Cyc. 236 S. "Véase también IV Wigmore 3235, sec. 2312; Harris v. Harris, 136 Cal. 379; Cady v. Walker, 28 N.W. 805; Livingston v. Wagner, 42 Pac. 290; Shove v. Martine, 88 N.W. 254; Thompson v. Cashman, 181 Mass. 36; Doheny v. Lacy, 61 N.E. 255, Haley v. Eureka Co. Bank, 26 Pac. 64."

De la anterior cita se desprende que la norma adoptada en ese caso:

a) aplica también a casos en los que los intereses de los clientes al momento de hacerse la comunicación eran antagónicos o adversos. De hecho, las partes en ese caso contrataron al abogado para que resolviera una controversia existente entre ellos. La norma según recogida en el inciso (5) del párrafo (C) de la actual Regla 25, sólo aplica cuando la comunicación es pertinente a una cuestión de común interés para los clientes.

b) exige que la comunicación se haga por lo menos con la intención de que llegue a oídos de todos los clientes. La norma establecida en nuestra actual regla no contempla esta condición y, una comunicación entre uno de los clientes y el abogado, aunque fuere hecha en ausencia del otro u otros clientes y aunque fuere hecha con la intención de que no llegara a oídos de los demás, estaría sujeta a la excepción.

Como se ha dicho, la génesis de esta excepción o limitación no es de fácil determinación. Su fundamento aparenta ser muy general. Las cortes aparentemente han dado más peso a "la necesidad de que ante el juzgador se presenten todos los hechos pertinentes que conduzcan a ayudarlo a formar un juicio ponderando todos los elementos de prueba disponible", Lugo Ortiz v. Ferrer, 85 D.P.R. 862, 871 (1962), frente a las consideraciones de política pública del privilegio, entre otras, "evitar pleitos innecesarios". Id; véase, Rovira Hermanos, ante, pág. 827. Desde luego, este fundamento serviría para justificar la abolición total del privilegio. Por consiguiente, si el privilegio se reconoce, no existe ninguna razón especial e independiente que justifique tal excepción.

En los comentarios a la Regla 503(b) propuesta el ADVISORY COMMITTEE expresa lo siguiente con respecto a la sección (b) de dicha regla:

"The privilege extends to communications (1) between client or his representative and lawyer or his representative, (2) between lawyer and lawyer's representative, (3) by client or his lawyer to a Procedure Sec. 60-426 (b)(4); New

Jersey Evidence Rule 26(2). The situation with which this provision deals is to be distinguished from the case of clients with a common interest who retain different lawyers. See subdivision (b)(3) of this rule, supra.

Este último comentario y la ausencia de excepción alguna al privilegio cuando los clientes tienen abogados distintos, corrobora la interpretación de esta regla propuesta a los efectos de que, en un subsiguiente pleito entre los clientes, la naturaleza privilegiada de la comunicación confidencial dependerá únicamente de si las partes tenían o no el mismo abogado en el momento en que se hizo la confidencia. Como podrá apreciarse, aparte de expresar que el

inciso recogía la ley existente, el Comité no adelantó razón alguna para esta inconsistencia.

En la sección Developments in the Law, dedicada por el Harvard Law Review a las comunicaciones privilegiadas (98 Har. L. Rev. p. págs. 1450-1666 (1985)), se asume la posición de que la aplicación amplia del privilegio está más justificada por los beneficios sociales que se obtienen, y que sólo debe exceptuarse al cliente que utiliza el abogado para ayudar a cometer o planear la comisión de un delito o fraude (Véase Regla 25(C)(1) actual). Al resumir el contenido de la sección en cuanto a este privilegio los autores se expresan así:

"The attorney-client privilege benefits society by encouraging laymen to seek legal service and thereby learn their legal rights and responsibilities and obtain effective representations in litigation. Section A of this part examines the utilitarian and non-utilitarian rationales for the attorney-client privilege and concludes that both justify a broad application of the privilege except when it protects clients who rely on attorneys to further prospective crime or fraud.

This part concludes that the doctrines examined in Section B do not serve the policies of the privilege as well as would a broad privilege coupled with an intent-based crime-fraud exception."

Parece que la excepción aquí en cuestión ha sido adoptada y aplicada de una manera ritualista y mecánica por la única razón de haberse repetido en una larga lista de opiniones judiciales.

En resumen, el Comité recomienda que se enmiende nuestra Regla 25(B), de acuerdo al texto de la Regla 503(B) Federal y, de paso, para evitar la inconsistencia aludida, se recomienda la derogación del inciso C(5) de nuestra regla actual.

Pasando a otra materia, el Comité propone enmendar el actual inciso (B) de la Regla para aclarar que no sólo el cliente tiene derecho a reclamar el privilegio, sino también sus sucesores en derecho. La enmienda se recoge en el inciso (C) de la regla propuesta.

Por último, el Comité propone enmendar el inciso (C)(3) de la regla actual (véase el inciso (D)(3) de la regla propuesta) para excluir el privilegio en acciones en que se alega el incumplimiento, por parte del cliente, de un deber que surja de la relación abogado-cliente. La regla actual, inadvertidamente, sólo se refiere al caso de incumplimiento por parte del abogado.

Unas últimas observaciones de índole general. El privilegio abogado-cliente siempre ha sido justificado a base de la necesidad de que el cliente coopere sin reservas con su abogado. Los propios

cánones de ética profesional postulan el deber de guardar la confidencialidad de las comunicaciones habidas entre el cliente y su abogado. Sin embargo, el alcance de dicho privilegio ha sido motivo de extensos debates.

Un aspecto que ha suscitado interrogantes es qué manifestaciones quedan protegidas bajo el término "comunicación". Además de manifestaciones orales y escritas, ¿quedan incluidas las observaciones que percibe el abogado, así como, conducta no verbalizada tales como gestos? Mc Cormick contesta en la afirmativa. Mc Cormick, Evidence, Sec. 89 (Cleary 3d. ed 1984). Ahora bien, debe tenerse presente que esta conducta no verbal u observaciones tienen que contener el elemento de confidencialidad, pues de lo contrario no existiría tal privilegio. En In Re Walsh 623 F.2d 489 (1980), por ejemplo, habida cuenta de que las observaciones del abogado podían ser percibidas por cualquiera, se estimó que no estaban protegidas.

En torno a otros aspectos del privilegio, varios comentaristas opinan que un abogado no debe testificar sobre la capacidad mental de su cliente. Louisell & Mueller, Federal Evidence, Sec. 210. Realmente consideramos que esta posición es la correcta, pues esta información vino a conocimiento del abogado como consecuencia de su relación.

Otro extremo que ha sido objeto de gran debate en torno al alcance del privilegio es si éste se extiende a la identidad del cliente, así como a los honorarios pactados. La justificación para denegarle protección a la identidad del cliente es que no se

contempla razón legítima que justifique rehusar revelar tal información. Cuando se rehusa revelar la identidad del cliente suele pensarse que la conducta se refiere a actividades delictivas.

Véase: 8 Wigmore, Evidence Sec. 2313, 2 Louisell & Mueller, Federal Evidence, Sec. 210; Re Shargel, 742 F.2d. 61 (1984) (honorarios) Re Grand Jury Subpoenas Duces Tecum, 695 F.2d 363 (1982) (honorarios-identidad).

En algunas ocasiones el aspecto de la identidad está vinculado a la excepción que establece el inciso (C)(1) de nuestra regla, es decir, si dicha información está relacionada con algún delito o fraude. En Proceedings In the Matter of Pavlick, 680 F.2d 1026 (1982), el Tribunal Federal resolvió que la identidad del cliente no estaba protegida excepto cuando dicha información proveía la última clave a la identidad del cliente ("last link"). Allí se trataba de un abogado contratado para que defendiera a unas personas acusadas de conspirar para vender drogas narcóticas. En el juicio, uno de los acusados expresó que no sabía quién había contratado a su abogado, pero que al momento de la transacción delictiva le habían asegurado que tendría representación legal. El Tribunal resolvió que dicha representación fue contratada para promover actividades delictivas. Por tal motivo, se denegó protección ya que el abogado en realidad estaba actuando como sombrilla para proteger al cabecilla de una banda dedicada a actividades criminales logrando que sus secuaces obtuvieran asistencia profesional "de calidad".

Cabe señalar que la opinión concurrente acertadamente expresa que

no existe privilegio porque el cliente es el acusado y no la persona que contrató sus servicios. Véase además: Re Grand Jury Proceedings (Freeman), 708 F.2d 1571 (1983).

Por otro lado, cuando el cliente contrata un abogado para que éste haga un pago anónimo al fisco y de esta forma estar protegido en la eventualidad de un pleito por evasión de impuestos, la mayoría de las jurisdicciones han protegido la identidad bajo la teoría de que la persona solicitó consejo legal precisamente sobre un acto objeto de investigación.

Otra situación en que se ha querido proteger la identidad del cliente es cuando éste en realidad quiere actuar como informante anónimo para dar alguna pista con relación a algún crimen.

El aspecto del cliente corporativo suscita controversia. El caso normativo es Upjohn Company v. United States 449 U.S. 383, 101 S. Ct. 677 (1981). El Tribunal Supremo rechaza el criterio del grupo de control ("control group") al resolver que las comunicaciones que habían sostenido los abogados con los empleados de inferior jerarquía, a instancias de y para beneficio de la corporación, estaban protegidas por el privilegio. Bajo el criterio del grupo de control sólo se consideran privilegiadas las comunicaciones entre el abogado y aquellos empleados o funcionarios de la corporación con facultades de dirección o de determinación de la política corporativa. UpJohn, por otro lado, le da un espaldarazo a la doctrina del privilegio del "producto del abogado" ("work product") sentada en Hickman v. Taylor 329 US 495 (1947). Con Upjohn el

Tribunal Supremo federal ha confirmado definitivamente el arraigo de este privilegio al extender su cobertura más allá de lo que anteriormente se pensaba cuando el "cliente" era una corporación. Además, ha ocasionado que prácticamente cualquier consejo que imparta el abogado se incluya dentro del alcance del privilegio del producto del abogado si la comunicación era significativa para la función de asesoramiento. Véase Robert G. Nath, A new Prescription for the Attorney-client Privilege and Work, Product Defenses in Administrative Investigations, 30 Buffalo L. Rev. 11 (1981); Saltzburg S.A., Corporate Related Attorney-Client Privilege Claims: A suggested Approach, 12 Hofstra L. Rev. 279 (1984).

Un caso reciente de Puerto Rico que amerita discusión es Robert Ades v. Harry Zalman, 115 D.P.R. 514 (1984). Se trataba de una toma de deposición al abogado de unas corporaciones. El Tribunal Supremo reconoce cualificadamente el derecho a tomar unas deposiciones al abogado de una parte, siempre que se establezca justa causa. A estos efectos, el Tribunal deberá realizar un estricto y ponderado escrutinio de la solicitud para detectar si la información es susceptible de ser obtenida por otros medios. De ser así, debe denegarse la solicitud. Ahora bien, se aclara que el examen del abogado no incluye aquella materia denominada "producto de su trabajo" ("work product").

Para una discusión del tema véase: l Chiesa, Práctica Procesal Puertorriqueña, Evidencia, pág. 119.

Regla 26. Relación médico y paciente

(A) Según usadas en esta regla, las siguientes expresiones tendrán el significado que a continuación se indica:

(1) Médico: persona autorizada, o quien el paciente razonablemente cree que está autorizada a ejercer la medicina en el lugar en que se efectúa la consulta médica o examen médico, incluyendo como médico al sicoterapeuta ya sea éste siquiatra o sicólogo.

(2) Paciente: persona que con el único fin de obtener tratamiento médico, o un diagnóstico preliminar a dicho tratamiento, consulta a un médico o se somete a examen por éste.

(3) Comunicación confidencial: comunicación habida entre el médico y el paciente en relación con alguna gestión profesional basada en la confianza de que ésta no será divulgada a terceras personas, salvo a aquellas que sea necesario para llevar a efecto el propósito de la comunicación.

(B) Sujeto a lo dispuesto en esta regla, el paciente, sea o no parte en el pleito o acción, tiene el privilegio de rehusar revelar, y de impedir que otro revele, una comunicación confidencial entre el paciente y el médico si el paciente o el médico razonablemente creían que la comunicación era necesaria para permitir al médico diagnosticar o ayudarlo en un diagnóstico de la condición del paciente o para prescribir o dar tratamiento a la misma. El privilegio puede ser invocado no sólo por su poseedor, el paciente, sino también por una persona autorizada para invocarlo en beneficio del paciente, o por el médico a quien se hizo la comunicación confidencial, si éste lo

invoca a nombre de y para beneficio del paciente.

(C) No existe privilegio bajo esta regla si:

(1) La cuestión en controversia concierne la condición del paciente, bien en una acción para recluírle o ponerle bajo custodia por razón de alegada incapacidad mental o en una acción en la que el paciente trata de establecer su capacidad, o en una acción de daños a base de la conducta del paciente que constituye delito.

(2) Los servicios del médico fueron solicitados u obtenidos para hacer posible o ayudar a cometer o planear la comisión de un delito o de un acto torticero.

(3) El procedimiento es de naturaleza criminal.

(4) El procedimiento es una acción civil para recobrar daños con motivo de conducta del paciente y se demuestra justa causa para revelar la comunicación.

(5) El procedimiento es sobre una controversia en torno a la validez de un alegado testamento del paciente.

(6) La controversia es entre partes que derivan sus derechos del paciente, ya sea por sucesión testada o intestada.

(7) La comunicación es pertinente a una controversia basada en el incumplimiento de un deber que surge de la relación médico y paciente.

(8) Se trata de una acción en que la condición del paciente constituye un elemento o factor de la reclamación o defensa del paciente, o de cualquier persona que reclama al amparo del derecho del paciente o a través de éste, o como beneficiario del paciente en

virtud de un contrato en que el paciente es o fue parte.

(9) El poseedor del privilegio hizo que el médico o un agente o empleado de éste declarar(a) en una acción respecto a cualquier materia que vino en conocimiento del médico, su agente o empleado por medio de la comunicación.

(10) La comunicación es pertinente a una controversia relacionada con un examen médico ordenado por el tribunal a un paciente, sea el paciente parte o testigo en el pleito.

Propuesta enmienda a la Regla 26(A)(1)

Médico: persona autorizada, o quien el paciente razonablemente cree que está autorizada a ejercer la medicina en el lugar en que se efectúa la consulta médica o examen médico.

COMENTARIOS

El Comité recomienda enmendar el apartado (1) del inciso (A) de la Regla 26 para deslindar el privilegio médico-paciente del privilegio sicoterapista-paciente que se propone en la Regla 26.1 a ser discutida más adelante. De esta forma quedará claro el alcance de cada privilegio.

El privilegio médico-paciente no fue reconocido por el derecho común. Su origen es estatutario. Nueva York fue el primer estado en reconocerlo en 1828, luego California en 1872. La razón para su adopción fue fomentar el que las personas acudieran a los médicos a tratarse enfermedades y dolencias de índole estigmatizante con la confianza de que las mismas no serían reveladas al conocimiento público.

La propuesta Regla Federal 504 no reconocía el privilegio médico-paciente, sino solamente el de sicoterapeuta-paciente, privilegio que viene cogiendo auge desde la década de los cincuenta. El ADVISORY COMMITTEE elocuentemente expresó lo siguiente:

"The rules contain no provision for a general physician-patient privilege. While many states have by statute created the privilege, the exceptions which have been found necessary in order to obtain information required by the public interest or to avoid fraud are so numerous as to leave little if any basis for the privilege. Among the exclusions from the statutory privilege, the following may be enumerated; communications not made for purposes of diagnosis and treatment; commitment and restoration proceedings; issues as to wills or otherwise between parties claiming by succession from the patient; actions on insurance policies; required reports (venereal diseases, gunshot wounds, child abuse); communications in furtherance of crime or fraud; mental or physical condition put in issue by patient (personal injury cases); malpractice actions; and some or all criminal prosecutions. California, for example, excepts cases in which the patient puts his condition in issue, all criminal proceedings, will and similar contests, malpractice cases, and disciplinary proceedings, as well as certain other situations, thus leaving virtually nothing covered by the privilege. California Evidence Code Secs. 990-1007. For other illustrative statutes see Ill.Rev.Stat.1967, c.51 Sec. 5.1; N.Y.C.P.L.R. Sec. 4504; N.C.Gen.Stat. 1953, Sec. 8-53. Moreover, the possibility of compelling gratuitous disclosure by the physician is foreclosed by his standing to raise the question of relevancy. See Note on "Official Information" Privilege following Rule 509, infra."

En Puerto Rico, al igual que en los Estados Unidos, este privilegio se interpreta restrictivamente. Esto puede corroborarse fácilmente; basta con estudiar el catálogo de excepciones que contiene nuestra regla aparte de lo ya dispuesto en la Regla 34

sobre renuncia implícita y la Regla 35 sobre interpretación restrictiva. El Honorable Tribunal Supremo tuvo ocasión de manifestarse con gran énfasis y precisión en contra de este privilegio en García Negrán v. Tribunal Superior, 104 P.2d 727, 732 (1976) al expresar lo siguiente: "Son muy contados los casos en que el privilegio de médico-paciente pueda vindicar un interés superior a la dilucidación de la verdad en un proceso judicial."

Las secciones 990-1007 del Código de Evidencia de California, de las cuales proviene nuestra regla, también siguen un enfoque restrictivo. Dicho Código contiene también un catálogo de excepciones aún más detallado que el nuestro. Por ejemplo, no existe privilegio si la información es requerida por ley o si la información forma parte de un record sujeto a inspección pública (Cal. Ev. Code Sec. 1006); tampoco existe si se trata de una acción para cancelar derechos o licencias (Cal. Evid. Code, sect. 1009). Para otros estados con disposiciones similares véase: Illinois, New York y North Carolina (Ill. Rev. 1267 C. 51 sec. 5.1; N.Y. E.P.L.R. sec. 5404, N.C. Rev. Stat. 1953 sec. 8-53).

Al igual que el ADVISORY COMMITTEE, Wigmore y McCormick lo consideran innecesario, fomentador de fraude y un instrumento para evadir el descubrimiento de información esencial y pertinente a la solución del pleito. 8 Wigmore, On Evidence, sec. 2380(a) (McNaughton Rev.); McCormick, On Evidence, sec. 105, 3ra. ed. (1984).

Por su parte, Louisell & Mueller opinan que el privilegio tiene su valor social y por consiguiente debe preservarse en la medida en

que el doctor realiza una función de índole siquiátrica. Debemos recordar que todavía existen los llamados médicos de familia que realizan en muchas ocasiones la labor de un siquiatra. 2 Louisell & Mueller, Federal Evidence, sec. 215.

No sólo se interpreta restrictivamente este privilegio a base de las numerosas excepciones que contemplan los estatutos sino también mediante la definición estricta de los términos "comunicación confidencial" y "médico", y mediante la identificación de numerosas situaciones en que se presume renunciado el privilegio.

La regla vigente en Puerto Rico sigue esta trayectoria. Puede observarse que el término "médico" no incluye profesionales relacionados, tales como enfermeras, quiroprácticos, dentistas, e.t.c. Algunos estados sí incluyen otros profesionales: en Colorado, a las enfermeras graduadas (Colo. Rev. Stat. sec. 13-90-107); en Louisiana a dentistas, enfermeras, farmaceuticos, pediatras, optómetras, quiroprácticos, terapeuta físico, sicólogo (La Rev. Stat. Ann. sec. 13-3734 (A)(1); en Minnessota a dentistas, quiroprácticos y enfermeras graduadas (Minn. Stat. sec. 595.02 (4) & (7)).

El término "comunicación confidencial" se ha interpretado también restrictivamente y excluye las situaciones en que la comunicación no sea para diagnosticar y prescribir tratamiento, como cuando el examen es ordenado por el tribunal para determinar capacidad mental. También se ha resuelto que el privilegio no cubre información incidental como fecha, hora y lugar de la consulta.

Jones v. Superior Court, 119 Cal.App.3d 534, 174 Cal.Rptr. 148 (1981); People v. Doe, 107 Misc. 2d.605,435 N.Y.S. 2d. 656 (1981).

El aspecto de la renuncia al privilegio por estar en controversia la condición del paciente, ya sea por incapacidad mental o por impericia médica, está ampliamente cubierto en nuestra actual regla. Actualmente cuarenta (40) estados y el Distrito de Colombia reconocen este privilegio. Algunos de éstos son Alaska, Arkansas, Delaware, Hawaii, Maine, Nebraska, Nevada, North Dakota, Oklahoma, Oregon, South Dakota, Vermont y Wisconsin. Por otro lado, no lo reconocen Alabama, Connecticut, Florida, Kentucky, Maryland, Massachusetts, New Mexico, South Carolina, Tennessee y West Virginia.

Regla 26.1 propuesta. Relación sicoterapeuta-paciente

(A) Según usadas en esta regla, las siguientes expresiones tendrán el significado que a continuación se indica:

(1) Sicoterapeuta: persona autorizada, o quien el paciente razonablemente cree que está autorizada a ejercer la medicina en el lugar en que se efectúa la consulta médica o examen médico, mientras se desempeña en el diagnóstico o tratamiento de una condición mental o emocional incluyendo adicción a drogas o alcohol. Dicho término comprenderá además a aquella persona autorizada a ejercer como sicólogo.

(2) Paciente: persona que consulta, se somete a examen o es entrevistada por un sicoterapeuta.

(3) Comunicación confidencial: comunicación habida entre el sicoterapeuta y el paciente en relación con alguna gestión profesional basada en la confianza de que no será divulgada a terceras personas salvo a aquellas, incluyendo a sus familiares, que bajo la dirección del sicoterapeuta ayudan en el diagnóstico y tratamiento del paciente.

(B) Sujeto a lo dispuesto en esta regla, el paciente, sea o no parte en el pleito o acción, tiene el privilegio de rehusar revelar, y de impedir que otro revele, una comunicación confidencial entre el paciente y el sicoterapeuta si el paciente o el sicoterapeuta razonablemente creían que la comunicación era necesaria para permitir al sicoterapeuta diagnosticar o ayudarlo en un diagnóstico de la condición del paciente o para prescribir o dar tratamiento a la misma. El

privilegio puede ser invocado no sólo por su poseedor, el paciente, sino también por una persona autorizada para invocarlo en beneficio del paciente, o por el sicoterapeuta a quien se hizo la comunicación confidencial, si éste lo invoca a nombre de y para beneficio del paciente.

(C) No existe privilegio bajo esta regla si:

(1) la comunicación es pertinente a un proceso para hospitalizar al paciente por incapacidad mental, si el sicoterapeuta en el curso de diagnosticar o prescribir el tratamiento ha determinado que el paciente necesita hospitalización.

(2) la comunicación está relacionada con un examen médico ordenado por el tribunal cuyo propósito particular fue diagnosticar la condición mental o emocional del paciente, salvo que el juez ordenase lo contrario.

(3) la comunicación es pertinente a una controversia sobre la condición mental o emocional del paciente en un procedimiento en que dicha condición constituye un elemento de la reclamación o defensa del paciente, o de cualquier persona que reclama al amparo del derecho del paciente o a través de éste, o como beneficiario del paciente.

(4) concurren las siguientes circunstancias:

(a) el paciente es menor de 16 años.

(b) el sicoterapeuta tiene motivos razonables para creer que el paciente es víctima de un delito y tal divulgación es en beneficio de los mejores intereses del menor.

COMENTARIOS

Mientras decae el privilegio médico-paciente, el relativo a las comunicaciones entre sicoterapeuta-cliente cobra cada vez más fuerza. La razón para ello estriba en que una persona no necesita de la protección del privilegio para expresar la información sobre su condición física, a fines de obtener el mejor diagnóstico o tratamiento médico, pero sí lo necesita para hablar con franqueza sobre su salud mental, como por ejemplo, asuntos de índole sexual, adicción a drogas o alcohol, problemas matrimoniales, e.t.c. Se estima necesario reconocer un privilegio en esta área, sin las restricciones inherentes al privilegio médico paciente.

El Comité considera necesario que se apruebe alguna versión del privilegio sicoterapeuta-paciente. Sin embargo, se trata de un asunto complejo que acarrea un delicado balance de cuestiones de política pública que la Asamblea Legislativa debe considerar. No es menos cierto, por otro lado, que la inclusión del privilegio, en alguna de sus versiones, en las enmiendas a las Reglas de Evidencia -si alguna- que aprobaría el Tribunal Supremo y remitiría a la Asamblea Legislativa parece un vehículo adecuado para propiciar la cabal discusión de esta materia con miras a su culminación en la aprobación de la regla de privilegio que mejor satisfaga los intereses envueltos, atendida nuestra particular realidad social. El Comité, para iniciar o re-iniciar tal discusión, ha elegido, como regla propuesta, la Regla 504 de las Reglas Federales propuestas por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos al Congreso, cuyo

comentario por el ADVISORY COMMITTEE reza, en parte, asi:

"The doubts attendant upon the general physician-patient privilege are not present when the relationship is that of psychotherapist and patient. While the common law recognized no general physician-patient privilege, it had indicated a disposition to recognize a psychotherapist-patient privilege, Note, Confidential Communications to a Psychotherapist: A New Testimonial Privilege, 47 Nw.U.L.Rev. 384 (1952), when legislatures began moving into the field.

The case for the privilege is convincingly stated in Report No. 45, Group for the Advancement of Psychiatry 92 (1960):

Among physicians, the psychiatrist has a special need to maintain confidentiality. His capacity to help his patients is completely dependent upon their willingness and ability to talk freely. This makes it difficult if not impossible for him to function without being able to assure his patients of confidentiality and, indeed, privilege communication. Where there may be exceptions to this general rule..., there is wide agreement that confidentiality is a sine qua non for successful psychiatric treatment. The relationship may well be likened to that of the priest-penitent or the lawyer-client. Psychiatrists not only explore the very depths of their patients' conscious, but their unconscious feelings and attitudes as well. Therapeutic effectiveness necessitates going beyond a patient's awareness and, in order to do this, it must be possible to communicate freely. A threat to secrecy blocks successful treatment.

A much more extended exposition of the case for the privilege is made in Slovenko, Psychiatry and a Second Look at the Medical Privilege, 6 Wayne L. Rev. 175, 184 (1960), quoted extensively in the careful Tentative Recommendation and Study Relating to the Uniform Rules of Evidence (Article V Privileges), Cal.Law Rev. Comm'n, 417 (1964). The conclusion is reached that Wigmore's four conditions needed to justify the existence of a privilege are amply satisfied.

Illustrative statutes are Cal. Evidence Code Sec. 1010-1026; Ga. Code Sec. 38-418 (1961 Supp.); Conn. Gen. Stat., Sec. 52-146a (1966 Supp.); Ill. Rev. Stat. 1967, c. 51, sec. 5.2.

While many of the statutes simply place the communications on the same basis as those between attorney and client, 8 Wigmore Sec. 2286, n.23 (McNaughton Rev. 1961), basic differences between the two relationships forbid resorting to attorney-client save as a helpful point of departure. Goldstein and Katz, Psychiatrist-Patient Privilege: The GAP Proposal and the Connecticut Statute, 36 Conn. B.J. 175, 182 (1962).

Subdivision (a). (1) The definition of patient does not include a person submitting to examination for scientific purposes. Cf. Cal. Evidence Code, sec. 1101. Attention is directed to 42 U.S.C. 242(a)(2), as amended by the Drug Abuse and Control Act of 1970, P.L. 91-513, authorizing the Secretary of Health, Education, and Welfare to withhold the identity of persons who are the subjects of research on the use and effect of drugs. The rule would have this provision in full force, See Rule 501.

(2) The definition of psychotherapist embraces a medical doctor while engaged in the diagnosis or treatment of mental or emotional conditions, including drug addiction, in order not to exclude the general practitioner and to avoid the making of needless refined distinctions concerning what is and what is not the practice of psychiatry. The requirement that the psychologist be in fact licensed, and not merely be believed to be so, is believed to be justified by the number of persons, other than psychiatrists, purporting to render, psychotherapeutic aid and the variety of their theories. Cal. Law Rev. Comm'n, supra, at pp. 434-437.

The clarification of mental or emotional condition as including drug addiction is consistent with current approaches to drug abuse problems. See, e.g. the definition of "drug dependent person" in 42 U.S.C. 201(q), added by the Drug Abuse Prevention and Control Act of 1970, P.L. 91-513.

(3) Confidential communication is defined in terms conformable with those of the lawyer-client privilege, Rule 503(a)(4), supra, with changes appropriate to the difference in circumstance.

Subdivisions (b) and (c). The lawyer-client rule is drawn upon for the phrasing of the general rule of privilege and the determination of those who may claim it. See Rule 503(b) and (c).

The specific inclusion of communications made for the diagnosis and treatment of drug addiction recognizes the continuing contemporary concern with rehabilitation of drug dependent persons and is designed to implement that policy by encouraging persons in need thereof to seek assistance. The provision is in harmony with Congressional actions in this area. See 42 U.S.C. Sec. 260, providing for voluntary hospitalization of addicts or persons with drug dependence problems and prohibiting use of evidence of admission or treatment in any proceeding against him, and 42 U.S.C. Sec. 3419 providing that in voluntary or involuntary commitment of addicts the results of any hearing, examination, test, or procedure used to determine addiction shall not be used against the patient in any criminal proceedings.

Subdivision (d). The exceptions differ substantially from those of the attorney-client privilege, as a result of the basis differences in the relationships. While it has been argued convincingly that the nature of the psychotherapist-patient relationship demands complete security against legally coerced disclosure in all circumstances, Louisell, *The Psychologist is Today's Legal World: Part II*, 41 *Minn. L.Rev.* 731, 746 (1957), the committee of psychiatrists and lawyers who drafted the Connecticut statute concluded that in three instances the need for disclosure was sufficiently great to justify the risk of possible impairment of the relationship. Goldsetin and Katz, *Psychiatrist-Patient Privilege: The GAP Proposal and the Connecticut Statute*, 36 *Conn. B.J.* 175 (1962): These three exceptions are incorporated in the present rule.

(1) The interests of both patient and public

Illustrative statutes are Cal. Evidence Code Sec. 1010-1026; Ga. Code Sec. 38-418 (1961 Supp.); Conn. Gen. Stat., Sec. 52-146a (1966 Supp.); Ill. Rev. Stat. 1967, c. 51, sec. 5.2.

While many of the statutes simply place the communications on the same basis as those between attorney and client, 8 Wigmore Sec. 2286, n.23 (McNaughton Rev. 1961), basic differences between the two relationships forbid resorting to attorney-client save as a helpful point of departure. Goldstein and Katz, Psychiatrist-Patient Privilege: The GAP Proposal and the Connecticut Statute, 36 Conn. B.J. 175, 182 (1962).

Subdivision (a). (1) The definition of patient does not include a person submitting to examination for scientific purposes. Cf. Cal. Evidence Code, sec. 1101. Attention is directed to 42 U.S.C. 242(a)(2), as amended by the Drug Abuse and Control Act of 1970, P.L. 91-513, authorizing the Secretary of Health, Education, and Welfare to withhold the identity of persons who are the subjects of research on the use and effect of drugs. The rule would have this provision in full force, See Rule 501.

(2) The definition of psychotherapist embraces a medical doctor while engaged in the diagnosis or treatment of mental or emotional conditions, including drug addiction, in order not to exclude the general practitioner and to avoid the making of needless refined distinctions concerning what is and what is not the practice of psychiatry. The requirement that the psychologist be in fact licensed, and not merely be believed to be so, is believed to be justified by the number of persons, other than psychiatrists, purporting to render, psychotherapeutic aid and the variety of their theories. Cal. Law Rev. Comm'n, supra, at pp. 434-437.

The clarification of mental or emotional condition as including drug addiction is consistent with current approaches to drug abuse problems. See, e.g. the definition of "drug dependent person" in 42 U.S.C. 201(q), added by the Drug Abuse Prevention and Control Act of 1970, P.L. 91-513.

(3) Confidential communication is defined in terms conformable with those of the lawyer-client privilege, Rule 503(a)(4), supra, with changes appropriate to the difference in circumstance.

Subdivisions (b) and (c). The lawyer-client rule is drawn upon for the phrasing of the general rule of privilege and the determination of those who may claim it. See Rule 503(b) and (c).

The specific inclusion of communications made for the diagnosis and treatment of drug addiction recognizes the continuing contemporary concern with rehabilitation of drug dependent persons and is designed to implement that policy by encouraging persons in need thereof to seek assistance. The provision is in harmony with Congressional actions in this area. See 42 U.S.C. Sec. 260, providing for voluntary hospitalization of addicts or persons with drug dependence problems and prohibiting use of evidence of admission or treatment in any proceeding against him, and 42 U.S.C. Sec. 3419 providing that in voluntary or involuntary commitment of addicts the results of any hearing, examination, test, or procedure used to determine addiction shall not be used against the patient in any criminal proceedings.

Subdivision (d). The exceptions differ substantially from those of the attorney-client privilege, as a result of the basis differences in the relationships. While it has been argued convincingly that the nature of the psychotherapist-patient relationship demands complete security against legally coerced disclosure in all circumstances, Louisell, *The Psychologist is Today's Legal World: Part II*, 41 *Minn. L.Rev.* 731, 746 (1957), the committee of psychiatrists and lawyers who drafted the Connecticut statute concluded that in three instances the need for disclosure was sufficiently great to justify the risk of possible impairment of the relationship. Goldsetin and Katz, *Psychiatrist-Patient Privilege: The GAP Proposal and the Connecticut Statute*, 36 *Conn. B.J.* 175 (1962): These three exceptions are incorporated in the present rule.

(1) The interests of both patient and public

call for a departure from confidentiality in commitment proceedings. Since disclosure is authorized only when the psychotherapist determines that hospitalization is needed, control over disclosure is placed largely in the hands of a person in whom the patient has already manifested confidence. Hence damage to the relationship is unlikely.

(2) In a court ordered examination, the relationship is likely to be an arm's length one, though not necessarily so. In any event, an exception is necessary for the effective utilization of this important and growing procedure. The exception, it will be observed, deals with a court ordered examination rather than with a court appointed psychotherapist. Also, the exception is effective only with respect to the particular purpose for which the examination is ordered. The rule thus conforms with the provisions of 18 U.S.C. sec. 4244 that no statement made by the accused in the course of an examination into competency to stand trial is admissible on the issue of guilt and of 42 U.S.C. sec. 3420 that a physician conducting an examination in a drug addiction commitment proceeding is a competent and compellable witness.

(3) By injecting his condition into litigation, the patient must be said to waive the privilege, in fairness and to avoid abuses. Similar considerations prevail after the patient's death."

Adviértase que este privilegio, según la regla propuesta, no incluye comunicaciones habidas para cualquier propósito que no sea el de obtener diagnóstico y tratamiento; se excluyen procedimientos para institucionalizar pacientes con enfermedades mentales; acciones en que la capacidad del paciente esté en controversia (testamentos, pólizas, seguros) e informes requeridos por ley (informes de heridas de bala, maltrato de menores, enfermedades venéreas).

El alcance del término comunicación confidencial queda claramente dispuesto en el propuesto inciso (A)(3); incluye comunicaciones con fines de diagnóstico y tratamiento. Además, estarán

protegidas las comunicaciones habidas durante la terapia de grupo, ya que la regla protege las comunicaciones hechas frente a terceros si las mismas son bajo la dirección del sicoterapeuta y con el propósito de ayudar en el diagnóstico y tratamiento del paciente. Algunos estados como Colorado, expresamente protegen las comunicaciones habidas en terapias de grupo. (Colo. Rev. Stat. sec. 13-90-107(g)).

La Asamblea Legislativa tiene ante sí un proyecto que protege las comunicaciones habidas entre consejeros y víctimas de abuso sexual o violencia. Véase el P. del S. 198 de 20 de febrero de 1985. Un proyecto similar fue presentado en el cuatrenio legislativo anterior (P. del S. 1200 de 2 de marzo de 1984). Algunos estados como Pennsylvania (42 Pa. Const. Stat. 5945, 1(a)), reconocen este privilegio a aquellos consejeros que hayan recibido un adiestramiento de por lo menos cuarenta (40) horas.

Durante el trámite legislativo de las reglas federales, los trabajadores sociales trataron de que se les incluyera bajo este privilegio, sin así lograrlo. El Congreso tuvo el temor de expandir el privilegio a un grado excesivo. Por tal motivo, recomendó incluir solamente a los médicos y psicólogos debidamente licenciados. En Puerto Rico, dichos profesionales también han cabildeado para ser incluidos bajo este privilegio. A estos efectos, véase el P. de la C. 918 de 10 de marzo de 1983.

El problema que suscita el expandir el alcance del término sicoterapeuta para incluir otros profesionales, tales como consejeros,

estriba en que no es fácil establecer quiénes quedarían incluidos bajo tal categoría. Tanto el sicólogo como el siquiatra han recibido prolongado entrenamiento y sus profesiones están sujetas a licencia por el estado, por lo que es fácil determinar que están protegidos. No podemos decir lo mismo en cuanto a otro tipo de consejería.

Otro aspecto que ha suscitado controversia en los Estados Unidos es si el privilegio debe extenderse para proteger la identidad del paciente. En In re Zuniga, 714 F.2d 632 (1983), cert. den. 464 U.S. 983, el tribunal federal para el sexto circuito se negó a concederlo. Sin embargo, los hechos del caso son particulares, pues se trataba de una investigación del gran jurado sobre fraude en las reclamaciones por servicios médicos a través de planes médicos. La corte igualó este privilegio con el del médico-paciente, que no contempla proteger la identidad del paciente. Aunque ninguna corte lo ha reconocido, en dos casos, precisamente, se ha mencionado que lo que el paciente intenta proteger es su identidad, es decir, que nadie sepa que está recibiendo tratamiento siquiátrico. (Lora v. Board of Education, 74 F.R.D. 565 (1977)); In re Pepsworth, 715 F.2d 261 (1983). Louisell & Mueller opinan que debe protegerse la identidad del paciente (2 Federal Evidence, sec. 216).

Además, debe tenerse presente que otros privilegios, tal como el del informante (Regla 32), sí protegen la identidad de la persona. Además, la identidad de un cliente de un abogado ha sido protegida en dos instancias: cuando la identidad conllevaría implicar al

cliente en el asunto por el cual solicitó consejo legal (In re Grand Jury Subpoena Duces Secum., 695 F.2d 363 (1982)) y cuando el identificar al cliente equivaldría a divulgar la comunicación (N.L.R.E. v. Harney, 349 F.2d 900 (1965)). El Comité desea dejar constancia de esta preocupación. Sin embargo, no hubo consenso para tomar una posición al respecto. (Para una discusión de este asunto, véase Soffin, Ellen S., The Case for a Federal Psychoterapist-Patient Privilege that Protects Patient Identity, 1985, Duke L. J. pág. 1217 (1985)).

El poseedor de este privilegio es el paciente, es decir, la persona que hace la comunicación. Ahora bien, el sicoterapeuta puede reclamar el privilegio a nombre de y para beneficio del paciente.

Tal como sucede con el privilegio médico-paciente, debe entenderse renunciado este privilegio cuando la persona ha puesto su condición emocional o mental en controversia. En particular, si un acusado alega insanidad mental no existe privilegio en cuanto a exámenes realizados no importa que fueren a instancias del acusado u ordenados por el tribunal. La Regla 32 de Procedimiento Civil y la Regla 240 de Procedimiento Criminal autorizan al tribunal a ordenar exámenes a las partes o al acusado. En esta situación debe entenderse renunciado el privilegio, pues de nada serviría que el tribunal pudiera ordenar exámenes, si está impedido luego de conocer sus resultados.

El privilegio sicoterapeuta-paciente ha sido reconocido de

alguna forma en todos los estados, excepto South Carolina. Algunos de ellos, además, extienden el privilegio al sicólogo. (Véase Cal. Evid. Code sec. 1010-1026; Conn. Gen. Stat. 54-146(a); Ga. Code sec. 38-418; Ill. Rev. Stat. 1967 C. 51 sec. 5.2).

En cuanto a su aplicación en las cortes federales, la jurisprudencia en los Estados Unidos es conflictiva. En Re Zuniga, 714 F.2d 632 (1985), se reconoció el privilegio sicoterapeuta-paciente a través de los postulados generales que sobre privilegios expone la Regla Federal 501, que proclama aquellos privilegios que están sostenidos por la razón y la experiencia.

Por otro lado, en United States v. Lindstrom, 698 F.2d 1154 (1983) el tribunal federal de Florida expresó que tal privilegio no existía. Los hechos eran peculiares, pues la defensa necesitaba unos records médicos para poder contrainterrogar efectivamente al testigo de cargo. Sin embargo, en State v. Storlazzi, 464 A. 2d 829 (1983), se llegó a un resultado diferente. Allí el acusado de atacar sexualmente a una menor, deseaba presentar en evidencia los records siquiátricos de la víctima con el objetivo de cuestionar su capacidad para testificar. El tribunal de Florida no permitió que dichos records fueran presentados en evidencia.

Para una discusión del tema, véase 1 Chiesa, Evidencia, Regla 26 (J.T.S. 1984)); 2 Louisell and Mueller, Federal Evidence, secs 215 - 216; Privileged Communications 98 Harv. L. Rev. págs 1550-1552; Dubbelday, Catharina, The Psychotherapist-Client Testimonial Privilege: Defining the Professional Involved 34 Emory L.J. pág.

777 (1985); Shuman, Daniel W. & Wainer, Dyron S.; The Privilege Study: An Emprical Examination of the Psychotherapist-Patient Privilege 60 North Carolina L. Rev. pág. 893 (1982).

Regla 27. Privilegios de los cónyuges

(A) Según usadas en esta regla, las siguientes expresiones tendrán el significado que a continuación se indica:

- (1) Cónyuges: hombre y mujer casados legalmente entre sí.
- (2) Comunicación confidencial entre cónyuges: es aquella habida privadamente sin intención de transmitirla a un tercero y bajo la creencia de que ésta no sería divulgada.

(B) Un cónyuge no podrá ser obligado a testificar a favor o en contra del otro.

(C) Sujeto a lo dispuesto en esta regla, un cónyuge, sea o no parte en un pleito, tiene el privilegio de negarse a divulgar, o impedir que otro divulgue, durante o después del matrimonio, una comunicación confidencial entre él y su cónyuge que se hiciera mientras eran marido y mujer. El otro cónyuge o el tutor de un cónyuge incapaz puede reclamar el privilegio.

(D) No existe el privilegio bajo esta regla si:

- (1) Se trata de una acción civil de un cónyuge contra otro.
- (2) Se trata de un procedimiento criminal en el cual un cónyuge es acusado de:

(i) Un delito cometido contra la persona o la propiedad del otro cónyuge o de un hijo de cualquiera de los dos.

(ii) Un delito cometido contra la persona o la propiedad de un tercero mientras cometía un delito contra la persona o la propiedad del otro cónyuge.

(iii) Bigamia o adulterio.

(iv) Abandono de menores o incumplimiento de obligación alimenticia en relación a un hijo de cualquiera de los dos cónyuges.

(3) Se trata de un procedimiento judicial bajo la Ley de Menores o de una acción sobre custodia de menores.

(4) Se trata de un procedimiento criminal y la comunicación se ofrece en evidencia por un acusado que es uno de los cónyuges entre los cuales se hizo la comunicación.

(5) Se trata de un pleito incoado por o a nombre de cualquiera de los cónyuges con el propósito de establecer su capacidad.

(6) Se trata de un procedimiento para recluir a cualquiera de los cónyuges o de otra forma ponerlo a él o a su propiedad, o ambos, bajo el control de otro por motivo de su alegada condición mental o física.

(7) La comunicación fue hecha, total o parcialmente, con el propósito de hacer posible o ayudar a cualquier persona a cometer o planear la comisión de un delito, acto torticero o fraude.

(E) No se podrá invocar el privilegio establecido en esta regla cuando un cónyuge, con el consentimiento del otro divulgó, o consintió a que se divulgara cualquier parte de la comunicación confidencial.

COMENTARIOS

La versión original de esta regla, según fuera aprobada por el

Tribunal Supremo de Puerto Rico no incluía el actual apartado (B), que fue añadido por la Asamblea Legislativa. Las excepciones señaladas en el apartado (D) de la regla fueron originalmente concebidas para el único privilegio reconocido por el Tribunal, a saber, "las comunicaciones confidenciales entre cónyuges".

La pregunta de rigor es ¿cuáles de las excepciones aplicables al apartado (C) -regla de comunicaciones- son aplicables al apartado (B) -regla de la capacidad testifical-? El Comité estima que la respuesta es la siguiente: todas las excepciones del apartado (D) se aplican a las comunicaciones confidenciales a que alude el apartado (C). En cuanto a la norma de que un cónyuge no puede ser obligado a testificar a favor o en contra del otro -apartado (B)- las excepciones del inciso (D) también se aplican, salvo las dispuestas en los apartados (4) y (7) que se refieren expresamente a "comunicaciones". Después de un debate, el Comité estimó que no debía enmendarse la regla, sino hacer el señalamiento en el comentario.

Nuestra regla comprende, dos modalidades distintas, a saber: regla de exclusión de comunicaciones confidenciales, y la regla de capacidad para testificar. La regla tal como fue aprobada por el Tribunal Supremo sólo comprendía la primera. La segunda fue introducida durante su trámite legislativo. Se conservaron, pues, las dos modalidades existentes bajo el viejo ordenamiento. El único cambio introducido se discutirá más adelante.

La incapacidad para testificar era originalmente, bajo el derecho común, una regla de competencia, pues se consideraba que la

mujer no tenía personalidad propia y que el acusado no podía declarar en su propio beneficio. Obviamente, la razón para dicha regla era proteger la institución del matrimonio. Algunos estatutos todavía conservan vestigios de esta regla de "incompetencia" en sus reglas. Es por esta razón que algunos estados han legislado para permitir al cónyuge testificar, sin que el cónyuge acusado o parte pueda impedirlo. A vía de ilustración, los estatutos de Delaware y New Hampshire disponen taxativamente que un cónyuge puede testificar a favor o en contra del otro cónyuge.

La regla federal, según adoptada por el Tribunal Supremo, pero rechazada por el Congreso por razones ajenas a sus méritos, disponía que un acusado en un proceso criminal tenía el privilegio de impedir que su cónyuge testificara en su contra. Obsérvese que esta modalidad del privilegio cubre dos asuntos: quién puede reclamar el privilegio y en qué tipo de acción puede invocarse.

En cuanto al primer asunto, la regla federal propuesta le otorgaba el privilegio al acusado, quién podía impedir que su cónyuge testificara. Sin embargo, el Tribunal Supremo de Estados Unidos en Trammel v. United States, 445 U.S. 40 (1980), unánimemente resolvió que el privilegio le pertenecía exclusivamente al cónyuge que es llamado a testificar, ya que si un cónyuge está dispuesto a declarar contra el otro no hay matrimonio "que salvar".

Nuestra regla, aprobada un año antes que Trammel, supra, prohíbe taxativamente que un cónyuge sea obligado a testificar a favor o en

contra del otro, justamente lo resuelto en Trammel. Bajo el ordenamiento anterior el cónyuge acusado o parte tenía que prestar su consentimiento (32 L.P.R.A. sec. 1734). En resumen, la versión adoptada por la Asamblea Legislativa representa una posición intermedia entre la ley anterior y la versión adoptada por el Tribunal Supremo de Puerto Rico, que eliminaba totalmente esta parte del privilegio al limitarlo a las comunicaciones confidenciales.

En cuanto al segundo aspecto, -qué tipo de acción estará cubierta bajo el palio del privilegio-, nuestra Regla 27 claramente dispone que aplica tanto a las acciones civiles como criminales. Cabe destacarse que el privilegio, según propuesto por el Tribunal Supremo Federal, aplicaba solamente a los juicios criminales. Sin embargo, algunos comentaristas opinan que, por su razón de ser, el privilegio aplica tanto a los casos civiles como a los criminales, pero este punto no está decidido en el ámbito federal. Algunas cortes se han rehusado a extender el privilegio a casos civiles cuando no se afecta la estabilidad del matrimonio. Un ejemplo de ello es Ryan v. Commissioner 568 F.2d 531 (1979). Allí se trataba de una acción por evasión de impuestos. La corte llamó la atención sobre el hecho de que la propuesta regla federal sólo contemplaba acciones criminales. Además, señaló que la información solicitada en los interrogatorios no violaba el privilegio de comunicaciones confidenciales. Por último, determinó que cualquier información obtenida estaba protegida por la inmunidad y, por consiguiente, no podía ser utilizada en un juicio criminal. En vista de ello, rehusó

aplicar el privilegio.

Por otro lado, trece estados taxativamente disponen que el privilegio aplica a lo civil (Alaska, Delaware, Florida, Idaho, Iowa, Maine, Mississippi, Nevada, New Hampshire, Nuevo Méjico, Texas, Vermont, Wisconsin).

Debe aclararse que el privilegio sólo es invocable cuando las personas están válidamente casadas. Aparte de las consideraciones pertinentes de política pública, también militan en contra de la extensión del privilegio a las relaciones concubinarias problemas de índole probatorio. Véase, por ejemplo, Holton v. Newsome, 750 F. 2d. 1513 (1985).

Tanto la Legislatura de Puerto Rico como la mayoría de las jurisdicciones estadounidenses, se han negado a reconocer que dicho privilegio se extienda a relaciones consensuales. Lane v. State, 364 N.E. 2d 756 (1977); State v. Hankins, 642 S.W. 2d 606 (1982).

Ahora bien, debe recordarse que bajo la regla de incapacidad testifical la persona tiene que estar válidamente casada al momento de ser llamada a testificar, aunque el hecho o información solicitada puede abarcar una situación previa al matrimonio, mientras que bajo la modalidad de comunicación confidencial lo importante es que ésta ocurra durante la vigencia del matrimonio.

Algunos estados, para no entrar en la discusión de si el matrimonio es "arreglado" (sham), extienden el privilegio a situaciones que ocurrieran previo al mismo. United States v. Charls, 712 F.2d 299 (1983). Oregon (Ore. 2 Evid 505(3)) taxativamente dispone que

la comunicación tiene que ocurrir durante el matrimonio ("any matter occurring during the marriage"). El propósito perseguido es evitar que los acusados se casen con testigos potenciales a fin de evitar que éstos testifiquen en su contra. Bajo la ley anterior, el Tribunal Supremo de Puerto Rico se enfrentó a esta situación en Pueblo v. Matos, 83 D.P.R. 335 (1961) y resolvió que la esposa, persona perjudicada, podía testificar. Nuestra actual Regla 27 en su inciso (D)(2)(i) cubre esta situación.

La otra modalidad, el privilegio de rehusar revelar las comunicaciones confidenciales, era el único privilegio que contemplaba la regla propuesta por nuestro Tribunal Supremo. Los requisitos bajo esta modalidad son que la comunicación se haya hecho confidencialmente y durante el matrimonio.

Algunos estados al adoptar las Reglas Uniformes del 1974, han creado una situación confusa, pues dicha regla (regla 504) no distingue claramente las dos modalidades. Bajo dicha regla sólo puede invocarse el privilegio en un juicio criminal un cónyuge válidamente casado y en cuanto a comunicaciones confidenciales. "An accused in a criminal proceeding has a privilege to prevent his spouse from testifying as to any confidential communication between accused and the spouse". En los estados que han seguido la versión de la Regla Uniforme 504 el privilegio es sumamente restrictivo. (Arkansas, Delaware, North Dakota, Oklahoma, South Dakota). Sobre el alcance del término comunicación confidencial, valga mencionar State v. Teel 712 P.2d 792 (1985). Se trataba en tal caso de una reclamación bajo

una póliza por la pérdida de un valioso diamante. La ex-esposa observó a su ex-esposo luciendo una nueva sortija que tenía el diamante supuestamente perdido. El tribunal determinó que el testimonio de la ex-esposa identificando la sortija era admisible ya que no era una "comunicación confidencial".

A diferencia del privilegio testifical, el privilegio de las comunicaciones confidenciales puede ser invocado por cualquiera de los dos cónyuges. Eso dispone nuestra regla. No se distingue entre quién hizo la comunicación y quién la recibió a los efectos de la persona que es llamada a testificar. Sin embargo, tanto Wigmore como McCormick opinan que el privilegio le pertenece a quien hizo la comunicación. 8 Wigmore On Evidence, sec. 2340; McCormick On Evidence sec. 83, (3ra ed. 1984). Aunque en Blau v. United States 340 U.S. 332 (1951) el Tribunal Supremo Federal sostuvo el privilegio en cuanto al recipiente de la comunicación, la norma no está clara en la esfera federal. Louisell & Mueller opinan que el privilegio le pertenece a ambos. (2 Louisell & Mueller, Federal Evidence, sec. 219.).

Al igual que el privilegio testifical, el privilegio de las comunicaciones puede ser invocado en cualquier proceso, civil o criminal. Adviértase, también, que es necesario que las comunicaciones se hagan confidencialmente entre los cónyuges.

En conclusión, la tendencia actual en los Estados Unidos es hacia limitar el privilegio de incapacidad testifical, pero ampliar el privilegio sobre comunicaciones confidenciales. James P. Nehf,

State v. Freeman, Adverse Marital Testimony in North Carolina Criminal Actions - Can Spousal Testimony Be Compelled, 60 North Carolina L. Rev. 874 (1982). Obsérvese que nuestra regla claramente refleja esta tendencia, pues en cuanto a las comunicaciones confidenciales, ambos cónyuges son poseedores del privilegio, mientras que en cuanto a la regla de incapacidad testifical se favoreció su versión más restrictiva.

Para una discusión del tema, véase A.B.A., Section of Litigation, Trial Evidence Committee, State Rules of Evidence Project, cap. 26, Regla 504 (Draft 1986); 1 Chiesa, Práctica Procesal Puertorriqueña, Evidencia, pág. 129; Privileged Communications, 98 Núm. 7, Harv. L. Rev., pág. 1450, mayo 1985; 2 Louisell & Mueller, Federal Evidence, sec. 217-219 (ed. 1985).

Regla 28. Relación sacerdote y penitente

(A) Según usadas en esta regla, las siguientes expresiones tendrán el significado que a continuación se indica:

(1) Sacerdote: cura, ministro, practicante religioso o funcionario similar de una iglesia, secta o denominación religiosa o de cualquier organización religiosa.

(2) Penitente: persona que le hace una comunicación penitencial a un sacerdote.

(3) Comunicación penitencial: comunicación hecha en confianza, sin la presencia de una tercera persona a un sacerdote, quien en el curso de la disciplina o la práctica de su iglesia, u organización, está autorizado o acostumbrado a oír tales comunicaciones y que bajo tal disciplina tiene el deber de mantenerlas en secreto.

(B) Un sacerdote o un penitente, sea o no parte en el pleito, tiene el privilegio de rehusar revelar una comunicación penitencial o impedir que otra persona la divulgue.

Regla Propuesta. Relación sacerdote y feligrés

(A) Según usadas en esta regla, las siguientes expresiones tendrán el significado que a continuación se indica:

(1) Sacerdote: cura, ministro, practicante religioso o funcionario similar de una iglesia, secta o denominación religiosa o de cualquier organización religiosa quien en el curso de la disciplina o la práctica de su iglesia, u organización, está autorizado o acostumbrado a oír tales comunicaciones.

(2) Comunicación confidencial: comunicación hecha a un sacerdote, en su carácter profesional como consejero espiritual, en la confianza de que la misma no será divulgada a terceras personas, salvo aquellas que sea necesario para llevar a efecto el propósito de la comunicación.

(B) Una persona o un sacerdote, sean o no parte en un pleito, tendrán el privilegio de negarse a revelar o evitar que otro revele una comunicación confidencial habida entre ellos.

COMENTARIOS

Se recomiendan los siguientes cambios a la Regla 28:

1. Se sustituye en el título de la regla el término "penitente" por "feligrés", habida cuenta de la connotación particular de la expresión "penitencia" que sugiere una restricción indebida en el ámbito del privilegio.

2. Se elimina, por las mismas razones, la definición de "penitente" en el actual apartado (A)(2) de la regla.

3. El actual apartado (A)(3) se sustituye como (A)(2) y en lugar de "comunicación penitencial" se usa la expresión "comunicación confidencial". La definición de "comunicación confidencial" en la regla propuesta es más "amplia" que la definición de "comunicación penitencial" en la regla actual.

El estudio de este privilegio confirma que el mismo no es uno reciente. El primer caso del cual se tiene conocimiento data del 1606 en Inglaterra. En los Estados Unidos una corte de Nueva York discutió por primera vez este asunto en el año 1813. El tribunal no

fundamentó su decisión en la secretividad de la confesión, sino en el derecho constitucional al ejercicio libre de la religión. Cuatro años más tarde este privilegio fue interpretado como que aplicaba exclusivamente a un sacerdote católico. People v. Smith, 2 N.Y. City Hall Rec. 77 (Rogers 1817)). Por tal motivo, la legislatura aprobó un privilegio que protegía una relación confidencial que abarcara todas las religiones. Posteriormente el Tribunal Supremo Federal reconoció la confidencialidad de la confesión en Totten v. United States, 92 U.S. 105 (1876).

El Comité está de acuerdo con lo expresado por el ADVISORY COMMITTEE en cuanto a que la regla no incluye a los ministros auto-denominados:

"However, it is not so broad as to include all self-denominated 'ministers'. A fair construction of the language requires that the person to whom the status is sought to be attached be regularly engaged in activities conforming at least in a general way with those of a Catholic priest, Jewish rabbi, or minister of an established Protestant denomination, though not necessarily on a full-time basis. No further specification seems possible in view of the lack of licensing and certification procedures for clergymen."

Esto no implica, sin embargo, una tendencia totalmente restrictiva hacia la interpretación del privilegio. La tendencia ha sido siempre la de extender la protección del privilegio para que cubra a toda denominación religiosa siempre y cuando la comunicación se haya hecho con carácter confidencial y a expandir el privilegio más allá de las confesiones. Esto se explica acertadamente por el ADVISORY COMMITTEE:

"The choice between a privilege narrowly restricted to doctrinally required confessions and a privilege broadly applicable to all confidential communications with a clergyman in his professional character as spiritual adviser has been exercised in favor of the latter. Many clergymen now receive training in marriage counseling and the handling of personality problems. Matters of this kind fall readily into the realm of the spirit. The same considerations which underlie the psychotherapist-patient privilege of Rule 504 suggest a broad application of the privilege for communications to clergymen."

En cuanto a quién posee el privilegio, según dispone nuestra regla, el privilegio lo posee tanto el sacerdote como el penitente (feligrés). Véase, *l Chiesa, Práctica Procesal Puertorriqueña, Evidencia*, pág. 133 (1984). Alabama (Ala.Code Sec. 12-11-166(b) y California (Cal.Evid.Code, Sec. 1034) tienen una disposición similar a la de Puerto Rico. Sin embargo, la regla federal propuesta difiere de la nuestra en este aspecto, pues el privilegio lo posee sólo la persona que hace la comunicación. El sacerdote lo puede reclamar si es para beneficio de la persona. "The clergyman may claim the privilege on behalf of the person. His authority to do so is presumed in the absence of evidence to the contrary".

Por el contrario, en algunas jurisdicciones el privilegio lo posee solamente el sacerdote. (Ill. Code Civl.Proc. 8-803; Md. Cts. & Jud. Proc. Code sec. 9-111; Va. 8.01-400). En Seidman v. Fisburne Educ. Foundation Inc., 724 F.2d 413 (1984), se trataba de una conversación confidencial entre la madre de un joven que se suicidó y un sacerdote episcopal. La señora trató de evitar que el sacerdote testificara, pero el tribunal señaló que bajo el estatuto

de Virginia el privilegio lo posee solamente el sacerdote.

Esta regla no ha suscitado problema alguno en Puerto Rico. Por otro lado, en los Estados Unidos las controversias que se han suscitado versan mayormente sobre si el sacerdote estaba actuando en su capacidad profesional como consejero espiritual. (Masquat v. Maquire, 638 P.2d. 1105 (1981); Pagano v. Hadley, 100 F.R.D. 758 (1984)).

La propuesta regla federal 506 ha sido adoptada en Alaska, Delaware, Florida, Hawaii, Idaho, Nebraska, New Mexico, Oklahoma, South Dakota y Wisconsin. Otros estados (Arkansas, Maine, North Dakota, Texas y Vermont) han adoptado la Regla Uniforme 505 que es muy similar a la federal. Actualmente sólo West Virginia no reconoce este privilegio.

Para una discusión del tema, véase Privileged Communications, 98 Har. L.Rev., pág. 1450, Mayo 1985; A.B.A., Section of Litigation, Emerging Problems Under Federal Rules of Evidence, pág. 106 (1983); A.B.A., Section of Litigation, State Rules of Evidence Project, Trial Evidence Committee, Cap. 27, Regla 505 (Draft 1986); Yellin, Jacob M., The History and Current Status of the Clergy-Penitent Privilege, 23 Santa Clara L. Rev. 95 (1983); Reese, Servard, Confidential Communications to the Clergy, 24 Ohio State L.J. 55, (1983); Hoyles, Robert L., The Dilemma of the Constitutionality of the Priest Penitent Privilege - The Application of the Religion Clauses, 29 U. Pitt L. Rev. 27 (1967).

Regla 29. Voto Político

Toda persona tiene el privilegio de no divulgar la forma en que votó en una elección política, a menos que se determinare que dicha persona hubiera votado ilegalmente.

COMENTARIOS

Nuestra regla expone el derecho consagrado en la Sección 2 del Artículo II de la Constitución del E. L. A.. Sirvió de modelo, la propuesta Regla Federal 507, la cual ha sido adoptada en Alaska, Hawaii, Nebraska, Nevada, New Mexico, Texas, Wisconsin y Código Militar. A vía de ilustración véase: Alaska Rules of Evidence, Rule 507 (Rules Pamp 1979), Hawaii Rules of Evidence, Rule 507 (1980), Neb. Rev. Stat. Sec. 27-50X Supp (1975), Nev. Rev. Stat. sec. 49-315 (1973), New M. Stat Ann. Sec. 20-4-507 (Supp 1975), Texas, Rules of Evidence, Rule 506 (1984) Wis. Stat Ann Sec. 905-07 (1975) Military Rules of Evidence, Rule 508 (1980).

Por otro lado, la Regla 1050 de California, además de contener la excepción sobre voto ilegal, contiene otra que cubre aquellas ocasiones en que la persona motu proprio lo divulga. Este aspecto está cubierto en nuestra Regla 33.

Cabe mencionar que algunos estados no reconocen el derecho al voto secreto; Florida, Montana, Vermont. (2 Louisell & Mueller, Federal Evidence, Secs. 220-221).

Para una discusión del tema, véase l Chiesa, Práctica Procesal Puertorriqueña, Evidencia, Regla 29, pág. 134 (1984).

Regla 30. Secretos del negocio

El dueño de un secreto comercial o de negocio tiene el privilegio, que podrá ser invocado por él o por su agente o empleado, de no divulgarlo y de impedir que otro lo divulgue, siempre que ello no tienda a ocultar fraude o a causar una injusticia.

Regla Propuesta

El dueño de un secreto comercial o de un negocio tiene el privilegio, que podrá ser invocado por él o por su agente o empleado, de rehusar divulgarlo y de impedir que otro lo divulgue, siempre que ello no tienda a encubrir un fraude o a causar una injusticia. Si se ordenara su divulgación, el juez deberá tomar aquellas medidas que sean necesarias para proteger los intereses del dueño del secreto comercial, de las partes y de la justicia.

COMENTARIOS

El Comité recomienda que nuestra regla sea enmendada para incorporar la segunda oración de la propuesta Regla Federal 508. Si bien nuestros tribunales pueden tomar aquellas medidas protectoras que estimen pertinentes, para mayor claridad, la regla así debe disponerlo. Actualmente la Regla 23.2 de Procedimiento Civil dispone que a solicitud de parte el Tribunal podrá emitir una orden protectora en cuanto a la etapa de descubrimiento. Por consiguiente, no quedaría cubierta la etapa del juicio.

Esta regla protege el sistema de libre empresa, al impedir la revelación de los llamados secretos comerciales o de negocios (trade secrets). Cabe señalar que otras leyes, tales como las leyes de

derechos de autor y de patentes, ya proveen protección adecuada. La propia regla reconoce una salvedad al disponer que el tribunal podrá permitir la revelación del secreto cuando exista fraude u ocasión de una injusticia. En estos casos el tribunal tiene amplia discreción para evaluar los intereses en conflicto y ordenar la revelación del secreto para evitar una injusticia.

Aunque el peso de probar el privilegio le compete a aquel que lo reclama, algunos tribunales han resuelto que si la información aparenta ser confidencial y su revelación ocasionará una competencia desleal, el peso de la prueba lo tiene el que reclama la información. Corbett v. Free Press Assoc., 50 F.R.D. 179 (1970); Hartley Pen Co. United State Pist Court, 287 F.2d 324 (1961).

La regla no ofrece una definición para el término "secreto comercial", pues ciertamente ésta es una cuestión de derecho.

La propuesta Regla Federal 508 lee como sigue:

"A person has a privilege, which may be claimed by him or his agent or employee, to refuse to disclose and to prevent other persons from disclosing a trade secret owned by him, if the allowance of the privilege will not tend to conceal fraud or otherwise work injustice. When disclosure is direct, the judge shall take such protective measure as the interests of the holder of the privilege and of the parties and the furtherance of justice may require."

La misma ha sido adoptada en varios estados: Alaska Rules of Evidence, Rule 508 (Rules Pamph 1979), Florida Stat. Ann. Sec. 90 506 (Special Pamph 1978) (tiene algunos cambios pero no son sustanciales), Maine Rev. Stat Ann; Maine Rules of Evidence, Rule 507 (Supp 1975), Nebraska, Rev. Stat. sec. 27-508 (Sup. 1975), Nevada

Rev. Stat. Sec. 49,325 (1973), New Mexico Stat. Ann sec. 20-4-508 (Supp 1975), Texas Rules of Evidence, Rule 50 X (1984), Wisconsin Stat. Ann. Sec. 905.08 (1975).

La regla uniforme, Regla 507, es similar a la federal excepto que expresa "Cuando la divulgación..." en lugar de "Si la divulgación..." Esta versión ha sido adoptada en varias jurisdicciones. Véase Arkansas Stat. Ann. 28-1001, Rule 507 (Noncum Supp 1975); Delaware Uniform Rules of Evidence, Rule 507 (Pamph 1980); Hawaii Rules of Evidence, Rule 508, (1981) North Dakota Cent Code, Rules of Evidence, Rule 507 (Supp 1977); Oklahoma Evidence Code, Section 508 (1979).

Para una discusión del tema, véase VIII Wigmore On Evidence Sec. 2212 (3) (Chadbourn rev. 1981), 2 Louisell & Mueller, Federal Evidence, Sec. 202 (1985); ABA Section of Litigation, Emerging Problems Under Federal Rules of Evidence, pág. 124 (1983); 1 Chiesa, Práctica Procesal Puertorriqueña, Evidencia, Regla 30, pág. 135 (1984).

Regla 31. Privilegio sobre Información Oficial

(A) Según usada en esta regla, "información oficial" significa información adquirida en confidencia por un funcionario o empleado público en el desempeño de su deber y que no ha sido oficialmente revelada ni está accesible al público hasta el momento en que se invoca el privilegio.

(B) Un testigo tiene el privilegio de no divulgar una materia por razón de que constituye información oficial, y no se admitirá evidencia sobre la misma si el tribunal concluye que la materia es información oficial y su divulgación está prohibida por ley, o que divulgar la información en la acción sería perjudicial a los intereses del gobierno del cual el testigo es funcionario o empleado.

Regla Propuesta

(A) A los fines de esta regla "información oficial" significa:
información adquirida en confidencia y no accesible al público
referente a (1) defensa nacional o relaciones internacionales de los
Estados Unidos o del Estado Libre
Asociado; o (2) asuntos internos del gobierno de Puerto Rico o de los
Estados Unidos, obtenida por un funcionario gubernamental en el
desempeño de sus deberes o transmitida por tal funcionario a otro en
el curso de sus deberes.

(B) Un testigo tiene el privilegio de no divulgar una materia por razón de que constituye información oficial, y no se admitirá evidencia sobre la misma si el tribunal concluye que la materia es información oficial y su divulgación está prohibida por ley, o que

divulgar la información en la acción sería perjudicial a los intereses del gobierno del cual el testigo es funcionario o empleado.

(C) El privilegio establecido en el apartado (B) anterior puede ser invocado por un funcionario o ex-funcionario gubernamental, o por cualquier abogado representante del gobierno.

COMENTARIOS

La enmienda modifica el apartado (A) de la regla para incluir los llamados "secretos de estado" en la definición de "información oficial". La Regla Federal 509 sometida por el Tribunal Supremo al Congreso -no aprobada por otras razones ajenas a sus méritos- define "secretos de estado" en el apartado (a)(1) e "información oficial" en el apartado (a)(2). El proyecto de Reglas de Evidencia de Puerto Rico de 1958 incluía una regla para el privilegio de secreto de estado (Regla 211) y otra separada para el de información oficial (Regla 212). De ordinario, el secreto de estado requiere mayor protección que la información oficial y su invocación por el gobierno federal, salvo que sea frívola, puede impedir hasta el examen en cámara. Véase, United States v. Reynolds, 345 U.S. (1953) y United States v. Nixon, 418 U.S. 683 (1974). También se ha modificado un poco la definición de "información oficial" en el apartado (A)(2), siguiendo la Regla 212 del proyecto de 1958.

En cuanto al procedimiento a seguirse, la regla guarda silencio. De nuevo, debe legislarse para que en un estatuto orgánico sobre esta materia se regule el alcance del privilegio y el procedimiento a seguirse cuando se invoca. La propuesta Regla Federal 509,

en su apartado (C), contiene disposiciones específicas sobre el procedimiento a seguir, que tal vez puedan servir de guía.

La regla, antes y después de la enmienda propuesta, no pretende codificar el derecho constitucional que regula esta materia. La regla debe considerarse junto con la jurisprudencia posterior a la vigencia de las reglas en el 1979. Valga destacar los casos de Soto v. Giménez Muñoz, 112 D.P.R. 477 (1982), Peña Clos v. Cartagena, 114 D.P.R. 576 (1983) y Santiago v. Bobb, 86 J.T.S. 27.

El privilegio de información oficial choca, en ocasiones, con ciertos derechos del ciudadano, de rango constitucional. Algunos de esos derechos son el derecho al libre flujo de información, derecho a libre expresión y libertad de prensa. Soto v. Giménez Muñoz, supra, ilustra este conflicto. Se resuelve que el derecho de acceso a información, de la prensa y del público en general, es de rango constitucional, derivado de los derechos que emanan de la Primera Enmienda y de nuestra Carta de Derechos (libertad de expresión y de prensa). El estado no puede invocar livianamente el privilegio de información oficial o de confidencialidad frente al reclamo del ciudadano o de la prensa a que se le brinde información sobre asuntos de interés general. Sólo en casos de imperativo interés público puede el estado invocar el manto de secretividad o confidencialidad ante un reclamo de información en poder del Estado. El estatuto orgánico que sobre esta materia se apruebe -similar al "Freedom of Information Act"- al clasificar como confidencial o secreta cierta información, debe ser interpretado restrictivamente y deberá contener normas claras que permitan identificar con precisión cuál es la

información que se intenta mantener secreta o confidencial. La reglamentación en términos de confidencialidad absoluta no puede prevalecer. Los tribunales escrutarán estrictamente toda legislación que tenga el efecto de obstaculizar el derecho del público a estar informado sobre los asuntos del gobierno. La legislación debe incluir medidas de revisión judicial de la determinación de confidencialidad.

Peña Clos v. Cartagena, supra, se refiere a otro aspecto del problema: el reclamo de confidencialidad de una rama de gobierno (ejecutiva) ante información que le solicita otra rama de gobierno (legislativa). Una vez reconocido el amplio poder investigativo de la Asamblea Legislativa, incluyendo la fiscalización de la ejecución de la política pública y la conducta de los funcionarios de la rama ejecutiva, se suscita la cuestión de si el poder ejecutivo puede oponer la secretividad de información oficial o privilegio ejecutivo ante un reclamo de información por parte del poder legislativo. La Rama Judicial debe resolver el conflicto, actuando con especial mesura. Deben sopesarse los intereses en conflicto: el del público, a estar bien informado, el de la rama legislativa de investigar y el de los valores invocados por la Rama Ejecutiva a favor de la confidencialidad. El Tribunal Supremo considera la doctrina del privilegio ejecutivo en la parte G de la opinión. Resuelve que nuestra Constitución, al adoptar la teoría de separación de poderes (artículo I, inciso 2), en conjunción con las secciones 1 y 4 (párrafo 1) del Artículo IV, provee suficiente base para la adopción

de la doctrina del privilegio ejecutivo en Puerto Rico (114 D.P.R. 574, 598). Pero no se trata de un privilegio absoluto, sino de uno que cede, en ocasiones, ante intereses apremiantes de otra rama o del público. Al resolver el conflicto, debe usarse el método de sopesar los intereses en conflicto. Lo aconsejable, según se explica en la parte H de la opinión, es que se legisle para que, sujeto a la determinación final de los tribunales, se establezcan los linderos del privilegio para evitar o desalentar su invocación espuria. El ejemplo más patente es la Ley Federal sobre Divulgación de Información.

En Santiago v. Bobb, supra, el Tribunal Supremo, reafirmando a Soto, supra, acentúa la relación entre el derecho de acceso a información y las libertades de expresión y de prensa. Los tribunales no deben reconocer fácilmente un reclamo de secreto de estado o información oficial. El Estado debe establecer que le ampara una de las situaciones en que el privilegio prevalece. Se dice, como en Peña Clos, que lo deseable es que exista un estatuto integral que regule esta materia, pero que, en su ausencia, es derecho supletorio la Regla 31 de Evidencia. En la opinión se establecen unos esquemas procesales para casos en que se reclame el privilegio, lo que incluye el mecanismo de "inspección en cámara" como condición previa al reconocimiento del privilegio. Se aclara que el privilegio pertenece al Estado y no cesa con la renuncia o sustitución del funcionario que lo invoca o tiene la información. Se dijo que la evidencia acumulada en el sumario fiscal, como parte de una investigación

criminal, es generalmente "información oficial" bajo la Regla 31. Se establece que un reclamo de confidencialidad o secretividad por parte del Estado sólo puede prosperar cuando (1) una ley así lo declara, (2) la comunicación está protegida por uno de los privilegios evidenciarios, (3) revelar la información puede lesionar derechos fundamentales de terceros, (4) se trata de la identidad de un informante (Regla 32), ó (5) se trata de "información oficial" bajo la Regla 31. Finalmente el caso advierte que la jurisprudencia de California bajo la sección 1040 de su Código de Evidencia -antecedente de nuestra Regla 32- tiene valor persuasivo.

Cualquier planteamiento de privilegio bajo esta regla debe ser atendido bajo la Regla 9(A), la cual se refiere expresamente a cuestiones preliminares en relación con la existencia de un privilegio.

El Comité desea hacer hincapié en la necesidad de legislación especial para establecer los límites correspondientes entre la confidencialidad de cierta información oficial y el derecho del público a estar informado sobre las cuestiones de interés general. Adviértase que la actual Regla Uniforme 508 que regula esta materia, sólo remite a las leyes federales o del estado correspondiente para decir (a) cuando el Estado debe reconocer el privilegio creado por la ley federal y (b) que no hay privilegio estatal sino el reconocido por la Constitución o estatutos del Estado.

Regla 32. Privilegio en cuanto a identidad de informante

Una entidad pública tiene el privilegio de no revelar la identidad de una persona que ha suministrado información tendente a descubrir la violación de una ley del Estado Libre Asociado de Puerto Rico o de los Estados Unidos de América, si la información es dada en confidencia por el informante a un funcionario del orden público, a un representante por la agencia encargada de la administración o ejecución de la ley que se alega fue violada o a cualquier persona con el propósito de que la transmitiera a tal funcionario o representante. Evidencia sobre dicha identidad no será admisible a menos que el tribunal determine que la identidad de la persona que dió la información ya ha sido divulgada en alguna otra forma, o que la información sobre su identidad es esencial para una justa decisión de la controversia, particularmente cuando es esencial a la defensa del acusado.

COMENTARIO

El Comité estima que no es necesario enmienda alguna a esta regla. Ni siquiera considera necesario abundar en mucho comentario, ya que la misma no ha suscitado problemas significativos. La regla, como es sabido, sigue la jurisprudencia anterior del propio Tribunal Supremo de Puerto Rico. Pueblo v. López Rivera, 91 D.P.R. 693 (1965) y Benítez v. Tribunal Superior, 102 D.P.R. 601 (1974). Es importante advertir, en cuanto a esta regla, que la necesidad de revelar la identidad del informante no depende necesariamente -aunque sí usualmente- de que se trate de un confidente meramente

informante o de un confidente-participante. Lo esencial es que la revelación de la identidad sea necesaria para la justa adjudicación de la controversia.

El caso normativo federal es Roviaro v. United States, 353 U.S. 53 (1957). Aunque no se relaciona directamente con la regla, valga mencionar que en Pueblo v. Turner Goodman, 113 D.P.R. 243 (1982), el Tribunal Supremo se expresa sobre el grado de esfuerzo que debe desplegar el estado para obtener la comparecencia de un informante participante.

Debe destacarse que el privilegio es del estado y que la materia privilegiada es la identidad del informante y no la comunicación en sí.

La propuesta Regla Federal 510, a diferencia de la nuestra, contiene disposiciones específicas en cuanto al procedimiento a seguir.

Para una discusión del tema, véase: Privileged Communications, 98 Harv. L. Rev., pág. 1450 (1985); 2 Louisell & Mueller, Federal Evidence Secs. 235-237, ABA, Section of Litigation, Emerging Problems Under the Federal Rules of Evidence, pág. 121 (1983).

Regla 33. Renuncia a privilegios

Una persona que de otro modo tendría el privilegio de no divulgar un asunto o materia específico, o de impedir que otra persona los divulgue, no tiene tal privilegio respecto a dicho asunto o materia si el tribunal determina que esa persona, o cualquier otra mientras era la poseedora del privilegio, se obligó con otro a no invocar el privilegio, o que sin haber sido coaccionada y con conocimiento del privilegio, divulgó cualquier parte del asunto o materia, o permitió tal divulgación por otra persona. Esta regla no se aplicará a los privilegios establecidos en las Reglas 23 y 24.

COMENTARIOS

El Comité estima que no es necesario enmienda alguna ni un comentario extenso a esta regla, ya que la misma no ha suscitado problemas significativos. Debe advertirse que se trata de una instancia más de política restrictiva sobre materia privilegiada.

Los privilegios se renuncian cuando el poseedor de la comunicación, por sus propios actos, divulga la información, ocasionando así que la misma pierda su secretividad o confidencialidad.

Las propuestas Reglas Federales incluían dos reglas sobre este asunto, Reglas 511 y 512. La Regla 511 trataba sobre la renuncia voluntaria y la Regla 512 sobre la renuncia no voluntaria, es decir, cuando la persona era compelida a divulgar o no se le daba oportunidad de invocar el privilegio.

Alaska, Florida, Nebraska, Nevada, Nuevo México y Wisconsin tienen una regla, en esencia, similar a la propuesta Regla Federal

511. (Alaska R. Evid. 510; Fla.Stat. Ann. 90 507; Neb.Rev.Stat, Sec. 27-511 (Suup 1975); Nev. Rev. Sec. 49-385 (1973); N. M. Stat. Ann. Sec. 20-4-511 (Supp 1975); Wis. Stat Ann. Sec. 905 11 (1975).

Algunos estados han adoptado posiciones particulares. El Código de Montana dispone que si dos personas conjuntamente poseen un privilegio, el hecho de que una persona lo renuncie no significa que la otra lo haya renunciado. (Montana R. Evid. 503). La regla provee para una renuncia automática cuando la poseedora del privilegio llama como testigo de reputación a la persona que recibió la confidencia. (Texas R. Evid. 511 y Tex. R. Crim. Evid. 511).

Para una discusión del tema, véase Privileged Communications, 98 Harv. L. Rev. 1450, mayo 1985; 2 Louisell & Mueller, Federal Evidence, Sec. 248, ABA, Section of Litigation, State Rules of Evidence Project Trial Evidence Committee, Cap.32, Regla 510 (Draft 1986).

Regla 34. Renuncia Implícita

El juez que preside un caso podrá admitir una comunicación de otra manera privilegiada cuando determine que la conducta del poseedor del privilegio equivale a una renuncia, independientemente de lo dispuesto en la Regla 33.

COMENTARIOS

Algunos miembros del Comité consideraron deseable que el Tribunal Supremo sometiera nuevamente a la Asamblea Legislativa la Regla 34 tal como fuera aprobada y remitida a la Asamblea Legislativa al comienzo de la sesión ordinaria de 1979, a saber:

"El juez que preside un caso podrá admitir una comunicación considerada privilegiada por estas reglas, si determina que de prevalecer el privilegio se cometería una crasa injusticia o que el interés público en mantener el privilegio debe ceder, en el caso particular, ante el interés de descubrir la verdad. También podrá admitir la comunicación cuando determine que la conducta del poseedor del privilegio equivale a una renuncia, independientemente de lo dispuesto en la Regla 33."

La mayoría del Comité estima que ya sea en virtud del pasado repudio legislativo a esta norma novel o por razones de sus méritos mismos, no debe insistirse en ello.

La regla, en su modesta versión actual, apunta en dirección a la actual tendencia de restringir el alcance de los privilegios. Toda regla de privilegio, aunque basada en consideraciones de política pública, milita en contra del interés fundamental de descubrir la

verdad de los procedimientos judiciales. De ahí la tendencia a favorecer la "renuncia implícita" de privilegios a que se refiere esta regla. Ya en García Negrón v. Tribunal Superior, 104 D.P.R. 727 (1976), el Tribunal Supremo favoreció la tesis de renuncia implícita al privilegio médico-paciente cuando el poseedor del privilegio insta acción judicial reclamando a base de la condición sobre la que versa la comunicación confidencial. "La razón para inferir la renuncia es obvia, ya que la supuesta confidencialidad desaparece cuando el propio paciente lo divulga públicamente al iniciar una acción judicial" (104 D.P.R. 727, 735).

La regla no se extiende a privilegios de rango constitucional, como los establecidos en las Reglas 23 y 24.

Para una discusión del tema, véanse 2 Louisell & Mueller, Federal Evidence, Sec. 248 y Chiesa, Práctica Procesal Puertorriqueña, Vol I, Evidencia, Publicaciones J.T.S., pág. 146 (1984).

Regla 35. Interpretación restrictiva

Las Reglas 25 a 32 se interpretarán restrictivamente en relación a cualquier determinación sobre la existencia de un privilegio.

COMENTARIOS

Con excepción del privilegio abogado-cliente, la tendencia actual en materia de privilegios no constitucionales es hacia una interpretación restrictiva.

El Comité estima que una interpretación restrictiva no significa necesariamente que de dos interpretaciones sobre si existe o no el privilegio, bajo determinados hechos, deba escogerse siempre la más restrictiva. Lo que se pretende es que si las demás consideraciones pertinentes están en perfecto balance -en el sentido de que persiste la duda sobre la aplicación del privilegio- debe optarse por no reconocerlo. La regla no pretende anular el "balance de intereses" que debe hacer el juzgador cuando se enfrenta a una situación en la que el reclamo del privilegio no es claro.

Nuestro Tribunal Supremo ha favorecido repetidamente la interpretación restrictiva de los privilegios. A estos efectos, véase *Chiesa, Practica Procesal Puertorriqueña, Evidencia*, pág. 147, (1984). En sentido similar consúltese A.B.A., *Section of Litigation, Emerging Problems Under Federal Rules of Evidence*, pág. 129 (1983).

Regla 36. Competencia

Toda persona es apta para ser testigo, salvo disposición en contrario en estas reglas o en alguna disposición de ley.

Regla 37. Descalificación de testigos

Una persona no podrá servir como testigo si el tribunal determina que ella es incapaz de expresarse en relación al asunto sobre el cual declarararía, en forma tal que pueda ser entendida, bien por sí misma o mediante intérprete, o que ella es incapaz de comprender la obligación de un testigo de decir la verdad.

COMENTARIOS

Estas reglas, que siguen la inequívoca tendencia actual de eliminar los escollos a la capacidad testifical, sólo reconoce dos causales de incapacidad a saber:

(1) que el testigo no pueda expresarse inteligiblemente, ni aun con ayuda de intérprete, sobre el asunto con relación al cual declarararía, o

(2) que el testigo no pueda comprender su obligación de decir la verdad.

Ante un planteamiento de incapacidad testifical, el tribunal debe resolver, bajo la Regla 9(A), considerando únicamente los dos impedimentos a que alude la Regla 37. Aparte de estos impedimentos, las otras "viejas" causales de incapacidad testifical (incapacidad mental o inmadurez, convicción por delito grave o de mendacidad, interés en el resultado del pleito, parcialidad, e.t.c.) se han transformado en factores de impugnación de credibilidad. Véanse 3

Louisell & Mueller, Federal Evidence, sec. 252, pág. 17 (1979) y Chiesa, Práctica Procesal Puertorriqueña, Vol. 1, Evidencia, Publicaciones J.T.S. pág. 156 (1985).

Adviértase, por otro lado, que las Reglas 41 y 42 no permiten a un juez o a un jurado testificar en la acción que preside ese juez o actúa ese jurado como juzgador. Véanse los comentarios a esa regla.

Por otra parte, leyes especiales y doctrina jurisprudencial ponen ciertos impedimentos al testimonio del agente encubierto con relación a dejar de cumplir con la exigencia estatutaria de prestar ciertas declaraciones juradas, dentro de determinado período de tiempo, sobre su participación en transacciones de drogas o del juego de "bolita". Véanse las disposiciones estatutarias pertinentes (24 L.P.R.A., Sec. 2523 y 33 L.P.R.A., Sec. 1250 (A)) y los casos recientes de Pueblo v. Colón, 115 D.P.R. 357 (1984). Pueblo v. Vega Troncoso, 115 D.P.R. 30 (1983) y Pueblo v. Alamo Alamo, 85 J.T.S. 68. En puridad, no se trata, en estos casos, de una regla de incapacidad testifical sino de norma de inadmisibilidad en evidencia, es decir, reglas de exclusión.

Aunque tampoco se trata de normas de incapacidad radical para testificar, deben considerarse los casos de C.R.U.V. v. Hampton Dev., 112 D.P.R. 59 (1982), In Re Comunicación del Juez Pérez Giménez, 112 D.P.R. 683 (1982) y Ades v. Zalman, 115 D.P.R. 514 (1984). En Hampton se considera la norma general de que el árbitro no puede testificar, en acción de impugnación de su laudo. En Pérez Giménez, se dice que es improcedente que los jueces comparezcan

voluntariamente como testigos de reputación. En Zalman se desalienta el rol del abogado como testigo en el caso en que participa como representante profesional. Sobre el rol dual fiscal-testigo, véase Pueblo v. Chaar Cachó, 109 D.P.R. 316, 324-325 (1980).

Modernamente ha cobrado importancia jurídica la utilización de la hipnosis como instrumento evidenciario. En el pasado, el testimonio que se obtenía a través del sueño era inadmisibile. La tendencia al presente es la de rechazar el t stimonio prestado bajo hipnosis. Sin embargo, bajo una segunda orientación, la hipnosis afecta la credibilidad, pero no la admisibilidad del testimonio, especialmente cuando la prueba se obtiene de un testigo que previamente ha "refrescado su memoria" a través de la hipnosis. Sin tratar el tema, consúltese, Sharp, Look into my eyes: The Admissibility of Hypnotic-Enhanced Testimony... 19 Creighton Rev. 995 (1986); Note, Hypnotically Induced Testimony: Credibility versus Admissibility, 57 Ind. L. J. 349 (1982); Hypnosis: Should Hypnotically Induced Testimony be Excluded?, 21 Washburn L. J. 607 (1982); Criminal Law-Posthypnotic Testimony is admissible in a State Criminal Trial, 67 Marq. L. Rev. 349-365 (1984).

Regla 38. Conocimiento personal del testigo

Salvo lo dispuesto en estas reglas sobre opiniones de peritos, un testigo sólo podrá declarar sobre materia de la cual tenga conocimiento personal. Formulada objeción por una parte, tal conocimiento personal deberá ser demostrado antes de que el testigo pueda declarar sobre el asunto. El conocimiento personal del testigo sobre la materia o asunto objeto de su declaración, podrá ser demostrado por medio de cualquier evidencia admisible, incluyendo su propio testimonio.

COMENTARIOS

Como señala el profesor Chiesa, el requisito de conocimiento personal tiene dos posibles significados:

"Por un lado se trata de que el testigo tenga conocimiento directo del asunto en el sentido de que le conste, de sus propias percepciones, y no de información transmitida por un tercero. Por otro lado, cosa distinta, se trata de que el testigo no declare en la forma de opiniones o inferencias, sino que se limite a narrar lo que ha percibido. Esto da lugar a dos reglas distintas pero que muchas veces se confunden: (i) que el testigo sólo declare sobre aquello de que tiene conocimiento personal, independientemente de la forma de la declaración, y (ii) que el testigo no declare en forma de opiniones o de inferencias, sino que se limite a narrar lo que sabe producto de sus percepciones." l Chiesa, Práctica Procesal Puertorriqueña, Evidencia, pág. 159 (1985).

Pocos problemas, por no decir ninguno, ha ocasionado la Regla 38. American Bar Association, Section of Litigation, Emerging Problems Under the Federal Rules of Evidence, pág. 136 (1983).

Según el Comentario del ADVISORY COMMITTEE, a la Regla 602

Federal, el procedimiento para la determinación de una cuestión preliminar relativa al conocimiento personal "is in fact a specialized application of the provisions of Rule 104(b) on conditional relevancy."

"It remains true today, as Wigmore long ago observed, that it will not be assumed that the witness has personal knowledge.*** Under standard practice, the proponent establishes in the initial phase of the direct examination that the witness was so situated at the time in question that he could personally observe the acts or occurrences about which he is to testify, and, if the adversary challenges the personal knowledge of the witness, it is for the judge to determine under Rule 104(b) whether the proponent has introduced sufficient evidence to sustain an affirmative jury finding upon the knowledge point. The opportunity threshold is not very high, and even a brief opportunity to observe generally suffices to admit the testimony of the witness. The question is not the certainty of the witness' recollection of what he saw, and a witness who is obliged to qualify his testimony by a prefatory phrase such as "I believe***" has not thus disqualified himself from giving evidence, although the judge should take care that such phrases are not mere disguises for the fact that the witness in truth saw nothing at all and is employing speculation or guesswork. And on some standard points, knowledge based upon hearsay is acceptable." 1 Louisell & Mueller, Federal Evidence, sec. 36, págs. 228-229 (1977).

La relación entre la Regla 38 y varias otras reglas, específicamente, algunas excepciones a la regla general de exclusión de prueba de referencia, es, sin duda, el problema más complejo que se ha suscitado en conexión con la Regla 38. Emerging Problems..., supra, pág. 137. No está claro, por ejemplo, si una admisión vicaria (Regla 62(D)) deba ser admisible contra una parte, a pesar de que el

Regla 39. Juramento

Antes de declarar, todo testigo expresará su propósito de decir la verdad, lo cual hará prestando juramento o de cualquier otro modo, incluyendo afirmación que, a juicio del tribunal, obliga al testigo a decir la verdad quedando sujeto a perjurio en caso contrario.

COMENTARIO

El Comité estima que esta regla no presenta dificultad alguna que amerite ulterior comentario y mucho menos enmienda.

Regla 40. Confrontación

Un testigo podrá testificar únicamente en presencia de todas las partes involucradas en la acción y estará sujeto a ser interrogado por todas ellas, si éstas optan por asistir a la vista y por interrogar al testigo.

COMENTARIOS

El Comité considera que no es necesario cambio alguno a esta regla. Se trata de un imperativo constitucional o de materia cubierta bajo la Regla 43(F). El derecho a confrontación tiene dos aspectos. El primero se refiere al derecho a contrainterrogar. El segundo se refiere a que los testigos declaren en presencia de la parte perjudicada por su testimonio y en presencia del juzgador, para que éste aprecie su "demeanor".

En Pueblo v. Ruíz Lebrón, 111 D.P.R. 433 (1981), el Tribunal Supremo restó importancia al referido segundo aspecto de la confrontación, e hizo hincapié en el primer aspecto (el derecho a contrainterrogatorio).

El Comité estima que no debe relegarse a un plano insignificante este segundo aspecto del derecho a confrontación. Si bien es cierto que el aspecto más importante se refiere al contrainterrogatorio del testigo, también es cierto que para fines de la búsqueda de la verdad es menester que, de ordinario, el testimonio se reciba en presencia de la parte adversa y frente al juzgador.

En nuestro comentario a la Regla 61 se explica el derecho de

que aunque el derecho a confrontación es uno constitucionalmente limitado a casos criminales a favor de los acusados, puede decirse que se aplica en todos los casos bajo el debido proceso de ley.

Regla 41: Juez como testigo

El juez que preside un juicio no podrá declarar en ese juicio como testigo.

COMENTARIOS

Esta regla provee para una causa de incapacidad testifical. Se persigue que una parte no tenga que ponerse en la disyuntiva de tener que escoger entre aceptar que el juez testifique, no objetar y perder el derecho a levantar el error en apelación, o crear resentimiento al objetar que el juez testifique.

Cabe señalar que no sólo le está vedado al juez actuar como testigo en el juicio que él preside, sino que tampoco debe prestar testimonio por iniciativa propia como testigo de reputación. El Canon XXIII de los Cánones de Ética Judicial prohíbe cualquier conducta de un magistrado que pudiera levantar la apariencia de que dicho Juez está tratando de influenciar a otro juez. Tampoco debe ser testigo de reputación en un caso pues estaría poniendo al compañero magistrado que preside un juicio en la difícil tarea de tener que adjudicar "credibilidad" a su testimonio. In Re, Comunicación Juan Pérez Giménez, 112 D.P.R. 683, (1982).

Nuestra regla, a diferencia de la Regla 605 Federal, no contiene la siguiente disposición: "no objection need to be made in order to preserve the point". La regla federal ha sido adoptada ad verbatim en veinticinco (25) estados. Otros han adoptado las versiones con pequeñas variaciones lingüísticas. Sólo New Hampshire no ha aprobado una regla similar. Otra disposición que prohíbe al juez

intervenir se encuentra en 28 U.S.C., sec. 455. Dicha sección dispone que un juez deberá excusarse de presidir un juicio en el cual, entre otras cosas, tenga que intervenir como testigo. ...

Se ha interpretado que la prohibición se extiende a su oficial jurídico. En Price Brothers Co. v. Philadelphia Gear Corp., 629 F.2d. 444 (1980), se trataba de un oficial jurídico que fue a examinar el funcionamiento de unas máquinas, es decir, realizó una inspección ocular a instancias del juez. El tribunal de apelaciones al devolver el caso, señaló que dicha actuación destruía totalmente la apariencia de imparcialidad de que debe gozar todo juicio. También, en Kennedy v. Great Atlantic & Pacific Tea Co., 551 F.2d 593 (1977) fue revocada una sentencia por jurado, pues el oficial jurídico había hecho una inspección ocular del sitio del accidente e informado de ello al juez. Además, el oficial jurídico ocupó la silla testifical.

Para una discusión del tema, veáse Chiesa, 1 Práctica Procesal Puertorriqueña, Evidencia, pág. 165, (1985); A.B.A., Section of Litigation, Emerging Problems Under the Federal Rules of Evidence, pag. 141; A.B.A., Trial Evidence Committee, State Rules of Evidence Project (1983), Cap. 39, Regla 605 (Draft 1986).

Sobre lo que constituye "materia impropia y ajena", la jurisprudencia no se ha mostrado firme. Como se ha expresado en relación a la Regla 606 (b) Federal -norma que el propio Tribunal en Figueroa considera "concordante"-:

"...Rule 606 (b) takes a case-by-case approach to the use of juror testimony on other evidence derived from jury deliberations to attack the validity of the verdict (or indictment). This approach has tended to produce some inconsistent results, particularly in close cases attempting to define the type of 'out side influence' that will suffice to admit this kind of evidence...The inconsistencies that can be identified in the decisions might well be unavoidable whenever judgments must be made as to whether irregularities warrant an intrusion into the private deliberations of the jury. Line drawing in this area is always difficult. Emerging Problems, supra, págs. 142, 145, 146.

También se ha dicho que "el criterio de si la irregularidad se produjo en o fuera del salón de deliberaciones es insuficiente. Lo esencial es el carácter de la irregularidad". l Chiesa, Práctica Procesal Puertorriqueña, Evidencia, pág. 167 (1985).

La incertidumbre y el verdadero problema que presenta el caso de Figueroa no gira en torno a si, a la "luz de sus peculiares hechos, la amenaza constituyó materia impropia y ajena. Sobre esta cuestión tanto abogados como jueces pueden diferir como vimos. La verdadera oscuridad surge del siguiente comentario a la página 158:

"La realidad que gobierna este recurso es que independientemente de la cuestión de admisibilidad, la propia resolución afirma que no recibió (sic) testimonio de jurado alguno tendente a establecer que su voto en el veredicto hubiese sido influido por la peculiar amenaza. Aun en el supuesto de que adoptáramos la norma de la concordante Regla 606(b) Federal de que el Jurado podrá

declarar en cuanto a cualquier influencia externa impropia ejercida sobre cualquiera de ellos, queda la realidad factual, afirmada por el juez de que '(e)xaminados los jurados sobre si habian sido coaccionados o intimidados sus testimonios establecen que su voto no fue objeto de coacción o intimidación alguna.'" (énfasis suplido).

Si este comentario debe entenderse como que el juez puede preguntarle al jurado de qué forma la irregularidad influyó en su voto, entonces nuestra regla difiere significativamente de la Regla 606(b) Federal.

Notamos que de la opinión no se desprende, sin embargo, razón alguna de por qué nuestra Regla 42 deba apartarse -en aspecto tan fundamental- de la regla federal, su fuente de inspiración. Del propio texto de la Regla 42, y según la mejor doctrina, al jurado no puede nunca preguntársele sobre los motivos de su voto, razones y proceso mental; sí puede preguntársele sobre las irregularidades habidas y sobre las influencias externas para que el juzgador determine si ello es suficiente para dejar sin efecto el veredicto.

El juez Weinstein explica la situación claramente:

"In determining how a court should react to allegations of juror misconduct a number of distinctions have to be drawn consonant with the rationale of Rule 606(b). If a party alleges the sort of misconduct about which testimony would be barred, the judge may conclude that further inquiry would be futile. Accordingly, he may refuse to allow interviews with the jury, or to schedule a hearing, and will deny a motion for a new trial forthwith.

When, however, a sufficient showing is made of a type of misconduct which is not on its face barred by Rule 606(b), further inquiry is warranted. If the trial judge finds that he has insufficient information to determine whether

probable jury misconduct occurred, he should conduct an examination 'to ferret out the truth'...

At the resulting inquiry, the jurors may testify to those irregularities whose proof is not barred by the Rule. May they, however, testify to the effect such irregularities had on their minds? The language of Rule 606(b) - 'a juror may not testify...to the effect of anything upon his or any other juror's mind or emotions' - can be read as meaning that even when the juror is testifying about extraneous information or an outside influence, he may not be interrogated about its impact. It follows that in circumstances in which a court may rely on jurors' testimony to ascertain the existence of misconduct, it should apply an objective test to determine prejudicial effect, rather than eliciting testimony about the jurors' subjective reactions. (Enfasis suplido).
Weinstein-Berger, Weinstein's Evidence, Sec. 606(05) (1985).

La coherencia en la opinión se podría salvar, quizás, si interpretamos su ratio decidendi en el sentido de que el promovente falló en demostrar prima facie la ocurrencia de alguna anomalía que ameritara mayor examen por el tribunal. Weinstein's Evidence, *id.* Ver nota al calce 1 de Pueblo v. Figueroa, *supra*, a la pág. 159, citando a Bigio v. Corte, 46 D.P.R. 448, 463 (1934).

En cualquier caso, el Comité entiende que bajo la Regla 42(C) de Puerto Rico es admisible evidencia del testimonio de un jurado con relación a si alguna influencia externa fue traída a la consideración del jurado o cualquiera de sus miembros. No debe el tribunal, sin embargo, entrar en la pesquisa en torno a cómo esas influencias externas afectaron su voto; ello implicaría inquirir en cuanto al proceso mental del jurado, precisamente lo que la regla trata de evitar.

Regla 43. Orden y modo de interrogatorio de testigos y presentación de evidencia

(A) Definiciones

(1) Interrogatorio directo - primer interrogatorio de un testigo sobre una materia no comprendida dentro del alcance de un interrogatorio previo de ese testigo.

(2) Contrainterrogatorio - interrogatorio de un testigo por una parte que no es la que hizo el interrogatorio directo.

(3) Interrogatorio re-directo - interrogatorio de un testigo que, con posterioridad a su contrainterrogatorio, le hace la parte que le sometió el interrogatorio directo.

(4) Re-contrainterrogatorio - interrogatorio de un testigo que, con posterioridad al interrogatorio re-directo de dicho testigo, le hace la parte que le sometió al contrainterrogatorio.

(5) Pregunta sugestiva - pregunta que sugiere al testigo la contestación que desea la parte que le interroga.

(6) Contestación responsiva - respuesta directa y concreta a la pregunta que se le hace al testigo.

(B) Como regla general, el interrogatorio de un testigo se llevará de acuerdo con las siguientes etapas: interrogatorio directo, contrainterrogatorio, interrogatorio re-directo y re-contrainterrogatorio.

(C) El juez que preside un juicio o vista tendrá control y amplia discreción sobre el modo en que la evidencia es presentada y los testigos son interrogados con miras a que la evidencia sea presentada en la forma más efectiva posible para el esclarecimiento

de la verdad, velando por la mayor rapidez de los procedimientos y evitando dilaciones innecesarias.

(D) El juez podrá, a iniciativa propia o a petición de la parte, llamar testigos a declarar, permitiendo a todas las partes contrainterrogar al testigo así llamado. También podrá el juez, en cualquier caso, interrogar a un testigo ya sea éste llamado a declarar por él o por la parte.

(E) A requerimiento de la parte o de su propia iniciativa, el juez podrá excluir de la sala en que se celebra el juicio o vista a cualquier testigo que en ese momento no estuviere declarando, a fin de evitar que el testigo escuche el testimonio de los demás; sin embargo, ninguna parte podrá ser así excluida si se trata de una persona natural o un oficial o empleado de una parte que no sea persona natural y que representa a ésta en el caso.

(F) El contrainterrogatorio debe limitarse a la materia objeto del examen directo y a cuestiones que afectan la credibilidad de testigos. El tribunal puede, sin embargo, en el ejercicio de su discreción, permitir preguntas sobre otras materias como si se tratase de un examen directo.

(G) El testigo debe dar contestaciones responsivas a las preguntas que se le hagan, y aquéllas que no sean responsivas serán eliminadas previa moción de cualquiera de las partes.

(H) Excepto cuando los intereses de la justicia otra cosa requieran, no podrá hacerse una pregunta sugestiva a un testigo en el curso del interrogatorio directo o del interrogatorio

re-directo. Podrán hacerse preguntas sugestivas en el curso del con-
 trainterrogatorio o del con-
 trainterrogatorio. También se per-
 mitirán preguntas sugestivas cuando una parte llame a un testigo
 hostil, a una parte adversa, a un testigo identificado con la parte
 adversa, a una persona que en virtud de su edad, pobre educación u
 otra condición, sea mentalmente deficiente y tenga dificultad de ex-
 presión o a una persona que por razón de pudor está renuente a
 expresarse libremente.

Regla 43(C) Propuesta

El juez que preside un juicio o vista tendrá control y amplia
 discreción sobre el modo en que la evidencia es presentada y los
 testigos son interrogados con miras a que (1) la evidencia sea pre-
 sentada en la forma más efectiva posible para el esclarecimiento de
 la verdad; (2) no se produzcan dilaciones innecesarias y (3) los
testigos queden protegidos contra hostigamiento, molestias indebidas
o humillación."

COMENTARIOS

Se altera el contenido de la regla actual a los solos efectos de
 incorporar una disposición para proteger a los testigos. En Puerto
 Rico, ésta siempre ha sido la norma. Pueblo v. Baez, 72 D.P.R. 175
 (1951); Pueblo v. Hernández Pérez, 93 D.P.R. 182 (1966); Pueblo v.
Dones, 106 D.P.R. 303, 315 (1977).

La Regla 84(B) de las de Evidencia, 1979, dispuso que el art.
 527 del Código de Enjuiciamiento Civil, (32 L.P.R.A., Sec. 2183),
 edición de 1933, quedara provisionalmente vigente hasta tanto fuera

modificado, derogado o reubicado. Su texto es el siguiente:

Protección del testigo

"Un testigo tiene derecho a que se le proteja contra las preguntas no pertinentes, impropias o insultantes, y contra toda conducta áspera u ofensiva; a que se le detenga sólo durante el tiempo que exija el interés de la justicia; a que se le examine sólo sobre materias legales y pertinentes a la cuestión."

Si bien existe un deber general de testimoniar, exigible incluso de modo coactivo, San Lorenzo Trad., Inc. v. Hernández, 114 D.P.R. 704 (1983), la discreción del juez sobre el control del juicio debe incluir su poder de proteger a los testigos. El Comité entiende que las reglas de evidencia constituyen el cuerpo idóneo para reubicar el actual art. 527. Por último, es bueno recordar que los abogados deben a los testigos respeto y consideración (Canon 15 de Etica Profesional).

Regla 43(D)COMENTARIOS

Con anterioridad a la adopción de las Reglas de Evidencia de 1979, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ya había reconocido al juez amplias facultades para interrogar testigos en ánimo de aclarar la prueba. Pueblo v. Vázquez Colón, 87 D.P.R. 734-736 (1963); Pueblo v. Martínez Santiago, 91 D.P.R. 879, 880 (1965); Pueblo v. Rivera Guzman, 98 D.P.R. 691-692 (1970); Pueblo v. Pabón, 102 D.P.R. 436 (1974); Pueblo v. Pacheco Baquero, 103 D.P.R. 95 (1974).

En Pueblo v. Vázquez Colón, supra, se dijo a la página 736:

"Como los jueces no son testigos oculares de los hechos que juzgan, sino que la información que les llega es necesariamente de segunda mano, ellos pueden hacer preguntas para aclarar los hechos. ¿Cómo podrían esperarse sentencias justas si se les veda a los jueces del Tribunal de Primera Instancia la manera de resolver dudas mediante la formulación de preguntas?"

De forma parecida quedó consignado en Pueblo v. Rivera Guzman, supra, pág. 692:

"La función de los tribunales es hacer justicia y para hacerla necesitan conocer lo más posible la verdad de los hechos. Los acusados no tienen un interés creado en la ignorancia (que) de los hechos (tiene el) juez".

En Urrutia v. A.A.A., 103 D.P.R. 643, 651-652 (1975), expresó el Tribunal, a propósito de la facultad inherente que posee todo tribunal de compeler la citación de testigos periciales ajenos a las partes:

"(Esta facultad) emana de una obligación que trasciende la concepción arcaica y desacreditada de que el juez es un mero espectador de la pugna judicial comparable al inexpressivo rostro del jugador de cartas (poker face), que se nutre del respeto y la estima propia que deben poseer los jueces en el empeño de cumplir cabalmente con el precepto moral y ético de que en "todo momento y por sobre toda otra consideración, sus actuaciones han de auspiciar el descubrimiento de la verdad como base esencial para impartir la justicia que de él se espera." Canon V de Etica Judicial."

Pueblo v. Pabón, *supra*, ofrece las notas históricas en torno al papel del juez en los juicios criminales en Puerto Rico. Este caso rechazó la noción de que "la justicia se produce mágicamente del combate entre dos adversarios, presidido por un juez cuya función esencial es ver tan sólo que se cumplan las reglas del juego". Pág. 440. Véase también, Pueblo v. Corales Irizarry, 107 D.P.R. 481, 494 (1978) (participación del juez dirigida a esclarecer algunos extremos de las declaraciones de los testigos); y para un caso posterior a las reglas, Pueblo v. Mangual Hernández, 111 D.P.R. 136, 142 (1981) (con relación a un planteamiento del acusado - apelante de que habían llegado al jurado copias de sentencias de convicción anteriores del acusado). Recuérdese, sin embargo, que un tribunal debe desalentar los interrogatorios de testigos por el jurado. Pueblo v. Martín Aymat, 105 D.P.R. 508 (1977).

Actualmente, la mayoría de las jurisdicciones en los Estados Unidos reconocen las prerrogativas (y el deber) que tienen los tribunales de instancia de extraer y dilucidar los hechos que consideren necesarios para la clara presentación y entendimiento de las cuestiones envueltas en las causas civiles y criminales, siempre que

mantengan el necesario clima de imparcialidad.

En la jurisdicción federal bajo la Regla 614, equivalente de nuestra Regla 43(D), los tribunales también han rechazado el papel del juez como un mero moderador. Sólo cuando la conducta del juez se aparte de la neutralidad que reclama su función, se vulnera el derecho a juicio imparcial. Ver, l Chiesa, Práctica Procesal Puertorriqueña, Evidencia, pag. 177 (1985).

Sin embargo, algunos estados se han mostrado históricamente menos resueltos que otros a permitir que el juez asuma un papel más activo en el proceso. Varias jurisdicciones han adoptado versiones limitadas de la Regla 614 Federal. Florida, Iowa, Maine, South Dakota y Washington expresamente han condicionado el poder del tribunal para llamar o interrogar testigos a la existencia de "justa causa" (good cause) o "en el interés de la justicia" (in the interest of justice). Por ejemplo, la Regla 614 de Iowa lee:

"For good cause in exceptional cases, the court may, on its own motion or at the suggestion of a party, call witnesses, and all parties are entitled to cross-examine witnesses thus called". (Enfasis suplido) Iowa R. Evid. 614.

Otros estados en sus comentarios oficiales han abogado por un uso restringido de la Regla 43(C) en sus versiones equivalentes. Por ejemplo, el Washington Task Force Comment 614 reza: "if the court intends to call a witness, the judge, in fairness, should confer with counsel before calling the witness and the conference should be on the record". Ver también, Oklahoma Evidence Subcommittee Note to 12 Okla. Stat. sec. 2614; STATE RULES OF

EVIDENCE PROJECT, Trial Evidence Committee, Section of Litigation, American Bar Association, Rule 614 (1986 Preliminary Draft).

Idaho y New Hampshire han adoptado posiciones algo más extremas. En el primer caso, el juez sólo puede llamar testigos a iniciativa propia en juicios por tribunal de derecho. En New Hampshire ni tan siquiera existe una disposición equivalente de la Regla 614 Federal. La omisión fue deliberada en vista de que en este estado aún se concibe al juez -dentro del sistema de adversarios- como un mero árbitro de la pugna judicial. Reporter's Notes to N. H. R. Evid. 614; Ver también, Idaho State Bar Evidence Committee Comment to Idaho R. Evid. 614 ("The parties should be allowed to present a case to a jury without interference by the court").

Nuestra Regla 43(C), siguiendo la filosofía de la Regla 614 Federal, contrasta marcadamente con este enfoque. En Puerto Rico, como vimos, hace mucho tiempo que el juez que preside la vista ha dejado de ser un "retraído moderador en un debate". Pueblo v. Pabón, supra. Se ha dicho recientemente que "(N)uestro sistema de adversarios tiene límites, la justicia le sirve de norte y la ética como principio rector lo circunscribe a fines superiores sobre los cuales descansa nuestra convivencia". Berrios Pagán v. U.P.R., Dpto. Salud, 85 J.T.S. 6 p. 3836.

Hay que recordar, no obstante, que aun en nuestra jurisdicción y en todas aquellas en que el sistema de adversarios ha sido suavizado y despojado del absolutismo de antaño, el juez no debe ni puede

usurpar la labor del fiscal o del defensor. Pueblo v. Pabón, supra,
440; ADVISORY COMMITTEE'S NOTE TO RULE 614.

"Whenever the trial judge questions witnesses, he should take great care to preserve the appearance of impartiality, and to avoid becoming an advocate in the case. He should remember that his stature and assumed impartiality are likely in the eyes of the jury to impart greater significance to his questions than attend like questions put by trial counsel, and remember too that he may appear to sponsor or endorse whatever answers he obtains. He must not usurp the function of trial counsel, or render ineffective the efforts and strategy of counsel in the conduct of his case.

(At the heart of the adversary system, after all, in the notion that the truth is more likely to come out when the responsibility to develop the facts rests principally upon the interested parties.) The trial judge must not in his questions impart to the jury any suggestion that he does not believe the witness, although it has been held that the trial judge may put questions designed to bring out facts which bear upon reliability. He must take care not to elicit inadmissible evidence, and to avoid too many interruptions of trial counsel and the overuse of leading questions". 3 Louisell and Mueller, Federal Evidence, sec. 365, págs. 585-587 (1979).

Regla 43 (E) Propuesta

A petición de parte, el juez excluirá de sala a los testigos que han de declarar, a fin de evitar que éstos escuchen el testimonio de los demás. El juez, a iniciativa propia, podrá ordenar esta exclusión. Esta regla, sin embargo, no autoriza la exclusión de los siguientes testigos:

- (1) una parte que sea una persona natural, o
- (2) una persona cuya presencia sea indispensable para la presentación de la prueba de una parte, o
- (3) un oficial, funcionario o empleado de una parte que no sea una persona natural y que ha sido designado por el abogado de dicha parte como su representante; en casos criminales el tribunal podrá exigir que el representante del Pueblo testifique al comienzo del juicio o vista, si es que el ministerio público se propone utilizarlo como testigo.

COMENTARIOS

La enmienda tiene como objetivo superar ciertas limitaciones de la regla original, siguiendo el enfoque de la Regla Federal 615, y aclarar la dificultad creada por Pueblo v. Ortiz Tirado, 86 J.T.S. 14. La parte final del apartado (3) no aparece ni en la versión original de nuestra Regla 43(E) ni en la Regla Federal 615, aunque ha sido adoptada jurisprudencialmente para atender la situación del representante del Pueblo que se propone testificar como testigo de cargo. Véase, In Re United States, 584 F.2d. 666, 667 (1978).

Adviértanse las diferencias entre nuestra Regla 43(E) y la Regla Federal 615. En primer lugar, bajo la regla federal, la exclusión es mandatoria ("the court shall..."); bajo nuestra Regla 43(E) la exclusión parece ser discrecional (el juez podrá...) El Comité entiende que el enfoque federal es el adecuado, pues la norma general debe ser la de exclusión mandatoria. En segundo lugar, en cuanto a las excepciones a la norma general de exclusión, la Regla Federal señala tres, mientras nuestra Regla 43(E) sólo se refiere a dos. La categoría omitida en nuestra Regla 43(E) se añade como apartado (2) en la enmienda propuesta y corresponde a la categoría (3) en la Regla Federal 615: "a person whose presence is shown by a party to be essential to the presentation of his cause". La regla federal es sabia al incluir esta categoría. El caso típico es el del perito que debe permanecer en sala para incluir en su testimonio sus opiniones o referencias sobre lo declarado por otros testigos, particularmente otros peritos, y para ayudar al abogado a interpretar la prueba científica.

La parte final del apartado (3), en la enmienda propuesta, tiene como propósito diseñar un mecanismo que neutralice el perjuicio que puede causar a la defensa el que un testigo de cargo permanezca en sala mientras otros testigos declaran. Se habla de "al comienzo del juicio" para permitir cierta discreción al tribunal. La frase no es necesariamente equivalente a el "primer testigo" y sólo pretende referirse a la etapa inicial de la prueba de cargo.

La enmienda resulta necesaria en virtud de lo resuelto en Pueblo

v. Ortiz Tirado, 86 J.T.S. 14, y de las legítimas preocupaciones expresadas en la opinión disidente del Juez Negrón García y en el voto particular del Juez Hernández Denton. Hay algo muy curioso en la opinión del tribunal en este caso. De un lado, se advierte correctamente el carácter mandatorio de la exclusión en la regla federal frente al carácter discrecional de la exclusión en nuestra Regla 43(E). Pero, por otro lado, el tribunal trata de extraer de tal diferencia una norma de mayor discreción de los tribunales, bajo nuestra regla, para excluir de sala al representante del Pueblo en casos criminales. Lo cierto es que nuestra Regla 43(E) concede mayor discreción para no excluir testigos de salas, en virtud de la expresión "podrá excluir", mientras la regla federal habla categóricamente de "the court shall order witnesses excluded". En cuanto al representante del Pueblo el lenguaje de nuestra regla es categórico: "ninguna parte podrá ser así excluida si se trata de una persona natural y que representa a ésta en el caso". Bajo tal lenguaje el juez no tiene discreción para sacar de sala al representante del Pueblo.

La enmienda no pretende resolver otras interrogantes planteadas en las opiniones emitidas en Ortiz Tirado, tales como el número de representantes que puede tener el Pueblo o la persona jurídica que sea parte en el pleito, o las sanciones que acarrea para la parte el que los testigos no se pusieran "bajo las reglas del tribunal". Esa materia deberá ser cubierta en las reglas de procedimiento, civil o criminal, según sea el caso.

Regla 43(F).COMENTARIOS

Esta regla, obviamente, tiende a limitar el alcance del contrainterrogatorio, mas al hacerlo, genera una serie de problemas de carácter interpretativo y hasta constitucional.

En lo que se refiere al alcance en sí del contrainterrogatorio, el mismo se extiende o se restringe dependiendo de la norma que se adopte, que generalmente, puede ser una de tres: la inglesa, muy liberal; la americana, limitativa; y la tercera, de carácter intermedio. McCormick, On Evidence, Sec. 20, pág. 51 3a Ed. (1984); Lilly, An Introduction to Law of Evidence, pág. 9. (1978); Witnesses, sec. 471, 81 Am. Jur. 2d pág. 477.

La Regla 43(F), que sigue la norma restrictiva que se aplica en la mayoría de los Estados de la Unión (regla americana), es prácticamente una traducción de la correspondiente Regla Federal 611(b). Dicha regla, sin embargo, no es nueva en Puerto Rico, ya que refleja una tradición jurídica que data desde el 1905. El derogado art. 517 del Código de Enjuiciamiento Civil (32 L.P.R.A. 2147) disponía exactamente lo siguiente:

"La parte contraria podrá repreguntar al testigo respecto a cualesquiera hechos mencionados en el interrogatorio directo, o relacionados con los mismos".

Se podría incluso afirmar que la actual regla es aún más restrictiva que la derogada, ya que en el viejo Art. 517 se ampliaba un poco el alcance del contrainterrogatorio al añadir la frase "o

relacionados con los mismos". Así lo entiende también McCormick

cuando dice (supra, a la pág. 52) que la regla americana es

"slightly more expansive" si contempla una "extension to facts and circumstances connected with the matters stated on direct".

Nuestra jurisprudencia ha sido consistente en interpretar la regla como una que no permite repreguntas sobre materia que carece de relación con el campo cubierto en el directo. Veamos algunos de los casos resueltos por nuestro Tribunal Supremo.

En Pueblo v. Fernández, 14 D.P.R. 629 (1908), no se permitió en el contrainterrogatorio de un testigo, una pregunta sobre el resultado de un informe porque no hubo "en el directo nada que pudiera servir de base para la misma". Al resolver que no se cometió error al excluirse dicha pregunta, el tribunal observó entre otras cosas:

"...es evidente que las preguntas deberán limitarse a los hechos establecidos en el examen directo... En algunos de los Estados se concede al abogado del acusado mayor amplitud en las repreguntas en causas criminales pero en la mayor parte de los Estados la regla es la aquí consignada y la misma que rige en esta Isla" (pág. 637).

En Pueblo v. Ramírez, 50 D.P.R. 234, 252 (1936), no se permitió repreguntar a un testigo, que en el directo había dicho la razón de su presencia en una residencia, sobre si hubo o no alguna "discusión" sobre el asunto objeto de su visita. Observó el

Tribunal:

"(en el directo) no se dijo absolutamente nada sobre lo que se hubiera discutido... (la) intención (del abogado defensor) era aprovechar la repregunta de un testigo... para hacerle declarar sobre hechos nuevos que no habían surgido del examen directo... bien pudo haberle llamado para que declarase como testigo de la defensa..."

En Santana v. García, 71 D.P.R. 142 (1950), el tribunal determinó que la repregunta denegada era permisible porque estaba relacionada con un hecho cubierto en el directo. Dijo el Tribunal al respecto:

"Estaba en el record (del directo) que el testigo llamó al policía para que realizara la investigación. Era admisible, por tanto, la repregunta: ¿El policía investigó allí algunos testigos? Los apelantes tenían derecho a indagar en qué consistió la investigación". (pág. 148)

En Pueblo v. Nicole, 71 D.P.R. 866 (1950), se permitió al fiscal hacer repreguntas sobre materia "nueva", o sea, sobre lo que había ocurrido horas después de los hechos reseñados en el directo. El tribunal reafirmó la regla, mas resolvió que no hubo abuso en el uso de la discreción judicial, al permitir las preguntas impugnadas. Dijo al efecto:

"Es cierto que la regla en esta jurisdicción es que el contrainterrogatorio se limita a los hechos suscitados en el directo. Pero la aplicación de esta regla de ordinario depende de la discreción de la corte sentenciadora, ya que es difícil a veces trazar una línea en cuanto a este punto. Además, a lo sumo la regla sencillamente significa que la parte examinadora convierte al deponente en su propio testigo... La cuestión es una de orden de prueba..." (pág. 874)

A propósito de lo resuelto en Nicole, es oportuno apuntar que cuando el tribunal permite repreguntas sobre materia nueva, las mismas no pueden ser formuladas en forma sugestiva, a menos que se dé alguna de las condiciones de excepción contempladas en la Regla 43(H).

"As to those matters which are beyond the scope of direct examination, the cross-examiner is said to have "made the witness his own... (and) must proceed in the mode of direct examination which means, under normal circumstances, without the use of leading questions". (Lilly, supra, pág. 93).

En Wolff v. Hernández, 76 D.P.R. 650 (1954), el tribunal señaló que al excluirse las repreguntas improcedentes por aplicación de la referida norma no se le negó a la parte afectada "la oportunidad de tratar de presentar esa misma prueba posteriormente a través de un examen directo (del testigo de la parte contraria) como testigo (propio)" (pág. 666).

En Pueblo v. Dones Arroyo, 106 D.P.R. 303 (1977), el tribunal concluyó que "tampoco constituyó error no permitir en repregunta el examen de esta testigo respecto a la razón por la cual Padilla ya no trabajaba para la policía, toda vez que la testigo no declaró sobre el particular en el directo" (pág. 316). Véase también Pueblo v. Castillo Torres, 107 D.P.R. 551, 553 (1978).

En lo que se refiere a la materia del directo, no es siempre fácil determinar cuáles son exactamente los hechos que se cubrieron en el examen inicial del testigo y que pueden luego ser objeto del contrainterrogatorio.

McCormick parece sugerir que las repreguntas no debieran limitarse "to the matters opened in the direct and to facts tending to explain, contradict or discredit the testimony given in chief", sino que debieran incluir también, "facts tending to rebut any inference or deduction from the matters testified on direct" (McCormick, supra, pág. 52).

La misma tendencia aparece mencionada en 81 Am. Jur. 2d sec. 481:

"Cross examination is not confined to the identical details testified in chief, but extends to its entire subject matter, and to all matters that may modify, supplement, contradict, rebut or make clearer the facts testified to in chief by the witness on cross-examination....in states adhering to American rule, facts which are part of the res gestae may be elicited on cross examination even though in a sense they constitute new matter".

Veamos ahora los efectos de la Regla 43(F) sobre la posición procesal del acusado como testigo en su defensa o sobre su derecho a no inculparse.

Como se anuncia claramente en Pueblo v. Archeval, 74 D.P.R. 512, 515-516 (1983), "una vez que el acusado se sienta a declarar, se convierte en un testigo como cualquiera otro y está sujeto a las mismas reglas y procedimientos en cuanto a la pregunta y repregunta que cualquier testigo".

Esta doctrina se reafirmó en Pueblo v. Claudio, 93 D.P.R. 133, 136 (1966), y más recientemente, en Pueblo v. Alvarez Rosario, 108 D.P.R. 112, 118 (1978), aunque en este último caso se anticipó

- también la norma que aparece ahora incorporada a la Regla 46(B) al efecto de "garantizar que la prueba de previas convicciones, que sea fuere admisible en el caso de cualquier testigo, no resulte tan perjudicial al acusado que sea determinante en que recaiga un fallo condenatorio".

¿Quiere ello decir que el acusado-testigo no puede limitar el alcance del contrainterrogatorio del fiscal y la misma discreción judicial en cuanto a preguntas sobre materia nueva, a pesar de su privilegio a no incriminarse sobre todo aquello que no fue objeto del directo? No es fácil la contestación.

El comentario del "ADVISORY COMMITTEE" a la Regla Federal 611(B) evita adoptar una postura sobre el asunto:

"The rule does not purport to determine the extent to which an accused who elects to testify whereby waives his privilege against self-incrimination... can he foreclose inquiry into an aspect or element of the crime by avoiding it on direct?.. In all events, the extent of the waiver of the privilege against self-incrimination ought not to be determined as a by-product of a rule on scope of cross-examination."

McCormick da a entender que el problema constitucional es tal que no cabe otra solución que la de reconocer al acusado que su renuncia al privilegio queda limitada a la materia que él cubra en el directo, sea cual sea la norma que se adopte para reglamentar el alcance del contrainterrogatorio:

"Some judicial language suggests that under the Fifth Amendment of the U.S. Const. the waiver should extend only to questions concerning matters mentioned upon direct examination. If

the position ultimately prevails, state practice would be governed by the constitutional limit of waiver, making wide-open cross-examination of criminal defendants, and perhaps even extremely liberal restrictive rules, unconstitutional".
Supra, pág. 59

El Comité considera razonable y apoya la recomendación que al respecto hacen los tratadistas Saltzburg and Redden cuando afirman que:

"...the defendant be subject to cross-examination to the extent necessary to fairly test the statements made upon direct examination and inferences that might be drawn from such statements. This position respects the privilege, but insures that it does not give the defendant an extra tactical weapon not contemplated by the Constitution."
(Federal Rules of Evidence, Manual, 3a Ed., p. 403).

Esta propuesta limitativa del conainterrogatorio del acusado testigo, estaría a tono no sólo con su delicado privilegio a no incriminarse, sino también con el texto y el trasfondo histórico de la doctrina incorporada en la Regla 43(F). Por ello, el Comité estima que el acusado-testigo no debe ser tratado como cualquier otro testigo, y por tanto, no puede ser conainterrogado sobre materia nueva, ni, obviamente, puede ser llamado luego como testigo por el fiscal.

La Regla 44(C) afecta de alguna forma el alcance del conainterrogatorio; véase nuestro comentario a esa regla.

Regla 43(E).COMENTARIOS

Al disponerse en la Regla 43(H) que "podrán hacerse preguntas sugestivas en el curso del contrainterrogatorio" no queda claro si se trata de un derecho absoluto y automático o si, por el contrario, el tribunal mantiene siempre un cierto control sobre la forma de las preguntas a utilizarse en dicha etapa del examen de un testigo.

El texto en inglés de la parte correspondiente de la Regla Federal 611(c) lee como sigue:

"Ordinarily, leading questions should be permitted on cross-examination".

El comentario "ad hoc" del "Advisory Committee" explica así el propósito restrictivo de la disposición:

"The purpose of the qualification "ordinarily" is to furnish a basis for denying the use of leading questions when the cross-examination is cross examination in form only and not in fact, as for example the cross-examination of a party by his own counsel after being called by the opponent (savoring more of re-direct) or of an insured defendant who proves to be friendly to the plaintiff".

El Comité estima que debe ser así, ya que en las situaciones citadas arriba como ejemplos, y en todas las demás comparables, lo que viene a faltar es realmente la razón de ser del uso de preguntas sugestivas en el contrainterrogatorio.

"...it has been pointed out that the reason for the rule permitting leading questions to an adverse witness on cross-examination is the assumed hostility of such witness to the cross-examiner's cause. Hence, it has been held that where an adverse witness is shown to be friendly toward or

based in favor of the cross-examiner the reason for the rule ceases to exist and leading questions may not be used in examining such witness". (81 Am. Jur. 2d pág. 516).

De ahí es que ha venido prevaleciendo la corriente a favor de dejar, a la discreción del tribunal, el control de las situaciones particulares en las cuales podría negarse el uso de las preguntas sugestivas. Véamos:

"The judge...will ordinarily permit (leading questions) on cross-examination. But the entire matter of allowability of leading questions is discretionary..." McCormick, On Evidence, 3a. Ed. pág. 12).

"The trial judge has the power to permit or deny leading questions, depending upon the actual relationship between examiner and the witness. Lilly, An Introduction to the Law of Evidence, pág. 77.

"The court may also forbid the asking of leading questions on cross-examination where the witness is biased in favor of the cross-examiner and would be unduly susceptible to the influence of questions that suggested the desired answer."

Este último es el comentario que hace el "Assembly Committee on Judiciary" al explicar el significado de "may" en la Sec. 767 del Código de Evidencia de California, donde se dispone que a "leading question may be asked of a witness on cross-examination or recross-examination".

Prácticamente todas las fuentes consultadas citan a 3 Wigmore, Evidence, Sec. 773 (3a ed. 1940).

El Comité espera que este comentario aclare que el término "podrán" de nuestra regla no excluye la facultad que el tribunal

tiene para negar, en su sana discreción, el uso de preguntas
sugestivas en ciertos contrainterrogatorios.

El Principio de la Examen Cruzado (Cross-Examination) es el
principio que permite al abogado de la defensa hacer preguntas
sugestivas a los testigos de la acusación durante el
interrogatorio cruzado.

El Principio de la Examen Directo (Direct Examination) es el
principio que permite al abogado de la acusación hacer preguntas
no sugestivas a los testigos de la acusación durante el
interrogatorio directo.

El Principio de la Examen por Objeción (Objection) es el
principio que permite al abogado de la defensa hacer objeciones
a las preguntas del abogado de la acusación que son
sugestivas o que violan las reglas de evidencia.

El Principio de la Examen por Respuesta (Answer) es el
principio que permite al abogado de la acusación hacer preguntas
que requieren una respuesta directa de los testigos de la
acusación.

El Principio de la Examen por Negación (Denial) es el
principio que permite al abogado de la defensa hacer preguntas
que requieren una negación de los testigos de la acusación.

El Principio de la Examen por Confirmación (Confirmation) es el
principio que permite al abogado de la acusación hacer preguntas
que requieren una confirmación de los testigos de la acusación.

El Principio de la Examen por Negación de la Objeción (Denial of Objection) es el
principio que permite al abogado de la acusación hacer preguntas
que requieren una negación de la objeción del abogado de la
defensa.

Regla 44. Credibilidad e impugnación de testigos

(A) Quién puede impugnar

La credibilidad de un testigo puede ser impugnada por cualquier parte, incluyendo a la parte que llama al testigo.

(B) Medios de impugnación

La credibilidad de un testigo podrá ser impugnada o sostenida mediante cualquier evidencia pertinente al asunto de su credibilidad, es decir, a la veracidad o mendacidad, incluyendo los siguientes aspectos:

(1) Comportamiento del testigo mientras declara y la forma en que lo hace.

(2) Naturaleza o carácter del testimonio.

(3) Grado de capacidad del testigo para percibir, recordar o comunicar cualquier asunto sobre el cual declara.

(4) Existencia o inexistencia de cualquier prejuicio, interés u otro motivo de parcialidad por parte del testigo.

(5) Manifestaciones anteriores del testigo.

(6) Sujeto a lo dispuesto en la Regla 45, el carácter o conducta del testigo en cuanto a veracidad o mendacidad.

(C) Impugnación y autoincriminación

Un testigo no renuncia al privilegio contra la autoincriminación cuando es examinado en torno a materia que afecta únicamente a cuestiones de credibilidad.

Regla propuesta. Credibilidad de testigos

(A) Quién puede impugnar

La credibilidad de un testigo puede ser impugnada por cualquier parte, incluyendo a la parte que llama al testigo.

(B) Medios de prueba

La credibilidad de un testigo podrá ser impugnada o **defendida** mediante cualquier evidencia pertinente al asunto de su credibilidad, es decir, a la veracidad o mendacidad, incluyendo los siguientes aspectos:

(1) **Comportamiento del testigo mientras declara y la forma en que lo hace.**

(2) **Naturaleza o carácter del testimonio.**

(3) **Grado de capacidad del testigo para percibir, recordar o comunicar cualquier asunto sobre el cual declara.**

(4) **Sujeto a lo dispuesto en la Regla 47 (C), la existencia o inexistencia de cualquier prejuicio, interés u otro motivo de parcialidad por parte del testigo.**

(5) **Sujeto a lo dispuesto en la Regla 47 (A) y (B) las manifestaciones anteriores del testigo.**

(6) **Sujeto a lo dispuesto en la Regla 45, el carácter o conducta del testigo en cuanto a veracidad o mendacidad.**

(7) **La existencia o inexistencia de cualquier hecho declarado por el testigo.**

(C) Impugnación y autoincriminación

Un testigo no renuncia al privilegio contra la autoincriminación cuando es examinado en torno a materia que afecta únicamente a cuestiones de credibilidad.

COMENTARIOS

Las enmiendas presentadas persiguen, primeramente, aclarar que la intención de la Regla 44 es hacer que cada uno de los medios de prueba enumerados en el inciso (B) estén disponibles tanto para la parte que llama a declarar a un testigo, como para la parte adversa. Es decir, los medios enumerados, además de servir para impugnar a un testigo, pueden emplearse por la parte adversa para rehabilitarlo. ("La credibilidad de un testigo podrá ser impugnada o sostenida...").

A estos fines, se elimina del título de la regla el término "impugnación" (de testigos) por conferirle, lejos de lo que se afirma en su cuerpo, un alcance limitado. De forma parecida, el inciso (B) debe leer genéricamente "medios de prueba" de modo que, nuevamente, su verdadero alcance no se vea restringido por el título. Se incluye, además, una enmienda de estilo para sustituir la palabra "sostenida" por "defendida" en la primera frase del inciso (B).

En segundo lugar, se incorpora al inciso (B)(4) la expresión "sujeto a lo dispuesto en la Regla 47(C)", inciso que se propone añadir a esa regla de modo que quede recogida la norma de Pueblo v. Figueroa Gómez, 113 D.P.R. 138 (1982). (Ver enmienda propuesta a la Regla 47, infra). Idéntica expresión se introduce en el número

(5) (manifestaciones anteriores del testigo), en relación con la Regla 47 que actualmente regula este modo específico de impugnación.

Se proyecta incluir, por último, otro modo de impugnación al catálogo del inciso (B): la impugnación por contradicción. En este comentario se explica brevemente su alcance.

La Regla 44 establece, en esencia, que la credibilidad de un testigo puede ser impugnada o defendida por cualquier parte -incluso la que lo presentó-, mediante cualquier evidencia pertinente al asunto de la credibilidad. La enumeración del inciso (B) es meramente ejemplificante, por lo que toda evidencia que cumpla con el requisito de pertinencia es prima facie admisible a fin de evaluar la credibilidad de un testigo. *Pueblo v. Figueroa Gómez, 113 D.P.R. 138, 142 (1982); I Chiesa, Práctica Procesal Puertorriqueña, Evidencia, pág. 189 (1985). Por ejemplo, en Puerto Rico se ha reconocido una forma común de impugnación de testigos denominada impugnación "por omisión". Pueblo v. Cortés del Castillo, 86 D.P.R. 220 (1962); Ruiz v. San Juan Racing Assn., 102 D.P.R. 45 (1974); Frattallone Di Gangi, N., Apuntes sobre la Nueva Ley de Evidencia, 74 Rev. D. P. 189 (1979); I Chiesa, Evidencia, supra, págs. 193-194; Vélez Rodríguez, Enrique, La Impugnación por Omisión: Desarrollo de una Doctrina y su efecto sobre el Acusado como Testigo, 18 Rev. Jur. U.I. 53 (1983). Este tipo de impugnación, vinculado a las "manifestaciones anteriores" (ya que la incompatibilidad puede ser mediante omisión), estaría incluido -aunque no mencionado- en el catálogo del inciso (B).

Pocos problemas ha ocasionado esta regla, salvo aquéllos de índole procesal y de "mejor práctica forense" a los que alude Pueblo v. Figueroa, supra. Emerging Problems Under the Federal Rules of Evidence, pág. 151.

Todavía al presente aquellos estados que no han optado por ampliar el uso de las declaraciones anteriores de un testigo como prueba sustantiva en los casos en que éste ocupa la silla testifical, confrontan el problema del "prejudicial impeachment" o la práctica que se emplea por una parte como subterfugio para introducir, calculadamente, prueba con fines sustantivos, so color de impugnar a un testigo. La dificultad sólo surge, por definición, en la jurisdicción federal y en aquellas jurisdicciones que han seguido el modelo de la Regla 801(d)(1)(a). Como se recordará, esta regla sólo permite, como prueba de la verdad de lo aseverado, las declaraciones anteriores del testigo que sean inconsistentes con su testimonio ante el tribunal si la declaración se prestó bajo juramento, so pena de perjurio, e.t.c. Ante esta realidad, si una parte quiere traer a la atención (sustantiva) del jurado evidencia de lo que un testigo declaró en otra ocasión, pero dicha evidencia resulta inadmisibles por no haber sido prestada bajo juramento, e.t.c., cabría la posibilidad de que dicha parte decidiera sentar al testigo ("strawman"), que de antemano se sabe que negará ciertos hechos, con el "único" fin de impugnarlo. Esta práctica ha resultado ser una forma de eludir la regla de exclusión.

Estos problemas, que originan un delicado análisis bajo las

reglas, en nuestras equivalentes 44(B)(5), 63 y 19, no existen en gran medida en Puerto Rico, pues siempre sería legítimo sentar a un testigo para ofrecer sus manifestaciones como la verdad de lo aseverado en otra ocasión. Regla 63 de Evidencia; Pueblo v. Esteves Rosado, 110 D.P.R. 334 (1980). Como afirma un autor, en nuestra jurisdicción, la Regla 63 le ha restado importancia a la 45(B)(5). Chiesa, Evidencia, supra, pág. 197; ver también el comentario a la Regla 63, infra. Para las soluciones que se han ofrecido a estos problemas en la jurisdicción federal y que van desde la incorporación de un lenguaje tipo Regla 19 a la Regla 607 federal, hasta la liberalización de la admisibilidad de las declaraciones anteriores como prueba sustantiva, ver, Proposed Amendments to the Federal Rules of Evidence (A Symposium, February 22, 1985, Georgetown Univ. Law Center, Washington, D.C.), págs. 53-774 y 75-76.

La existencia o inexistencia de cualquier prejuicio, interés u otro motivo de parcialidad por parte del testigo como medio de impugnación, será comentado a la luz de Pueblo v. Figueroa, cuando abordemos el proyectado inciso (C) de la actual Regla 47 (ver, infra.)

La prueba de impugnación por "contradicción", aunque incluye una serie de matices en cuyos detalles no podemos entrar, amerita un breve comentario final dado que el Comité considera deseable incorporarla al repertorio de la regla.

La impugnación de un testigo a través de este medio apunta a la existencia de una prueba en contrario y que sugiere que algo de lo

vertido en su testimonio es falso, inexacto o erróneo.

"...impeachment by contradiction has the weakness that it is always in one sense indefinite: It suggests either error or lie, but fails to indicate which or why. Did the witness lie because he is by disposition untruthful? Did he lie (or intentionally distort, or perhaps unconsciously overstate) out of bias? Was he merely in error because he labored under some incapacity affecting his perception, memory, or narrative ability? Or was he simply, humanly, mistaken? Contradiction brings to light the effect of one of these other operative causes, but without indicating which one". 3 Louisell-Mueller, Federal Evidence, sec. 343, págs. 495-6 (1979); ver también, Pueblo v. Figueroa Gómez, supra, pág. 147 n. 3; Note Specific Contradiction As A Mode of Impeachment, 1 Idaho L. Rev. 104, 105 (1964).

Si la prueba le merece crédito al juzgador, el efecto impugnatorio de la contradicción puede ser, según la doctrina, específico y no-específico. El efecto en su vertiente específica, provoca que el juzgador concluya que el testigo erró o mintió en relación al punto contradicho. El efecto no-específico, permite al juzgador concluir que el testigo probablemente mintió o se equivocó igualmente en otras áreas de su testimonio.

La prueba de contradicción genera, sin embargo, singulares problemas en torno a los límites que es necesario imponerle. Según un enfoque tradicional, la prueba de contradicción estaba restringida por el llamado "collateral rule"; evidencia clasificada como "colateral" (es decir, en torno a hechos sin importancia para la acción) era inadmisibles a los fines de impugnar a un testigo. Actualmente, la Regla 19 es el mecanismo adecuado para resolver los conflictos que provoca este medio de prueba. Factores tales como

perjuicio, confusión o dilación, son determinantes a la hora de admitir o excluir prueba de contradicción. La solución de dejar la prueba contradictoria a la sana discreción del juez de instancia está respaldada por la más preclara doctrina. Ver, Wigmore, Evidence, sec. 10-03 a las págs. 659-660 (3d. ed. 1940); Mc Cormick, On Evidence, sec. 47, pág. 100 (1972); 3 Weinstein & Berger, Weinstein's Evidence, 607(05), a las págs. 63-64 (1985); 3 Louisell-Mueller, Federal Evidence, sec. 343, pág. 497 (1979).

La contradicción en el testimonio de un testigo puede aflorar básicamente de dos formas. En la primera, el testigo se contradice en el curso del contrainterrogatorio aceptando una nueva versión de los hechos y rechazando parte o la totalidad de su testimonio previo. Una variante de lo anterior lo constituyen las manifestaciones anteriores inconsistentes del testigo, materia que está regulada por la Regla 47 y sujeta a sus propios límites y restricciones.

El otro modo de probar una contradicción es mediante la evidencia extrínseca. Normalmente se presentará prueba a través de otros testigos para contradecir el testimonio que se desea impugnar. Hay que recordar, por último, que la prueba de contradicción no está sujeta al requisito de sentar las bases previamente en el contrainterrogatorio, como sí se exige para la impugnación de un testigo por razón de perjuicio, interés o parcialidad. Pueblo v. Figueroa Gómez, supra, pág. 147.

Por último, en relación al inciso (C) de la Regla, cabe preguntarse si un testigo, al ser examinado con miras a impugnar su

credibilidad, puede invocar el privilegio contra la autoincriminación. Este apartado de la regla aclara una parte del problema: si el interrogatorio, usualmente contrainterrogatorio, se refiere únicamente a cuestiones de credibilidad, el testigo puede invocar el privilegio. Si el interrogatorio se refiere, además, a asuntos traídos por el propio testigo en su examen directo, se suscitan controversias fuera del alcance de la regla. Aunque el asunto no ha sido resuelto por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ni por nuestro Tribunal Supremo, la respuesta más autorizada es que si un testigo hace referencia a un asunto en su examen directo, no puede invocar exitosamente el privilegio contra la autoincriminación cuando en el contrainterrogatorio se le inquiera sobre tal asunto. Aparte de que, de conformidad con nuestra regla sobre el alcance del contrainterrogatorio -Regla 43(F)-, una parte tiene derecho a contrainterrogar sobre materia objeto del examen directo, el balance de intereses en torno al aspecto constitucional del privilegio sugiere la misma respuesta. Esto es así, curiosamente más claro en el caso de que el testigo sea el acusado, pues éste voluntariamente optó por declarar, sin podersele obligar a ello. En el caso de que el testigo sea una parte en pleito civil, invocar el privilegio en el contrainterrogatorio, al preguntársele sobre materia traída por él en el directo, podría acarrear sanciones más allá de eliminar su testimonio, como la eliminación de las alegaciones correspondientes o hasta la desestimación de la causa de acción o defensa.

El propósito de la regla -cuyo equivalente en las reglas federales es la oración final de la Regla 608(b)- es estimular o propiciar que los testigos declaren sin temor de que tengan que contestar preguntas sobre cuestiones de credibilidad sin poder invocar el privilegio contra la autoincriminación. Aunque la protección al acusado, para que no se inhiba de declarar es evidente, lo cierto es que si el acusado invoca el privilegio, en las circunstancias permitidas por esta regla, el jurado podría tomarlo en cuenta en su contra por más que se le instruya sobre lo contrario.

En general, sobre esta regla, veáanse Weinstein's Evidence, sec. 608(07); 8 Wigmore, Evidence, Sec. 2276, pág. 457 (McNaughton Rev. (1961) y McCormick, On Evidence, sec. 132 y 140 (1984).

Regla 45. Impugnación mediante carácter y conducta específica

(A) La credibilidad de un testigo puede ser impugnada o sostenida por evidencia en la forma de opinión o reputación, sujeto a estas limitaciones:

(1) La evidencia se referirá sólo al carácter en cuanto a veracidad o mendacidad.

(2) Evidencia sobre carácter veraz será admisible sólo cuando el carácter del testigo en cuanto a su veracidad ha sido impugnado mediante evidencia de reputación, de opinión o de otra manera.

(B) A los fines de impugnar o sostener la credibilidad de un testigo sólo se admitirá evidencia de conducta específica cuando ésta se refiera directamente al asunto de la veracidad o mendacidad del testigo cuya credibilidad está en consideración. El tribunal podrá rechazar este tipo de evidencia cuando determinare que su valor probatorio en cuanto a credibilidad queda superado por otras consideraciones, particularmente cuando se trata de la impugnación de la veracidad de un acusado en una causa criminal. Nada en este inciso afecta la admisibilidad de evidencia de convicción por delito, materia cubierta por la Regla 46.

Regla Propuesta

(A) La credibilidad de un testigo puede ser impugnada o defendida por evidencia en la forma de opinión o reputación, sujeto a estas limitaciones:

(1) La evidencia se referirá sólo al carácter en cuanto a veracidad o mendacidad.

(2) Evidencia sobre carácter veraz será admisible sólo cuando el carácter del testigo en cuanto a su veracidad ha sido impugnado mediante evidencia de reputación, de opinión o de otra manera.

(B) A los fines de impugnar o defender la credibilidad de un testigo sólo se admitirá evidencia de conducta específica cuando ésta se refiera directamente al asunto de la veracidad o mendacidad del testigo cuya credibilidad está en consideración. El tribunal podrá rechazar este tipo de evidencia cuando determinare que su valor probatorio en cuanto a credibilidad queda superado por otras consideraciones, particularmente cuando se trata de la impugnación de la veracidad de un acusado en una causa criminal. Nada en este inciso afecta la admisibilidad de evidencia de convicción por delito, materia cubierta por la Regla 46.

COMENTARIOS

La Regla 45, a juicio del Comité, no requiere cambios importantes en su texto, sólo algunos de estilo, específicamente, la sustitución del término "sostenida" por "defendida", recomendación que también se hizo para la Regla 44.

Sí es necesario, sin embargo, expresar algunas ideas en torno a ciertos aspectos discutidos y cuestionados en la doctrina.

Regla 45(A).

Este inciso determina cuándo y cómo la credibilidad de un testigo puede ser impugnada o defendida mediante evidencia de carácter. El número (2) del inciso establece que no puede presentarse evidencia del carácter veraz de un testigo hasta que se haya impugnado su veracidad mediante evidencia de reputación o de opinión sobre carácter mendaz o "de otra manera". Esta norma se basa en parte en un viejo precepto evidenciario y según el cual "se presume que todo testigo dice la verdad". Tal presunción estaba recogida en el artículo 383 del Código de Enjuiciamiento Civil, 32 L.P.R.A., Sec. 1664; Arruza v. Laugier, 14 D.P.R. 25 (1908); Cuadra v. López, 41 D.P.R. 66 (1930); Com. de la Mujer v. Srio. de Justicia, 109 D.P.R. 715, 732 (1980). En la esfera criminal el Tribunal Supremo ha resuelto que es erróneo instruir al jurado en términos de que se presume que todo testigo dice la verdad independientemente de que la defensa haya presentado la prueba. Pueblo v. Paris Medina, 101 D.P.R. 253, 259 (1973). Alguna jurisprudencia federal aún utiliza este razonamiento en conexión con la Regla 608 Federal, norma concordante. United States v. Danehy, 680 F.2d 1311, 1314 (1982); Osborne v. United States, 542 F.2d 1015, 1019 (1976); Homan v. United States, 279 F.2d 767, 772 (1960); Wignore, Evidence, sec. 1104 (Chadbourn rev. 1972); 3 Louisell-Mueller, Federal Evidence, sec. 308, pág. 250 (1979) ("In effect, rule 608(a) indulges the assumption that a witness has a truthful disposition unless the contrary indicated, and on this assumption it allows courts to

prevent parties from wasting time with character references before the need to do so affirmatively appears").

Adviértase, pues, que el tribunal debe decidir, antes de admitir evidencia sobre el carácter veraz de un testigo, si se ha impugnado su veracidad. Esta ha probado ser una de las cuestiones más delicadas e inciertas que se han presentado bajo esta regla. Se ha cuestionado, específicamente, qué significado pueda tener en este contexto el término "o de otra manera". 1 Chiesa, Práctica Procesal Puertorriqueña, Evidencia, pág. 198 (1985).

En principio, se entiende que se refiere a cualquier medio de impugnación reconocido en la Regla 44(B), lo que incluye la impugnación mediante evidencia de prejuicio o parcialidad (Regla 44 (B)(4)), o mediante manifestaciones anteriores inconsistentes. "Impugnada la veracidad de un testigo -mediante evidencia de carácter mendaz, de actos específicos de mendacidad, de prejuicio o parcialidad, o de manifestaciones inconsistentes- puede presentarse evidencia de carácter veraz de un testigo..." 1 Chiesa, Evidencia, id.

Entendida esta rehabilitación como limitada al aspecto de la veracidad del testigo, conviene añadir varias observaciones para precisar esta situación.

De ordinario, no habrá dudas en torno a si una parte puso en tela de juicio el carácter veraz de un testigo; en estos casos quedará el camino expedito y la parte adversa podrá presentar prueba para rehabilitarlo.

"Questions do arise, however, when the attack is ambiguous or subtle in nature, and the cases often suggest simply that the trial judge has broad discretion in this area. The resort of the draftsmen of Rule 608(a) to the catch all phrase 'or otherwise' affirms this discretionary approach." 3 Louisell Mueller, Federal Evidence, supra, pág. 251, United State v. Perry, 550 F.2d 524, 532, Cert. den. 431 U. S. 918 (1977); Beck v. United States, 317 F.2d 865, 870 (1963).

En el caso de las manifestaciones anteriores inconsistentes se ha dicho, por ejemplo, que en ocasiones sólo apuntarán a meros errores o equivocaciones cometidos por el testigo durante la toma de la declaración o el mismo testimonio; la impugnación en estas circunstancias no constituye, de por sí, un ataque a la veracidad. Otras veces, sin embargo, la inconsistencia o incompatibilidad entre ambos testimonios sugerirá que el testigo mintió deliberadamente en una de las dos ocasiones. En este caso sí habría un elemento de veracidad envuelto en la impugnación y procedería la prueba de rehabilitación. 3 Louisell-Mueller, Federal Evidence, supra, pág. 251 ("There is no clear rule, and the matter is consigned to the discretion of trial judge").

Nos dice Weinstein al respecto:

"Whether impeachment by proof of prior inconsistent statements amounts to an attack on character for veracity has been much debated, since the misstatements may be due to defects in memory or knowledge or attributable to bias rather than indicative of shold that evidence of good character is rendered admissible, others that it is inadmissible, and some that its admission rests in the discretion of the trial court.' The Fifth Circuit, in Outlaw v. United States, (81 F. 2d 805 (1936)) found the last approach 'the true rule,' for it enables the judge to consider the

circumstances in which the statement was made and decided whether 'it seems to indicate a want of trustworthiness.' In the Outlaw case the witness was a defendant who admitted his criminal conduct and testified for the prosecution against his co-defendant. Several prior contradictory statements were proven against him. In these circumstances 'taking the whole situation together,' the appellate court, noting that the witness 'is a criminal by his own confession,' found the trial judge had been justified in allowing the jury to use reputation testimony relating to the witness' truth and veracity in assessing his credibility. This approach of considering the circumstances of the particular case is endorsed by the Advisory Committee in its notes to Rule 608." 3 Weinstein's Evidence, sec. 608(08) pág. 47 (1985).

La existencia o inexistencia de cualquier prejuicio, interés u otro motivo de parcialidad por parte de un testigo, como medio de impugnación, también ha sido objeto de comentario a propósito de este inciso de la regla:

"The mere fact that the witness is a party or aligned with a party (in the sense of being a spouse, close family member, employee or agent) does not entitle the proponent of the witness to introduce evidence of his truthful disposition. Nor should the result change if the adversary merely brings such facts to light by cross-examination. Where more than such simple 'interest' in the outcome is shown, and facts indicating the bias or corruption of the witness are brought to light, the most appropriate response is counterproof showing that the witness is not biased or corrupt, or that the impeaching evidence is overstated or distorted. Impeachment of this sort may well reflect adversely upon the character of the witness, however, and in such cases counterproof of good character should no doubt be permitted. 3 Louisell-Mueller, Federal Evidence, supra, pág. 252; United States v. Medical Therapy Sciences, Inc., 583 F.2d 36, 41 (1978)

Por otra parte, no debe entenderse que siempre que una parte contrainterroga de forma vigorosa y con éxito a un testigo de la parte adversa, ésta tiene automáticamente un derecho a presentar prueba de rehabilitación. Emerging Problems Under the Federal Rules, Section of Litigation - A.B.A. - págs. 152-153 (1983). Sin embargo, "(W)hen cross-examination is unusually sharp, and succeeds in catching the witness in embarrassing testimonial inconsistencies or in suggesting by tone or innuendo that the witness is lying or corrupt, the court should permit counterproof in the way of evidence of good character". 3 Louisell-Mueller, Federal Evidence, supra, 252.

Por último, la prueba de impugnación por contradicción normalmente no incide sobre el carácter del testigo. Cuando un testigo declara en torno a una versión de los hechos y otro testigo presenta una versión conflictiva, en puridad, ni el carácter de uno ni el del otro están en juego. Los tribunales federales normalmente no admiten prueba de rehabilitación en estos casos. United States v. Thomas, 768 F.2d 611, 618 (1985); United States v. Danehy, 680 F.2d 380, 382 N. 1 (1982); United States v. Jackson, 588 F.2d 1046, 1055 (1979).

Regla 45 (B)

Existen varias interrogantes en cuanto al alcance e interpretación del inciso (B). El profesor Chiesa las resume del siguiente modo:

1. Si es admisible bajo este inciso la evidencia de arrestos, acusaciones, absoluciones, e.t.c.
2. Si la regla está sujeta al factor de tiempo, es decir, si son admisibles actos específicos remotos
3. Cómo funciona aquí el "balance de interés" entre valor probatorio y efecto perjudicial y
4. Si la evidencia de impugnación está limitada al momento del contrainterrogatorio del testigo, o si se permite evidencia extrínseca de los actos específicos de mendacidad. Chiesa, Ernesto L., Evidencia de Carácter y de Conducta Específica, 15 Rev. Jur. U.I.A. 45, 68 (1980).

Con relación al primer punto, la tendencia mayoritaria en la jurisprudencia es a no permitir la prueba de conducta criminal específica que no culmina en la convicción por delito. Bennett v. Longacre, 774 F.2d 1024, 1027-28 (1983) (narcóticos); Griam v. Missouri P. R. Co., 750 F.2d 703, 707, 708 (1984) (narcótico); United States v. Bentley, 706 F.2d 1498, 1509-10 (1983) (narcóticos). Para casos de delitos contra la persona, consúltese United States v. Fountain, 768 F.2d 790, 795 (1985); United States v. Martino, 648 F.2d 367, 393 (1981).

La prueba de "arrestos", sin más, tampoco es admisible. United States v. Atwell, 766 F.2d 416, 420 (1985); United States v. Merida, 765 F.2d 1205, 1216-17 (1985); United States v. Leake, 642 F.2d 715, 718 (1981); United States v. Dennis, 625 F. 2d 782, 798 (1980); United States v. Ling, 581 F.2d 1118, 1121 (1978).

Se ha permitido, por el contrario, prueba de los "actos" que dieron paso al arresto. United States v. Leake, supra, 718-719 n.3; United States v. Dennis, supra, 798; United States v. Kink, 496 F.2d 947, 949 (1974); United States v. Burch, 490 F.2d 1300, 1202, cert. den. 416 U.S. 990 (1974). También se ha permitido la prueba de arrestos para contradecir a un testigo a base del testimonio prestado en el examen directo. United State v. Alvarez-López, 559 F.2d 1155 (1977); United States v. Johnson, 542 F.2d 230, 234-235 (19176); United States v. Labarbera, 581 F.2d 107, 109 (1978).

En cuanto a si la regla está sujeta al factor tiempo, se ha comentado:

"El caso que inicia la admisibilidad de conducta específica a los fines de impugnación, Pueblo v. Dones, (102 D.P.R. 112, 124) lo condicionó a actos que no sean remotos. Pueblo v. Padilla Arroyo se dirige también al asunto de actos remotos, pero con relación a los delitos (104 D.P.R. 103, 115). Igual ocurre en Pueblo v. Alvarez Rosario (108 D.P.R. 112). Sin embargo, la regla 45(b), distinto al caso de la Regla 46, guarda silencio con relación a la admisibilidad de conducta remota del testigo. Igual ocurre al compararse las Reglas 608(b) y 609 de las reglas federales". Chiesa, Evidencia de Carácter..., supra, pág. 69.

Originalmente, la Regla 608 Federal contenía un lenguaje que específicamente hacía referencia a la conducta remota ("and not remote in time"). ADVISORY COMMITTEE'S NOTE, RULE 608. Sin embargo, dicha disposición encontró la resistencia del Departamento de Justicia Federal, del propio Congreso y finalmente fue eliminada del proyecto.

La oposición del Departamento de Estado fue expresada de la siguiente forma:

"(T)he suggestion that the instances of misconduct must not be 'remote in time,' see Shailer v. Bullock, 78 Conn. 65, 61 A. 65 (1905), is best served by leaving the matter to the discretionary control of the trial judge. Simon v. United States, 123 F.2d 80 (4th Cir., 1941). Michelson v. United States, 335 U. S. 469 (1949), while it did not deal solely with evidence of character which affected credibility, discussed the remoteness issue. There the court sustained an inquiry on cross-examination concerning an arrest of the defendant twenty seven years prior to trial. If a character witness stresses his long acquaintance with the reputation for truth and veracity of the person whose credibility he buttresses, permissible inquiry should be equally extended in time. This discretionary authority of the judge is best indicated by an appropriate cross-reference to Rule 403, as was done in the Preliminary Draft." 117 Cong. Rec. 33648, 33655 (Sept. 28, 1971).

Parece ser, sin embargo, que la modificación fue más formal que sustantiva "since the House Judiciary Committee Report regarded the lenguaje as 'unnecessary and confusing' and chose instead to rely upon 'the discretionary' power of the court in permitting such testimony. It would be most unfortunate if courts look the deletion of remoteness provision to mean that inquiry upon long-part misdeeds must be allowed even where probative worth is minimal or lacking and risk of prejudice is great." (Enfasis suplido). 3 Louisell-Mueller, Federal Evidence, supra, sec. 303, pág. 213.

En resumen, no parece haber razón por la cual la situación deba ser distinta a la que se contempla en la Regla 46 (convicción por delito). En ambos casos los principios de pertinencia, amén de consideraciones de política pública, exigen la exclusión de actos remotos. Chiesa, supra, pág. 69. El término de diez años al que se

refiere la Regla 46, podría ser directivo. Id.

Pasando al siguiente punto, nuestra Regla 45(B), siguiendo a Alvarez Rosario, contiene una forma especial de balance que permite al tribunal rechazar evidencia de conducta específica -a los fines de impugnar o defender la credibilidad de un testigo-, si determina que su valor probatorio en cuanto a la credibilidad "queda superado por otras consideraciones, particularmente cuando se trata de la impugnación de la veracidad de un acusado en una causa criminal".

La Regla 608 Federal no hace referencia a balance alguno, razón por la cual los tribunales federales deben hacer uso de la Regla 403 -equivalente a nuestra Regla 19- para excluir evidencia de actos específicos vinculados con la veracidad o mendacidad de un testigo.

La Regla 608, según fuera propuesta originalmente, sí contenía una referencia a la Regla 403. Sin embargo, a la larga, corrió la misma suerte que la disposición sobre actos remotos y en la actualidad sólo subsiste una tímida referencia a la Regla 403 en el comentario del ADVISORY COMMITTEE. Se ofreció, en apoyo de su eliminación, la tesis de que su inclusión podría dar lugar al argumento, sin lugar a dudas contraproducente, de que "other rules lacking such cross-reference were somehow beyond reach of Rules 403..." 3 Louisell & Mueller, Federal Evidence, supra, sec.303, pág. 208.

En Puerto Rico, en fin, aunque se trate de impugnar la veracidad de un testigo cualquiera, en una causa civil o criminal, el tribunal, antes de admitir evidencia de actos específicos de mendacidad a

los fines de impugnación, deberá llevar a cabo el correspondiente balance entre valor probatorio -que dependerá en gran medida de cuán importante es el asunto de la credibilidad en el caso y otras consideraciones de justicia sustancial y equidad. Nótese que cuando el testigo que se está impugnando es el acusado en una causa criminal, los tribunales han de ser especialmente cautelosos. Chiesa, Evidencia de Carácter, supra, pág. 70.

Por último, bajo la Regla 608(b) federal, la evidencia de impugnación está limitada al momento del contrainterrogatorio del testigo y no se permite evidencia extrínseca de actos específicos de mendacidad.

"This important principle serves three useful purposes. It cuts down the degree to which trials may become sidetracked in the pursuit of collateral matters. It reduces the surprise which would unfairly confront the proponent of a witness if he were faced with proof requiring rebuttal witnesses, as would inevitably happen if evidence beyond the response of the witness to the adversary's cross-questions were permitted. And it reduces the risk of prejudice which unavoidably attends the introduction of evidence of specific bad acts, since juries are likely to misuse such evidence, particularly (though not only) when the witness in question is a party. There is perhaps nothing amiss in suggesting, in addition to these positive virtues, that the principle also finds support in the fact that independent evidence of misconduct by a witness is often unnecessary as a means of conveying to the jury a caution as to his truthfulness, for questions alone may impart such a caution, despite denials by the witness. (Enfasis suplido) 3 Louisell-Mueller, Federal Evidence, supra, págs. 242-3.

Para los casos en que sí se permite excepcionalmente prueba extrínseca aun bajo la Regla 608(b) Federal, ver, Louisell-Mueller,

id., págs. 246-249.

En Puerto Rico, la Regla 45(B) guarda silencio sobre este asunto. Pueblo v. Dones, supra, págs. 123-124, caso anterior a las reglas, expresamente se refirió a la evidencia extrínseca como medio de probar los actos específicos para impugnar la credibilidad de testigos: "Podrá inquirirse en el contrainterrogatorio sobre dichos antecedentes o hechos específicos vinculados a la credibilidad, si no son remotos y presentarse evidencia extrínseca de los mismos para impugnar la veracidad del testigo."

El profesor Chiesa opina que el silencio de la Regla 45(B) no debe entenderse como un repudio a permitir evidencia extrínseca de actos de mendacidad a los fines de impugnación. Chiesa, Evidencia de Carácter, supra, pág. 70. "Por el contrario, si se hubiera querido adoptar la norma similar a la federal, prohibiendo la evidencia extrínseca, hubiera sido suficiente con adoptar el texto de la regla federal en cuanto a ese extremo se refiere. Id.

Se podría decir en apoyo de este criterio, que muchos de los males que la regla federal pretende evitar están adecuadamente atendidos ex profeso en nuestra regla por el balance que el juzgador ha de hacer entre valor probatorio y el efecto perjudicial. Corresponde al Tribunal Supremo la última palabra sobre este asunto.

Regla 46. Convicción por delito

(A) Sujeto a lo establecido en el inciso (B) de esta regla, es admisible, con el propósito de impugnar la credibilidad de un testigo, evidencia de que éste ha sido convicto de delito, si tal convicción es aceptada por el testigo o establecida mediante récord público, pero únicamente si el delito, independientemente de su clasificación, envuelve deshonestidad o falso testimonio.

(B) Es inadmisibles contra un acusado, para impugnar su credibilidad, evidencia de convicciones previas a menos que se determine por el juez, en ausencia del jurado, si lo hubiere, que su valor probatorio, considerando todos los hechos y circunstancias del caso es sustancialmente mayor que su efecto perjudicial.

(C) No es admisible, con el propósito de impugnar la credibilidad de un testigo, evidencia de convicción previa si dicha convicción es remota. Debe considerarse remota, toda convicción que a la fecha del juicio tuviere más de diez (10) años, o si hubieren transcurrido más de diez (10) años de la fecha de excarcelación del testigo de la reclusión impuesta por tal convicción, lo que fuere posterior.

(D) Evidencia de convicción no es admisible bajo esta regla si la convicción ha sido objeto de indulto, perdón, anulación o su equivalente, a base de una determinación de inocencia o rehabilitación.

(E) Evidencia de una determinación de que un menor ha incurrido en falta no es generalmente admisible para impugnar la credibilidad

de un testigo. Pero en una causa criminal y discrecionalmente, el tribunal puede admitir evidencia de una determinación de falta en un procedimiento de menores, cuando se ofrece contra un testigo que no sea el acusado, siempre que una convicción por el delito correspondiente hubiera sido admisible para impugnar la credibilidad de un adulto, y el tribunal considera que la admisión es necesaria para una justa determinación en cuanto a la culpabilidad del acusado.

(F) Evidencia de una convicción no es inadmisibles por el hecho de hallarse pendiente una apelación de la misma, pero es admisible evidencia de la pendencia de la apelación.

COMENTARIOS

Probablemente, junto a la prueba de referencia y a la prueba de carácter, no haya cuestión más estudiada en el Derecho de la prueba que el problema de la impugnación de la credibilidad de un testigo mediante la evidencia de convicción previa. A la vez, no existe quizás asunto cuyas soluciones sean más discutidas.

Sólo ocho estados han adoptado la Regla 609(a) Federal en sustancia (Missisipi, New Hampshire, New Mexico, North Dakota, Oklahoma, Utah, Washington y Wyoming). Los enfoques en las restantes veintitrés jurisdicciones (que siguen el modelo federal en sus reglas), fluctúan desde la imposibilidad más radical de impugnar la credibilidad de un testigo mediante la evidencia de una previa convicción (Montana), hasta la solución que permite prueba de convicciones por todo tipo de delito, sujeto a una sola regla de exclusión: la Regla 19 (Wisconsin).

Dentro del espectro, Hawaii prohíbe la impugnación por convicción del acusado a menos que -y hasta tanto- éste presente prueba de su buen carácter. En otros dos estados (Alaska y Iowa) y en Puerto Rico, se establece que la admisibilidad de evidencia de convicciones previas está condicionada a que el delito en cuestión implique deshonestidad o falso testimonio ("crimen falsi"). West Virginia limita la impugnación por convicción, en el caso de los acusados, a crímenes que envuelvan perjurio. De forma parecida, Oregon sólo contempla los delitos de "falso testimonio" y elimina de la regla equivalente el término "deshonestidad" que tantos problemas le ha ocasionado a la jurisprudencia. La regla en Colorado habla de "fraude o engaño" (deceit) y deshonestidad, términos que se definen. Idaho autoriza el uso de todo delito grave para impugnar la credibilidad de cualquier testigo, pero antes debe determinar el juez, en ausencia del jurado, que el valor probatorio de la convicción, considerando todos los hechos y circunstancias del caso, es sustancialmente mayor que su efecto perjudicial. Nótese que nuestra Regla 46(B) -así como la 609(a)- Federal contemplan dicho balance, pero solamente en el caso del acusado como testigo. Muchos estados han rechazado esta limitación y han extendido el "balance" a la impugnación de cualquier testigo sea o no parte. (Solución que ofrece nuestra Regla 45(B), impugnación mediante carácter y conducta específica, supra, aunque brindando un énfasis especial a la impugnación del acusado). (Arizona, Arkansas, Delaware, Idaho, Michigan, Minnesota, South Dakota, Texas, Vermont y West Virginia).

Algunas jurisdicciones han adoptado también elaboradas normas de procedimiento que condicionan el uso de este género de prueba.

Texas exige, por ejemplo, que la parte que vaya a impugnar a un testigo por convicción previa, notifique a la parte adversa con antelación de modo que ésta pueda prepararse adecuadamente. Véanse también las reglas equivalentes de Alaska, Idaho, Santa Dakota y Wisconsin.

En relación a las "convicciones remotas", quince estados y Puerto Rico han adoptado el término de la Regla 609 Federal, es decir, diez (10) años. Regla 609 (B) Federal y 46 (C) de Puerto Rico. Alaska y Colorado han reducido el término a cinco (5) años, mientras otros dos estados -Maine y Vermont- han extendido el período de tiempo a quince (15) años.

Al presente, la Regla 609 Federal está bajo revisión. El profesor Saltzburg ha sugerido tres alternativas para su reforma. La única medida auténticamente radical -y que "desmantela" el actual sistema-, eliminaría la distinción entre los delitos que envuelven "deshonestidad" y aquéllos que no. American Bar Association, Proposed Amendments to the Federal Rules of Evidence, Section of Litigation, (A Symposium, February 22, 1985, Georgetown Univ. Law Center, Washington, D. C.) págs. 1-8.

Como vemos, los enfoques y soluciones son diversos. El Comité, tras considerar éstas y otras opciones, decidió no recomendar enmiendas a nuestra Regla 46. Primeramente, porque no se logró un consenso interno en torno a cuál debiera ser el futuro de la norma.

El tipo de reforma que la regla necesita -según el criterio de algunos de los miembros del Comité- conllevaría revivir viejas querellas doctrinales y soluciones ya estudiadas y rechazadas cuando se aprobó la regla. Recuérdese que esta Regla fue una de las que más controversias generó en el seno del Tribunal Supremo y en la misma Asamblea Legislativa a raíz de su aprobación. De igual forma ocurrió con la Regla 609 Federal: "Congress considered the prior conviction to impeach issue more fully than any other single Rule and the compromise it reached should be respected..." 3 Weinstein & Berger, Weinsten's Evidence sec. 609 (04) a la pág. 609-70 (Supp. 1982).

En segundo lugar, el Comité no ha contado en esta ocasión con el tiempo suficiente para medir el impacto de una reforma sustancial a la norma vigente. Diferentes estudios indican que es preciso proceder con cautela en esta área. Por ejemplo, existen datos estadísticos que demuestran que el porcentaje de convicciones fue mayor en los casos en que se admitió prueba de convicciones previas, en comparación con aquellos casos en los que no se hizo referencia alguna a delitos previos del acusado. H. Kalven & H. Zeisel, The American Jury 179-180, 3389-390 (1966); Shaffer, The Defendant's Testimony, en S. Kassin & S. Wrightsman, The Psychology of Evidence and Trial Procedure 130-132 (1985); ver también, Thompson Fong & Rosenhan, Inadmissible Evidence and Juror Verdicts, 40 J. Personality & Soc. Psych. 453 (1981); Teitelbaum, Sutton-Barbere & Johnson, Evaluating the Prejudicial Effect of Evidence..., 1983 Wis. L. Rev. 1147; Note,

To Take the Stand or Not to Take the Stand: The Dilemma of the Defendant with a Criminal Record, 4 Colum. J.L. & Soc. Prob. 215, 221-222 (1968).

En presencia de estas dificultades, el Comité decidió preparar un comentario que recogiese los aspectos fundamentales de la regla, y dejar para el futuro cualquier propuesta de enmienda.

Varias áreas de conflicto han surgido en torno a la Regla 46 y su contraparte la Regla 609 Federal. Los epígrafes serían numerosos si quisiéramos entrar en detalles. Dos cuestiones, sin embargo, predominan en la jurisprudencia. La primera cuestión tiene que ver con los delitos que envuelven "deshonestidad" o falso testimonio. La jurisprudencia federal ha dado muestras de las mayores vacilaciones no sólo en cuanto al contenido de la definición, sino también en cuanto a su necesidad. La segunda cuestión importante bajo esta regla es la relativa al "balance de intereses". Se trata de una materia especialmente prolija respecto a la que sólo podemos enunciar generalidades.

En lo referente a los delitos que envuelven deshonestidad, la comprensión histórica es esencial. Ver McCormick, On Evidence, sec. 43 (1972). Muchos intérpretes opinan que se trata de un término equívoco. Sin embargo, la idea general en esta materia se reduce a una aparente pero grullada: sólo es admisible evidencia de convicción por delito cuya naturaleza sea pertinente a la credibilidad del sujeto.

El CONFERENCE COMMITTEE REPORT ON RULE 609(a)(2) definió el término "deshonestidad o falso testimonio" como "crimes such as perjury

or subordination of perjury, false statement, criminal fraud, embezzlement, or false pretense, or any other offense in the nature of crimen falsi, the commission of which involves some element of deceit, untruthfulness or falsification bearing on the accused's propensity to testify truthfully." (Enfasis original). Conf. Rep. No. 93-1594, 93 rd Cong. 2d Sess. 9, reimpreso en (1974) U. S. Code Cong. & Admin. News, a las págs. 7098, 7113 (supp. 1982).

Los artifices de la Regla 609 Federal consideraron varias alternativas: (1) prohibir absolutamente la impugnación por convicción previa cuando el testigo era el acusado en un juicio criminal, (2) admitir solamente crímenes que reflejaran falso testimonio ("crimen falsi"), (3) excluir los delitos similares a aquél por el cual se estaba juzgando al acusado, (4) admitir la evidencia de convicciones previas sólo si antes el acusado presentaba prueba de su carácter veraz, (5) hacer remisión en todo caso a la discreción judicial, (6) la admisibilidad, como regla general, de prueba de convicción previa con fines impugnatorios. Weinstein's Evidence, supra, sec. 605, 609(01) (supp. 1985).

En el Congreso, como dijimos, la Regla 609 generó un intenso debate. El producto final reflejó tanto compromisos como ambigüedades. En la actualidad, la regla permite la impugnación de testigos mediante evidencia de convicción por delito grave aunque no envuelva deshonestidad o falso testimonio; en estos casos el tribunal conserva discreción para no admitir la prueba. Sin embargo, los delitos que sí poseen tales elementos (deshonestidad o falso testimonio)

no quedaron sujetos, en principio, al balance o discreción judicial. "Congress determined that such so-called crimen falsi convictions are peculiarly probative of credibility and "under this rule, are always to be admitted." H. R. Conf. Re. No. 93-1577, 93rd Cong., 2d Sess. at 4, reprinted in (1974) U.S. Code Cong. & Admin. News at 7089, 7103. Indeed, the legislative history reveals that, after early Congressional criticism, the Rules' drafters deleted a third paragraph in Rule 609 which would have expressly incorporated the Rule 403 balancing test. See United States v. Kiendra, 663 F. 2d 349, 354-355, (1st. Cir. 1981) (citing H.R.Doc. No. 93-46, at 21 (1973)". Emerging Problems Under the Federal Rules of Evidence, pág. 159.

Para un resumen del historial legislativo de la Regla 609 Federal, consúltese, United States v. Lipscombs, 702 F. 2d 1049 (1983); Saltzburg & Redden, Federal Rules of Evidence Manual, 519-521 (4ta. ed. 1986).

Bajo nuestra Regla 46, por el contrario, sólo es admisible la evidencia de convicción por delito que, independientemente de su clasificación, envuelva deshonestidad o falso testimonio. Aún más, a pesar de que el delito implique deshonestidad o falso testimonio, el tribunal puede excluirlo, por lo menos cuando se trata de impugnar al acusado. Para una crónica de la aprobación de la Regla 46, consúltese, l Chiesa, Práctica Procesal Puertorriqueña, Evidencia, págs. 210, et.seq.(1985)

La cuestión de qué delitos envuelven deshonestidad o falso

testimonio ha sido entregada, a la larga, a la jurisprudencia. Bajo la Regla 609 no existe unanimidad de criterios ya que el Tribunal Supremo Federal raramente resuelve este tipo de "issue". Por ejemplo, ni la jurisprudencia federal ni la de aquellos estados que han seguido el modelo de la Regla 609(a) "ad verbatim", se han puesto de acuerdo en torno a si los delitos contra la propiedad robos, apropiaciones ilegales, e.t.c., envuelven deshonestidad dentro del significado de la regla. En estas jurisdicciones la distinción es tan delicada como importante ya que si el tribunal determina que un delito cualquiera envuelve deshonestidad, la convicción es automáticamente admisible y aquel no tiene discreción bajo la Regla 403 (R-19), para excluir la prueba por perjuicio. Aunque éste es el criterio mayoritario, United States v. Kiendra, 663 F.2d 349 (1981); United States v. Leyva, 659 F.2d 118-121-122 (1981), cert. den. 454 U.S. 1156 (1982) y United States v. Toney, 615 F.2d 277, 279-280 (1980), existe alguna jurisprudencia federal que ha intimado, via dictum, que la Regla 403 Federal es aplicable en el contexto de la 609(a)(2). United States v. Provenzano, 620 F.2d 985, 1003 N.23, cert. den. 449 U.S. 899 (1980); United States v. Smith, 551 F.2d 348, 358-359 N.20 (1976). Como se ha dicho, "the corollary to the apparent nonapplicability of Rules 403 in the crimen falsi context has been the narrow interpretation given by the federal courts to the category of crimes encompassed by Rule 609(a)(2). Emerging Problems...supra, págs. 160-161.

Los circuitos federales, en su gran mayoría, han considerado

este tipo de delitos (contra la propiedad) bajo la Regla 609(a), es decir, aquéllos no conectados con la "deshonestidad o el falso testimonio." Id. pág. 161. Pero véase, United States v. Kiendra, 663 F.2d 349 (1981); United States v. Wilson, 536 F.2d 883, cert. den. 429 U.S. 982 (1976). Los estados están totalmente en desacuerdo sobre este punto. Compárense, Jaramillo v. Fisher Controls Co., Inc., 698 P.2d 887 (1985); State v. Page, 449 So. 2d 813 (1984); Webster v. State, 680 S.W. 2d 906 (1984); State v. Taliaferro, 442 N.E. 2d 481 (1981); People v. Spates, 395 N.E. 2d 563 (1979) y Richardson v. State, 579 P. 2d 1372 (1978); State v. Gobley, 366 N. W. 2d 600 (1985) (todos resuelven que los delitos de robo son crimen falsi), con, State v. Reitz, 705 P.2d 762 (1985); State v. Harris, 685 P.2d 584 (1984); State v. Darveaux, 318 N. W. 2d 44 (1982) y State v. Ellis, 303 N.W. 2d 741 (1981) (todos resuelven que este tipo de delitos no son crimen falsi).

En relación con este asunto, se ha discutido ampliamente en la jurisprudencia si puede el tribunal examinar las circunstancias y el modo en que un delito cualquiera se comete, en el proceso de llegar a una determinación sobre su admisibilidad. Se dice que, en ocasiones, aunque el delito en sí no incluya un elemento de engaño o falsedad, por la forma en que se comete, resulta pertinente para evaluar la credibilidad de un sujeto. Por ejemplo, la convicción por apropiación ilegal sería admisible si el delito se cometió mediante treta y engaño.

El conjunto de la jurisprudencia federal favorece esta práctica

para los casos de delitos contra la propiedad o relacionados con narcóticos. Véase United States v. Grandmont, 680 F.2d 867 (1982); United States v. Glenn, 667 F.2d 1269, 1272-1273 (1982); United States v. Whitman, 665 F.2d 313, 320 (1981); United State v. Gunningham, 638 F.2d 696, 698 (1981); United States v. Barnes, 622 F.2d 107, 110, (1980); United States v. Hastings, 577 F.2d 38, 41 (1978). Sin embargo, en United States v. Lewis, 626 F.2d 940, 946 (1980) se expresó que el tribunal sólo debe atender a los elementos constitutivos del delito y no a las circunstancias de su comisión.

La materia relativa al "balance de intereses" presenta el problema principal de qué providencias especiales hay que tomar en aquellos casos en que el testigo que se desea impugnar resulte ser el acusado. Es decir, el peligro que representa que un jurado "asocie" el delito imputado y la convicción previa, a pesar de que la evidencia se ofrezca sólo a los fines de impugnación. 3 Louisell-Mueller, Federal Evidence, sec. 315, pág. 318 (1979).

Los criterios propuestos son tanto de orden sustantivo, como de orden formal, tanto simples como complejos. Existen también otros problemas relacionados. ¿Qué factores ha de tomar en consideración el tribunal al realizar el balance? En vista de la referencia que se hace en el inciso (B) de la regla al "acusado", ¿aplica el "balance" a los casos civiles? ¿Cómo se altera el balance cuando es la propia defensa la que ofrece evidencia de una convicción anterior para impugnar la veracidad de un testigo de cargo?

A primera vista, parecería ser que el balance al que se refiere

la Regla 46 aplica solamente cuando es el acusado el testigo a impugnar. Ciertamente, si es el acusado quien ofrece evidencia de una convicción anterior para impugnar la veracidad de un testigo de cargo, el tribunal no tiene discreción para excluir la prueba. United States v. Nevitt, 563 F. 2d 406, 408-409 (1977), cert. den. 444 U. S. 847 (1979); United States v. Martin, 562 F. 2d 673, 680-681 N. 16 (1977); United States v. Ortega, 561 F. 2d 803, 806 (1977). En estas circunstancias, el derecho a la confrontación del acusado pesaría más que cualquier factor de perjuicio. Véase, sin embargo, United States v. Cunningham, 638 F.2d 696, 697-698 (1981); United States v. Barnes, 622 F.2d 107, 110 (1980) (se excluye la oferta de una convicción previa de un testigo de cargo, por un delito de apropiación ilegal o "shoplifting conviction"); United States v. Thompson, 559 F.2d. 552, 554 (1977).

Como ya indicamos, varios estados han modificado este lenguaje para extender el balance a favor de todo testigo, sea o no el acusado. De hecho, el lenguaje que contiene la regla federal (en este punto también limitado al acusado) ha creado una gran dosis de confusión entre los circuitos de apelaciones en relación a si el tribunal tiene alguna discreción para excluir prueba de convicciones previas de un testigo del demandante. Compárese, United States v. Ortega, 561 F.2d 803, 806 (1977) (en contra de balance alguno), con, Shows v. M.V Red Eagle, 695 F. 2d 114 (1983) y Czajka v. Hickman, 703 F 2d 317 (1983) (aplica la regla 403) y Roshan v. Fard, 705 F. 2d 102, 104 (1983) (balance sólo aplica en el caso del acusado);

véase también, Fortado v. Bishop, 604 F.2d 80, 93-94 (1er. Circ. 1979) (a favor de la regla 403).

También se invoca a favor de la ampliación de este criterio, el hecho de que de esta forma no habría dudas en torno a que el tribunal tiene discreción para excluir la prueba de convicción previa de un testigo de cargo en un caso criminal. Algunos intérpretes han sugerido que, en este punto, tanto el acusado como el gobierno debieran estar en igualdad de condiciones. Ver, Note, Impeachment with Prior Convictions Under Federal Rule of Evidence 609(a)(1): A Plea for Balance, 63 Washington Univ. L. Q. 469 (1985).

Con respecto a los factores que ha de tomar en consideración el tribunal al realizar el "balance", la mayoría de los tribunales han adoptado los cinco factores enumerados en Gordon v. United States, 383 F.2d 936 (1967) y en United States v. Mahone, 937 F.2d 922, 929, cert. den. 429 U. S. 1025 (1976): (1) naturaleza del delito por el cual fue convicto el testigo, (2) tiempo o momento de la convicción e historial posterior del testigo, (3) similitud entre el delito anterior y aquél por el cual se está juzgando al acusado, (4) importancia del testimonio del acusado, (5) centralidad del asunto de credibilidad.

El factor número (3) tiene especial importancia en el caso del acusado; a mayor similitud entre el delito por el cual se está juzgando al acusado y el delito mediante el cual se impugna su veracidad, mayor probabilidad de efecto perjudicial. No existe, sin embargo, una regla absoluta sobre exclusión de convicciones

similares. Compárese, United States v. Preston, 608 F.2d 639 n. 18 (1979), con, United States v. Lewis, 626 F.2d 940, 950-951 (1980); consúltese también, People v. Ward, 351, N.W. 2d 208 (1984); State v. Gravley, 359 N. W. 2d 681 (1984); State v. Kyles, 692 P.2d 706 (1984). Claro está, cuando el delito por el cual se juzga al acusado y el delito mediante el cual se impugna es el mismo, el balance debiera inclinarse a priori a favor de la exclusión. State v. Lindamood, 693 P.2d 753 (1985). Pero no existe tampoco una regla de exclusión "per se", aun en este supuesto. Ver, State v. Nylund, 371 N.W. 2d 35 (1985); State v. Dye, 371 N.W. 2d 47 (1985).

El factor "tiempo" tiene importancia en Puerto Rico cuando la convicción no tiene más de (10) años; "si tuviera más se excluiría por remota sin necesidad de acudir al 'balance'." Chiesa, Evidencia de carácter..., 15 Rev. Jur. U. I. pág. 76 (1980). Mientras más remota sea una convicción al momento del juicio, menor es su valor probatorio a fines de evaluar credibilidad. Ver, State v. Griffin, 487 A. 2d 247 (1984); State v. Sands, 365 N.W. 2d 391 (1985).

La Regla 609 Federal no especifica el momento en el que el tribunal debe determinar si es o no admisible la prueba de convicción para fines de evaluar credibilidad. Nuestra Regla 46(B) declara (en cuanto al acusado) que la evidencia de convicciones previas es inadmisibile "a menos que se determine por el juez, en ausencia del jurado...que su valor probatorio...es sustancialmente mayor que su efecto perjudicial".

En la jurisdicción federal, la mayoría de las dificultades que surgen bajo la regla 609 son resueltas por el tribunal preliminarmente ("in limine") en especial, --según aconseja la doctrina-- en las ocasiones en que el testigo es el propio acusado. Emerging Problems..., *supra*, pág. 167. Sin embargo, en términos generales, este aspecto del "timing" bajo la Regla 609 continúa siendo materia de discreción judicial. United States v. Kiendra, *supra*, a la pág. 352; United States v. Cook, 608 F.2d 1175, 1186 (1979), Cert. den. 444 U. S. 1034 (1980); United States v. Johnson, 588 F.2d 961, 963, cert. den. 440 U. S. 985 (1979); United States v. Cavander, 578 F.2d 528, 530-531 n.5 y texto (1978); United States v. Langston, 576 F.2d 1138, 1139 cert. den. 439 U.S. 932 (1978); United States v. Mahone, *supra*, a las págs. 928 - 929.

Hasta hace poco tiempo la práctica federal más aceptada era permitir que un acusado que no testificaba luego de una determinación preliminar desfavorable (y que por lo tanto estaba sujeto a ser impugnado si declaraba) cuestionara en apelación dicha determinación. La jurisprudencia estatal había confirmado reiteradamente este principio. State v. McClure, 692 P. 2d 579 (1984), State v. McBride, 357 N.W. 2d 395 (1984); State v. Kaloske, 676 P.2d 456 (1984); Beck v. Arkansas, 676 S.W. 2d 740 (1984); State v. Sisneros, 670 P.2d 721 (1983); Hall v. Oakley, 409 So. 2d 93 (1982); People v. McBride, 319 N.W. 2d 535 (1982). Sin embargo, el caso de Luce v. United States, 105 S. Ct. 460 (1984), modificó radicalmente esta costumbre, para propósitos federales. Después de Luce, los tribunales estatales se

han dividido sobre esta cuestión. State v. McClure, 692 P. 2d 579 (1984) (en desacuerdo con Luce); State v. Means 363 N.W. 2d 565 (1985) (sigue a Luce sin comentario); Apodaca v. People, 712 P. 2d. 467 (1986) (Luce distinguido) State v. Chapman, 496 A. 2d 297 (1985).

En algunas jurisdicciones se han establecido garantías formales y/o adicionales (ya en las reglas o en la jurisprudencia), y que persiguen prevenir aún más, en lo posible, el efecto perjudicial de la prueba de convicción previa para fines de impugnación.

Ya hablamos al principio del requisito de notificación previa (Alaska, Michigan, South Dakota, Texas y Wisconsin). En otros sitios se exige que el juez articule para "record" el balance entre valor probatorio y efecto perjudicial, antes de que la evidencia sea admisible. State v. Williams, 698 P.2d 678 (1985); State v. McCafferty, 356 N. W. 2d 159 (1984); People v. Blackburn, 354 N. W. 2d 807 (1984); State v. Rhodes, 681 P.2d 841 (1984); State v. Jones, 677 P.2d 131 (1984); State v. Jackson, 689 P.2d 76 (1984). Sin embargo, en ausencia de una demostración de perjuicio concreto se ha excusado la falta de unas determinaciones específicas. State v. Poland, 698 P.2d 183 (1985); State v. Perkins, 686 P.2d 1248 (1984); People v. Miller, 372 N. W. 2d 329 (1985); People v. Gendron, 376 N. W. 2d 143 (1985).

Otro modo peculiar de proteger al acusado ha sido la práctica de evitar llamar al delito previo por su nombre; en su lugar, algunos tribunales al referirse al mismo, (obviamente en los casos por

jurado) se han pronunciado, sin más, en términos de "delito de des-honestidad". State v. Chase, 490 A. 2d 208 (1985). Ello tiene im-portancia cuando la convicción previa resulta ser por un delito similar a aquél por el cual se juzga al acusado. State v. Sims, 692 P.2d 575 (1984); State v. Perkins, *supra*; State v. Dickson, 329 N.W. 2d 630 (1983). Pero véase, sin embargo, Johnson v. City of Fairbanks, 703 P.2d 442 (1985); People v. McBride, 319 N.W. 2d 535, 536-537 (1982).

En fin, hemos visto como las distintas jurisdicciones responden a concepciones doctrinales y a métodos diferentes.

"The debate concerning the value of impeachment by prior conviction versus its potential for prejudice has no easy resolution. The likelihood for uniformity in this area appears to be nil. Each state has enacted whatever it perceives as fair, and each federal circuit interprets Rule 609 consistent with its own philosophy. Unless definitive empirical studies are undertaken which reveal the extent to which jurors misuse such evidence it is unlikely that any consensus will ever be reached on this issue. Emotions rather than reason currently dictate discussion of this issue". 3 State Rules of Evidence Project, Trial Evidence Committee, Section of Litigation A.B.A. Regla 609, pág. 26 (1986 Preliminary Draft).

Para los incisos (C) y (D) de la regla, el Comité sólo tiene unas observaciones generales.

Se ha señalado, por ejemplo, el conflicto potencial entre el inciso (C) -convicción remota- y otras disposiciones de ley o de política pública.

Bajo nuestra Regla 46 no es admisible evidencia de una convicción que a la fecha del juicio tuviese más de diez (10) años o

hubieren transcurrido más de diez (10) años de la fecha de la excarcelación del testigo, lo que fuese posterior. Normalmente, la excarcelación será posterior al momento de la convicción.

Puede ocurrir que al momento del juicio hayan transcurrido más de diez (10) años desde la fecha de la convicción, pero que ésta no se considere remota bajo la Regla 46(C). Nótese que la regla no parece reconocer toda la política pública a favor de la rehabilitación de las personas convictas de delito. En cierto modo, preferir la excarcelación como el momento clave a partir del cual comienza a correr el término de los diez (10) años significa ignorar, de entrada, todo el período de reclusión y su efecto potencialmente rehabilitador. Incluso en los casos de delitos menos graves, podría darse la situación de que la convicción estuviese eliminada del récord penal del testigo (34 L.P.R.A. secs. 1731-1733) y aun así estar éste sujeto a ser impugnado por convicción previa. El ordenamiento penal, para la determinación de la reincidencia, también adopta el criterio de la excarcelación al disponer que "no se tomará en consideración un delito anterior si entre éste y el siguiente han mediado (10) años desde que la persona terminó de cumplir sentencia por dicho delito..." (Artículo 61 del Código Penal; 33 L.P.R.A. sec. 3301(a)).

El Comité sólo ha querido dejar constancia, por el momento, de su preocupación sin adoptar una postura final sobre este asunto de delicada política pública.

El inciso (D) de la regla establece que no es admisible la

evidencia de la convicción si el testigo obtuvo el indulto, perdón, anulación de sentencia a base de una determinación de inocencia o rehabilitación. Obviamente si el testigo era inocente o se rehabilitó, ya no hay base para que el juzgador reciba evidencia sobre e particular. Chiesa, Evidencia de Carácter, supra, pág.74. Aunque la materia relativa a los indultos desborda el cuadro del derecho probatorio, la regla parece exigir, de la faz del documento, una determinación sobre rehabilitación. De otra forma, sería cuestionable su valor para propósitos de esta regla.

Regla 47. Manifestaciones anteriores

(A) No será necesario que se muestre o se lea a un testigo parte alguna de un escrito al interrogársele para impugnar su credibilidad mediante lo manifestado en tal escrito, pero si así se solicitare, el juez deberá exigir que se indique al testigo la fecha y lugar del escrito y la persona a quien fue dirigido. Si así se solicitare, el juez deberá ordenar la presentación del escrito para el examen del abogado de la parte contraria.

(B) A menos que los intereses de la justicia requieran lo contrario, no se admitirá evidencia extrínseca sobre una declaración hecha por un testigo que resulta inconsistente con cualquier parte de su testimonio en el juicio o vista, a menos que se le haya dado la oportunidad de explicar o negar dicha declaración. Este inciso no es de aplicación a las "admisiones" conforme a la Regla 62.

Enmienda Propuesta

Regla 47. Manifestaciones anteriores y evidencia extrínseca de prejuicio, interés o parcialidad.

(A) No será necesario que se muestre o se lea a un testigo parte alguna de un escrito al interrogársele para impugnar su credibilidad mediante lo manifestado en tal escrito, pero si así se solicitare, el juez deberá exigir que se indique al testigo la fecha y lugar del escrito y la persona a quien fue dirigido. Si así se solicitare, el juez deberá ordenar la presentación del escrito para el examen del abogado de la parte contraria.

(B) A menos que los intereses de la justicia requieran lo contrario, no se admitirá evidencia extrínseca sobre una declaración

Las dos primeras interrogantes, según contestadas por el Tribunal Supremo, son codificadas en la propuesta Regla 47(C).

Sobre la primera interrogante -si exigir o no el requisito de sentar bases- el tribunal concluye en la afirmativa. "La regla de exigir que se establezcan las bases en caso de una parte tener la intención de presentar prueba independiente sobre prejuicio, interés o parcialidad de un testigo, está cimentada sólidamente en fundamentos lógicos, jurídicos y prácticos", (113 D.P.R. 138, 146). Pero, a renglón seguido, el tribunal expresa que no puede ser una regla absoluta:

"Por otro lado, la imposición de criterios rígidos y absolutos es extraña a nuestro ordenamiento procesal y evidenciario. Tiende a opacar la figura central del magistrado y a reducirle la función rectora de adjudicar, según su conciencia individual en cada caso. Los mismos intereses de la justicia que guían el discernimiento bajo la Regla 47(B) citada, debe prevalecer en la solución y aplicación de la norma" (Id.).

En cuanto a la tercera interrogante -el modo de sentar las bases- el Tribunal Supremo se expresó así:

"Finalmente, no es necesario un ritual especial para sentar las bases. No existe una fórmula especial. El método generalmente aceptado es contrainterrogar al testigo adverso en torno al asunto específico en que descansa el alegado prejuicio, llamándole la atención respecto a factores tales como tiempo, sitio, personas y circunstancias envueltas, de forma tal que tenga oportunidad cabal de admitir, negar o explicar el asunto. Como incidente que se produce durante el interrogatorio, se puede optar por preguntas directas sobre su estado de ánimo o interés o por preguntas indirectas más sutiles y sofisticadas que abonen a la falta de credibilidad. Lo importante es que se le dé la oportunidad al testigo hostil de aceptar, negar o explicar el motivo de parcialidad, prejuicio o interés que se va a presentar posteriormente mediante prueba

extrínseca". (énfasis suplido, 113 D.P.R. 138, 146-147).

La enmienda propuesta codifica el subrayado, es decir, la esencia de sentar las bases en cualquier modalidad: dar oportunidad al testigo de admitir, negar o explicar.

También se recomienda una enmienda en el apartado (B) de la Regla. La idea es que lea, "a menos que se le dé...", en lugar de, "a menos que se le haya dado...". Esta última versión sugiere que primero es necesario darle la oportunidad al testigo de negar o explicar la declaración, para que la evidencia extrínseca sea admisible, cuando en realidad se puede admitir la evidencia extrínseca y luego brindarle la oportunidad de explicar o negar. Lo importante es que se le dé la oportunidad, "a menos que los intereses de la justicia requieran lo contrario".

El comentario del ADVISORY COMMITTEE a la regla 613(b) Federal dice:

"The traditional insistence that the attention of the witness be directed to the statement on cross-examination is relaxed in favor of simply providing the witness an opportunity to explain and the opposite party an opportunity to examine on the statement, with no specification of any particular time or sequence". (Énfasis suplido).

Recientemente, la profesora Berger ha ofrecido una tesis que, a nuestro entender, explica de modo bastante original la razón de ser histórica del requisito de sentar las bases que esta regla exige. Nótese que este comentario -que citamos en extenso- se ajusta perfectamente a nuestra realidad, ya que nuestra Regla 63 difiere sustancialmente de la Regla 801(d)(1)(A) Federal. Paradójicamente, la

Regla 613 (B) Federal (que actualmente lee "unless the witness is afforded...") debiera leer, de forma consistente con la versión de la Regla 801(d)(1)(A) aprobada finalmente por el Congreso, "until the witness is afforded..." Esta es la enmienda que la profesora Berger recomienda para la regla 613(B) federal, precisamente lo opuesto a lo que hoy nosotros recomendamos para nuestra Regla 47 (B).

Although the traditional foundation is still generally laid in cases tried in the federal court, normal insistence that the attention of the witness must first be directed to the statement is relaxed by the Federal Rules of Evidence. Rule 613(b) merely requires that the witness be afforded an opportunity to explain or deny, and that the opposite party be afforded an opportunity to examine the witness concerning the statement; a particular time or sequence is not mandated.

Persuant to Rule 613(b), extrinsic proof may thus be introduced before the witness is allowed to admit, deny or explain the prior statement. Moreover, what is important under Rule 613(b) is the opportunity to deny or explain, not whether any denial or explanation actually occurs. The foundation requirement is satisfied if the witness remains available for recall by the calling party later in the course of the trial, even if that party chooses not to recall the witness. Rule 613(b), in addition, provides that the opportunity to explain or deny may be refused altogether to a witness where the interests of justice so require. Thus, for example, if counsel does not learn of an inconsistent statement until after a witness ceased being amenable to the court's jurisdiction, the court has discretion to allow the impeachment absent the foundation. The provision of Rule 613(b) relating to an opportunity to explain or deny does not apply to statements admitted not only to impeach but also as substantive evidence, such as, for example, an admission of a party-opponent

pursuant to Rule 801(d)(2), with the exception of those statements admitted as substantive evidence solely by virtue of operation of Rule 801(d)(1)(A).

* * * *

It is suggested that the rationale for Rule 613(b) derives from a combination of two factors: (1) Rule 801(d)(1)(A), as proposed by the Advisory Committee and the Supreme Court, made all prior inconsistent statements substantive evidence, and (2) lawyer incompetence as perceived by the Advisory Committee.

To understand why the Advisory Committee recommended Rule 613(b), one must keep in mind that if prior inconsistent statements are admissible only for purposes of impeachment, the foundation requirement fosters the use of such statements to affect credibility while discouraging the trier of fact from giving them substantive consideration. In practice, the foundation requirement serves to place a prior statement in juxtaposition with the testimony at trial of the witness sought to be impeached. In addition, by enabling the witness to admit that a prior statement is own, the foundation requirement reduces the likelihood that extrinsic evidence of the prior inconsistent statement will be introduced, evidence which is much harder for the jury not to accept substantively. Under the scheme of the proposed federal evidence rules, however, all prior inconsistent statements were to be admissible as substantive evidence pursuant to Rule 801(d)(1)(A). With the substantive admissibility of all such prior statements, this objective fostered by the foundation requirement was no longer relevant, and a practical consideration became paramount. For some unknown reason, trial lawyers often forget, or in some cases never learn, how to lay a proper foundation for extrinsic evidence. The Advisory Committee politely referred to such forgetfulness or incompetence as the "dangers of oversight." With substantive admissibility, these "oversight(s)" could be legitimized by permitting introduction of prior inconsistent statements at any time, so

long as the witness was eventually given an opportunity to deny or explain. (Enfasis suplido) American Bar Association, Section of Litigation, Proposed Amendments to the Federal Rules of Evidence. (A Symposium, February 22, 1985, Georgetown University Law Center, Washington, D. C.) págs. 69-72.

Regla 48. Creencias religiosas

No es admisible evidencia sobre creencias religiosas o carencia de ellas, para impugnar o sostener la credibilidad de un testigo.

COMENTARIOS

Esta regla está fundamentada tanto en razones de valor probatorio, como en razones de política pública vinculada a la libertad de culto y a la separación de Iglesia y Estado. En cierta medida, la regla es necesaria pues bajo la Regla 18 y la Regla 44 (B) las creencias religiosas podrían ser pertinentes para impugnar o sostener credibilidad. Así el abrazar una religión que incluye entre sus mandamientos o imperativos el "No mentirás" sería pertinente en el sentido liberal de la Regla 18 para fines de aquilatar la credibilidad de un testigo. Aunque la Regla 19 podría resultar suficiente para su exclusión, es deseable una regla específica de exclusión; tal es la función de la Regla 48.

El Comité hace hincapié en que la Regla 48 sólo tiene el efecto de excluir lo relativo a creencias religiosas como indicador de credibilidad sin perjuicio de que tales creencias resulten admisibles como prueba de impugnación por prejuicio o parcialidad bajo la Regla 44(B) (4). El "ADVISORY COMMITTEE NOTE" de la Regla Federal 610 aclara esto nítidamente:

"While the rule forecloses inquiry into the religious beliefs or opinion of a witness the purposes of showing that his character for truthfulness is affected by their nature, an inquiry for the purpose of showing interest or bias because of them is not within the prohibition. Thus disclosure of affiliation with a church which is a party to the

litigation would be allowable under the Rule - Cf-Tucker v. Reil, 51 Ariz. 357, 77 P. 2d 203 (1938). To the same effect, though less specifically worded, is California Evidence Code Sec. 789. See Wigmore sec. 936."

En igual sentido se pronuncian Louisell & Mueller, 3 Federal Evidence, sec. 329, pág. 386, ed. 1979, "Where religious affiliation may be or upon the motive of bias of a witness, nothing in Rule 610 bars injury or evidence along this line". Que nuestra Regla 48 siga el texto de la sección 789 del Código de Evidencia de California y no la Regla Federal 610 no es significativo, pues nuestras Reglas se apartan del modelo federal en cuanto a impugnación de testigos. Así también en Weinstein's Evidence, al referirse a la Regla 610 se aclara:

"Rule 610 bars evidence of religious adherence when, offered for the purpose of showing that the witness credibility thereby impaired or enhanced. Evidence probative of something other than veracity is not within prohibition of the rule. For example, disclosure of affiliation with a church which is a party to the litigation may be admitted as relevant to bias, and adherence to a particular religious sect may have bearing on whether expenditures had been made for medical care in a personal injury case" (Sección 610 [01], pág. 610-2 ed. 1978).

Quede claro pues, que la Regla 48 no impide evidencia de impugnación bajo la Regla 44 (B) (4) a base de afiliación religiosa en casos apropiados, sin perjuicio de exclusión bajo la Regla 19. North Carolina ha añadido la siguiente cláusula a su Regla 610: "provided however, such evidence may be admitted for the purpose of showing interest or bias". El Comité estima que no es necesario enmendar la

Regla 48 y que ésta debe ser interpretada en el sentido antes indicado.

Sin embargo, el Comité también estima que en estos casos cualquier intento de interrogar testigos sobre creencias religiosas debe estar precedido por una determinación del tribunal de que la pertinencia de la prueba excede los intereses de privacidad y el potencial de perjuicio. Véase Mc Cormick, 3ra. Edición (1984) pág. 114.

Por supuesto, la regla no impide el uso sustantivo de evidencia de creencias religiosas o falta de ellas, como en el caso de despido de un profesor de religión en Colegio Católico por ser ateo. Sobre el uso sustantivo de creencias religiosas, véase McKim v.

Philadelphia Transportation Co., 364 A 2d. 122 (1950) y Fort Worth of Denver City Railway Co. v. Travis, 99 S. W. 1141 (1907).

Un claro ejemplo de cuando son permisibles preguntas sobre creencias religiosas es Conrad v. City and County of Denver, 656 P. 2d 662 (Colo. 1983). Allí se trataba de un interdicto para prohibir la exhibición de un pesebre en un edificio público. El tribunal admitió evidencia sobre creencias religiosas para determinar la capacidad para demandar (standing) y para determinar el conocimiento que sobre determinadas prácticas religiosas tenían ciertos testigos al señalar lo siguiente:

"There is no indication in the record that the trial court admitted this evidence for the sole purpose of impeaching or enhancing credibility of the witnesses. On the other hand, the evidence is relevant to the determination of other questions, including the plaintiffs' standing to sue, the personal knowledge of certain witnesses

Regla 49. Escritos para refrescar memoria

(A) Sujeto a lo dispuesto en el inciso (C) de esta regla, testigo, durante su testimonio o con anterioridad al mismo, utilizar un escrito para refrescar su memoria con respecto a cualquier asunto objeto de su testimonio, será necesario presentar en la vista dicho escrito a solicitud de cualquier parte adversa, y a menos que dicho escrito sea presentado, se ordenará la eliminación del testimonio del testigo sobre dicho asunto.

(B) Si se presenta dicho escrito en la vista, la parte adversa puede, si así lo desea, inspeccionar el mismo, contrainterrogar al testigo sobre tal escrito, y presentar en evidencia cualquier parte de dicho escrito que sea pertinente al testimonio del testigo.

(C) Se eximirá la presentación del escrito en el juicio, y el testimonio del testigo no será eliminado, si dicho escrito:

(1) No está en posesión o bajo control del testigo o de cualquier parte que ofreció su testimonio sobre el particular; y,

(2) Dicho escrito no era razonablemente asequible a dicha parte mediante el uso de las cédulas u órdenes para la presentación de evidencia documental o por cualquier otro medio disponible.

Regla Propuesta

A) Sujeto a lo dispuesto en el inciso (C) de esta regla, si un testigo durante su testimonio o con anterioridad al mismo utilizar un escrito para refrescar su memoria con respecto a cualquier asunto objeto de su testimonio, será necesario presentar en la vista dicho escrito a solicitud de cualquier parte adversa, y a menos que dicho

escrito sea presentado, se ordenará la eliminación del testimonio del testigo sobre dicho asunto.

(B) Si se presenta dicho escrito en la vista, la parte adversa puede, si así lo desea, inspeccionar el mismo, contrainterrogar al testigo sobre tal escrito, y presentar en evidencia cualquier parte de dicho escrito que sea pertinente al testimonio del testigo.

(C) Se eximirá la presentación del escrito en el juicio, y el testimonio del testigo no será eliminado, si dicho escrito:

(1) No está en posesión o bajo control del testigo o de la parte que ofreció su testimonio sobre el particular; y,

(2) No era razonablemente asequible a dicha parte mediante el uso de las cédulas u órdenes para la presentación de evidencia documental o por cualquier otro medio disponible.

(3) Sólo se utiliza para refrescar la memoria antes de testificar en corte y en su discreción el tribunal estima que es innecesario requerir su presentación.

COMENTARIOS

Nuestra actual regla proviene de la Sec. 771 del Código de Evidencia de California. No distingue entre escritos utilizados en la vista y escritos utilizados con anterioridad a la vista. Es la regla minoritaria, sólo Nebraska, Nevada, Nueva Hampshire, Oklahoma y Wisconsin, tienen una regla similar a la nuestra. (3 Louisell & Mueller, Federal Evidence, sec. 347.)

La regla federal, según adoptada por el Tribunal Supremo, era idéntica a la nuestra; sin embargo, durante su trámite legislativo

se introdujo una distinción entre escritos utilizados en la vista y aquellos utilizados con anterioridad a la misma. El Congreso temía abrir la puerta para permitirle a la parte adversa expediciones de pesca (fishing expeditions) en los expedientes de la otra parte. Además, en el procedimiento criminal había que proteger a los testigos del gobierno que han prestado declaraciones juradas, para que las mismas no fueran asequibles al acusado hasta el momento de la vista. La regla así aprobada sigue lo resuelto en Goldman v. United States, 316 U. S. 129 (1942), donde se determinó que un acusado no tenía derecho ni en la vista preliminar ni en el juicio a examinar las notas que, previo a su declaración, había utilizado un agente para refrescar su memoria. Además, la regla de evidencia federal tenía que estar cónsone con el "Jencks Act", 18 USC sec. 3500, que dispone que un acusado no tiene derecho a inspeccionar las declaraciones de testigos hasta el momento de la vista. De esta forma se hizo claro que esta regla estaba sujeta a las disposiciones de las reglas de procedimiento criminal.

Por su parte, en Puerto Rico varias reglas tratan sobre este asunto. La Regla 23 de Procedimiento Criminal, dispone que el Ministerio Fiscal deberá entregar copia de las declaraciones juradas de los testigos de cargo que declaren en dicha vista. Por otro lado, la Regla 52 de Procedimiento Criminal dispone que en el acto de lectura de la acusación se le entregará al acusado una copia de la acusación y la lista de los testigos de cargo. Por último, debe

señalarse que la jurisprudencia ha determinado que deberán facilitársele al acusado copia de las declaraciones juradas de los testigos de cargo tan pronto éstos declaren en el juicio. (Pueblo v. Ribas, 83 D.P.R., 386 (1961)).

El Comité propone enmendar esta regla para adoptar una más similar a la federal. La enmienda se refiere a los escritos utilizados para refrescar la memoria antes de la vista. Bajo el inciso C(3) propuesto, el tribunal tendría amplia discreción para determinar cuándo no es necesario presentar el escrito. El Comité estima que como regla general debe requerirse su presentación.

Además, el tribunal estará ahora en mejor posición de balancear los intereses entre el derecho de la parte adversa a ver documentos y por otro lado proteger el producto del trabajo del abogado en relación con la preparación del caso.

El escrito a utilizar el testigo puede haber sido redactado por cualquier otra persona. United States v. Landof, 591 F.2d 36, (1979), United States v. Boyd, 606 F 2d 792 (1979). Este asunto presenta un cambio radical en la regla, pues bajo la anterior, el escrito tenía que ser preparado por el testigo.

El término "escrito" se ha interpretado como que incluye objetos y hasta una declaración producida a través de hipnosis. (Kline v. Ford Motor Co., 523 F 2d 1067 (Cal 1975); U.S. v. Awkard, 597 Fed. 667 (Cal. 1979) cert. den. 444 US 885.

Aunque el alcance del término "vista" ha suscitado alguna

controversia, la mayoría entiende que dicho término debe ser interpretado en su sentido amplio, por lo que incluye deposiciones.

Wheeling Pittsburg Steel v. Underwriters Lab., 81 F.R.D. 8 (1978).

No debe confundirse esta regla con la Regla 65(E), escrito de pasada memoria. Bajo la presente regla, el escrito se utiliza para refrescar la memoria, y en efecto, el escrito produce el efecto deseado de revivir la memoria del testigo. Por esta razón no importa quién preparó el documento, pues el testigo declara de propio conocimiento. Por otro lado, la Regla 65(E) provee para una situación completamente distinta. Allí el declarante no recuerda y desea que escrito se admita como prueba sustantiva. Es por esta razón que el escrito debe cumplir con unos requisitos específicos. Tampoco debe confundirse esta regla con la regla 64(A)(3).

El caso ilustrativo por excelencia sobre esta materia es United States v. Riccardi, 174 F. 2d 883 (1949) Cert. den. 337 US 941 donde se citan con aprobación los comentarios del profesor Wigmore.

(veáse 3 Wigmore On Evidence sec. 725-765 (Chadbourn rev. 1970)).

La producción del escrito utilizado para refrescar la memoria previo a la vista puede ser objetado a base de dos factores; materia privilegiada o producto del trabajo del abogado. Es necesario volver a reiterar que el escrito tiene que ser pertinente a la declaración del testigo. Ahora bien, en aquellos casos donde han sido formulados estos planteamientos el tribunal debe celebrar una vista en cámara, para examinarlos. Solo se permitirá la inspección de aquella porción que no sea privilegiada.

En Jos. Schlitz Brewing Co. v. Muller & Phipps e.t.c., 85 F.R.D. 118, (1980), el tribunal aplicando un "balancing test" determinó que la solicitud era en realidad una expedición de pesca en todo el expediente del abogado. Al denegar la solicitud, citó el informe del Congreso (Cámara de Representantes) en el cual expone que no se pierde per se el privilegio por el hecho de examinar ese material previo a la vista.

En Wheeling Pittsburg Steel v. Underwriters Lab., 81 F.R.D. 8 (1978), los testigos antes de la deposición habían utilizado para refrescar la memoria unos expedientes. El tribunal utilizando el "balancing test" determinó que aunque caían bajo la excepción "producto del abogado", la parte adversa tenía derecho a examinarlos porque los documentos ya habían estado sujeto a descubrimiento y contenían el razonamiento o fórmula utilizada para computar los daños. Por el contrario, en James Julian Inc. v. Raytheon, 93 F.R.D. 136 (1983), el tribunal denegó la solicitud por entender que contenía materia privilegiada tanto bajo privilegio abogado cliente como "producto del abogado".

En un caso reciente, Smith & Wesson v. United States, 782 F.2d 1074 (1986), un manufacturero deseaba examinar unos documentos (pruebas de balística) que había utilizado el declarante previo a la vista para refrescar su memoria. El tribunal denegó la solicitud por entender que contenía materia que pudiera catalogarse como secretos del negocio.

Por otro lado, en Puerto Rico en Pueblo v. Arreche Holdum, 114

D.P.R. 99, 115 (1983) el Tribunal Supremo en una nota al calce, n.º 25, hace unas manifestaciones interesantes, pues expresa que el testigo refrescó su memoria con un memorandum preparado por el fiscal en lugar de la usual declaración jurada. Bajo la Regla 49, el acusado tendría derecho a examinarlo, pero como la regla claramente dispone que dicho examen será a "solicitud de la parte adversa" si ésta no hace la solicitud correspondiente, el testimonio no tendría que ser eliminado.

En resumen, el Comité recomienda que se enmiende la regla para incorporar la Regla 612 Federal con la salvedad antes señalada. De esta forma se podrá evitar que una parte, con el propósito de dilatar los procedimientos, exija que se elimine el testimonio de un testigo en lo que se presenta el escrito en corte. Ahora corresponderá al juez, en bien de la justicia (Regla 2) y sujeto a lo dispuesto en la Regla 19, determinar cuando exigirá la presentación del escrito. La balanza deberá, salvo situaciones especiales, inclinarse hacia la presentación del escrito.

Para una discusión del tema, véase 3 Louisell & Mueller, Federal Evidence sec. 347-351; A.B.A., Section of Litigation, Emerging Problems Under Federal Rules of Evidence, pag. 177; 1 Chiesa, Práctica Procesal Puertorriqueña, Evidencia, Vol. I, pag. 230; 82 A.L.R. 473 Ann, "Refreshment of Recollection by Use of Memoranda or the Writing".

Regla 50. Intérpretes

Cuando por desconocimiento del idioma español o cualquier incapacidad por parte de un testigo se haga necesario el uso de un intérprete, éste cualificará como tal si el juez determina que él puede entender o interpretar las expresiones del testigo. El intérprete estará sujeto a juramento de que hará una interpretación y traducción fiel y exacta de lo declarado por el testigo.

COMENTARIO

La presente regla proviene del Art. 405 del Código de Enjuiciamiento Civil. Se aparta de la Regla Federal, Regla 604, en que ésta taxativamente dispone que el intérprete deberá cualificar como perito. Bajo nuestra regla es suficiente que el Juez determine que el intérprete puede realizar su encomienda. La jurisprudencia así lo ha señalado. Pueblo v. Flores, 45 D.P.R. 435 (1933).

Luego de la aprobación de las reglas, el Tribunal Supremo discutió el alcance de las cualificaciones para poder desempeñarse como intérprete en Pueblo v. García Reyes, 113 D.P.R. 843 (1983), donde se reitera la norma de que el intérprete no tiene que ser un perito. Por otro lado, en Pueblo v. Moreno González, 84 J.T.S. 32, el Tribunal Supremo señaló que la ausencia de un intérprete priva a un acusado del debido proceso de ley al no poder carearse efectivamente con los testigos en su contra, ni poder comunicarse adecuadamente con su abogada para planificar y colaborar con su defensa.

En cuanto al aspecto del juramento, basta que el intérprete afirme que hará una traducción fiel y exacta. (Regla 39 de Evidencia). La regla federal, al igual que la nuestra, permite que sea por juramento o afirmación.

Veinticuatro estados han adoptado ad verbatim la Regla 604 Federal. Otros han adoptado versiones particulares, así, Florida y Dakota del Sur disponen que estos servicios se brindarán a personas sordas o que presenten algún impedimento, además de a personas que no hablen el idioma inglés.

Para que el tribunal apelativo esté en mejores condiciones de evaluar si el intérprete realizó su trabajo correctamente, se recomienda la transcripción de los procedimientos utilizando sistemas tales como videos.

Para una discusión del tema, véase A.B.A., Section of Litigation, Trial Evidence Committee, State Rules of Evidence, Cap. 38, Regla 604 (Draft 1986); ABA, Section of Litigation, Emerging Problems Under Federal Rules of Evidence (1983); 1 Chiesa Práctica Procesal Puertorriqueña, Evidencia, pág. 233, (1985).

Regla 51. Opiniones o inferencias por testigos no peritos

Si un testigo no estuviere declarando como perito, su declaración en forma de opiniones o inferencias se limitará a aquellas opiniones o inferencias que estén racionalmente basadas en la percepción del testigo y que sean de ayuda para el mejor entendimiento de su declaración o para la determinación de un hecho en controversia.

COMENTARIOS

Antes de comenzar la discusión de esta regla se debe tener presente el principio general que estableció la Regla 38: "un testigo sólo podrá declarar sobre materia de la cual tenga conocimiento personal". Esta es la primera limitación a que se enfrenta un testigo ordinario. Sin embargo, dicho testigo se enfrenta a otra limitación que versa sobre la forma de declarar: un testigo deberá relatar los hechos por él observados sin llegar a emitir su opinión personal respecto al hecho en controversia. Precisamente un factor a considerar para determinar si un testigo es competente es su destreza para transmitir a otro su propio conocimiento. El llamado testigo no perito o testigo ordinario o testigo lego, es aquel que expone o relata hechos, mientras que el llamado testigo perito es aquel que formula opiniones o hace inferencias.

Sin embargo, la distinción entre hecho y opinión o inferencia es en ocasiones muy sutil. McCormick, On Evidence, sec. 12 pág. 25 2da. ed. 1972, así lo expone con gran precisión:

"It seems fair to observe that the prevailing practice in respect to the admission of the opinions of non-expert witnesses may well be described, not as rule excluding opinions, but as a rule of preference. The more concrete description is preferred to the more abstract. Moreover, it seems that the principal impact of the rule is upon the form of examination. The questions, while they cannot suggest the particular details desired, else they will be leading, must nevertheless call for the most specific account that the witness can give."

El ADVISORY COMMITTEE, en el comentario a la Regla de Evidencia Federal 701, también reconoce que, en ocasiones, es prácticamente imposible para un testigo ordinario declarar sin expresarse en forma de opiniones o inferencias. Por tal motivo, dicha regla federal cambió la norma tajante del derecho común que prohibía al testigo ordinario declarar en forma de opinión.

Nuestra actual Regla 51 recoge esta preocupación, al sustituir el Artículo 381 del Código de Enjuiciamiento Civil (32 L.P.R.A. sec. 1662) por un lenguaje que permite al testigo relatar los hechos en forma de opinión o expresar aquellas inferencias inmediatas que se derivan de sus percepciones sin incluir otras premisas sobre las cuales el testigo no tiene conocimiento.

Esta situación surge como resultado de las propias limitaciones que presenta el lenguaje para expresar ciertos hechos, tales como, el dolor, el sufrimiento, la alegría. Es aquí donde entra en juego la discreción judicial, pues el tribunal sólo debe admitir aquel tipo de opinión que ayude al juzgador y que no sea, de ordinario, susceptible de ser expresada en forma más concreta.

En ciertas ocasiones se justifica el aceptar que un testigo lego exprese su opinión, a saber: cuando el testigo para expresar un hecho formula una conclusión (me sentía bien) o cuando el testigo tiene un conocimiento especializado en esa materia que le permite formular una conclusión (la langosta tenía un fuerte olor a amoníaco, para inferir que la misma estaba descompuesta).

El Tribunal Supremo, en este asunto, ha sido muy liberal. Pueblo v. Marcano Pérez, 86 J.T.S. 12. Así lo demuestra la jurisprudencia que contiene un gran número de situaciones en las que se ha permitido que un testigo exprese variadas opiniones o inferencias. Algunas manifestaciones recientes son: me sentía bien (Pueblo v. Marcano Pérez, 86 J.T.S. 12); el paciente estaba consciente, alerta, comunicativo (Pérez Cruz v. Hospital Concepción, 115 D.P.R. 721 (1984)); percibió un olor como a amoníaco (Julsrud v. Peche de P. R. Inc., 115 D.P.R. 198 (1983)). Un caso que claramente demuestra la liberalidad en la admisión de testimonio de opinión por parte de testigos legos es Ayala v. San Juan Racing Corp., 112 D.P.R. 804, 800 (1982). Allí el Tribunal Supremo, luego de reiterar la norma de que una persona no perito puede declarar sobre el estado de ánimo de una persona, expresa lo siguiente:

"La relación causal entre el incidente y la reclusión del demandante en el hospital ocho días después no era menester probarla mediante testimonio pericial. La prueba circunstancial era suficiente para que el tribunal pudiera inferir esa relación. El testimonio de la esposa del demandante sobre el particular permitía así hacerlo, y dicho testimonio no era inadmisibile. Declaró ella que durante esos ocho días él se

mostraba sumamente nervioso y belicoso y fue eso lo que la llevó a recluirlo. Esas percepciones tuyas eran admisibles. . ."

Puede apreciarse que tanto la Regla 51 como su contraparte federal tienen un enfoque liberal hacia la admisibilidad de opiniones por parte de testigos legos siempre que las opiniones estén basadas en la percepción personal del declarante y sean de ayuda al juzgador. Véase, por ejemplo, Ayala v. San Juan Racing Corp., *supra*. La admisión de dicho testimonio siempre está sujeta a los postulados de la Regla 19 de Evidencia.

El Comité estima que la presente regla no amerita enmienda alguna.

Veintisiete estados han adoptado la Regla 701 ad verbatim. Delaware y Florida han adoptado versiones particulares cuyo propósito es desalentar testimonio de opinión por parte de un testigo ordinario y el mismo debe ser aquel que no requiera conocimiento especializado.

Para una discusión del tema véase Chiesa, Práctica Procesal Puertorriqueña, Evidencia, Regla 51; 3 Louisell & Mueller, Federal Evidence, secs. 375 - 379; Coll Moya, F., La regla de opinión, 12 Rev. Jur. U. In., pág. 543 (1978); American Bar Association, Section of Litigation, Emerging Problems under Federal Rules, Rule 701, American Bar Association, Section of Litigation, Trial Evidence Committee State Rules of Evidence Project, Cap. 50, Regla 701 (Draft 1986).

Regla 52. Testimonio pericial

Cuando conocimiento científico, técnico o especializado sea de ayuda para el juzgador entender la evidencia o determinar un hecho en controversia, un testigo capacitado como perito en relación con la materia sobre la cual va a declarar podrá testificar en forma de opiniones o de otra manera.

COMENTARIOS

Esta regla se refiere a cuándo es permisible el testimonio pericial. El criterio rector es que la prueba pericial sea de ayuda al juzgador. Nuestro Tribunal Supremo ha caracterizado la prueba pericial como "axiliadora" en el desempeño judicial. A estos efectos se expuso claramente en San Lorenzo Trading, Inc., v. Hernández, 114 D.P.R. 704, 709 (1983):

"Cuando esa sabiduría se aplica a la solución de controversias jurídicas penetramos en la dimensión de la pericia de orden procesal, como uno de los medios de prueba personales auxiliares al desempeño judicial. 'El destinatario de la prueba pericial será siempre el Juez, ante el que se practica dicho medio de prueba.' Font Serra, op. cit. pág. 13. Como cualquier otro testigo, la función del perito es dar a conocer la verdad derivada de su conocimiento especializado."

Será de ayuda al juez el testimonio pericial cuando el asunto a dirimir rebase el conocimiento ordinario de un lego, siempre que el testigo perito posea la suficiente experiencia, entrenamiento o educación que le permita ilustrar al tribunal sobre la materia especializada.

Una materia sobre la cual los tribunales han admitido prueba

pericial es la materia médica. Como bien expusiera nuestro Tribunal Supremo hace más de dos décadas en Vda. de Meléndez v. Comisión Industrial, 85 D.P.R. 58, 71, 72, 73 (1962):

"Ni la Comisión, ni nosotros, somos juzgadores versados en las ciencias médicas. De ahí que no es dable asumir aquí el papel de 'tercer perito' y meramente seleccionar. Hay que pesar los criterios en discrepancia, honestos, a la luz de todos los factores de juicio extrínsecos al alcance, razonables y lógicos con independencia en de los elementos mismos en conflicto."

Esta norma fue reiterada posteriormente en Oliveras v. Abreu, 101 D.P.R. 209, 229 (1973) y Canales Velazquez v. Rosario Quiles, 107 D.P.R. 57, 774 (1978).

La razón de ser de la prueba pericial fue expresada elocuentemente por el Tribunal Supremo en San Lorenzo Trading, id. a la pág. 710, al citar con aprobación a los tratadistas Sáez Jiménez y López Fernández:

"La razón de ser de la prueba pericial radica en la imposibilidad de que el juez, por muy hábil y competente que sea, tenga un completo conocimiento técnico en multitud de materias, que cada día van en aumento como consecuencia del perfeccionamiento de la técnica y de la mecánica, lo que determina la necesidad de que personas peritas en la materia puedan ilustrarle, a fin de que su pronunciamiento se ajuste a la realidad material de los hechos, enlazándola con el aspecto jurídico que los mismos presentan. Su fundamento, por tanto, se basa en la fe y credibilidad humana, ya que ante la ignorancia por parte del juzgador en ciertos aspectos materiales debe imperar un principio de confianza en la palabra del hombre que permita asegurar al Tribunal que su fallo se producirá en justicia. J. Sáez Jiménez y E. López Fernández de Gamboa, Compendio de derecho procesal civil y penal, Madrid, Ed. Santillana, 1963, T.I. pág. 938."

Como corolario de lo anterior, no será necesario testimonio pericial cuando de los hechos el juez pueda hacer sus propias inferencias y conclusiones sin necesidad de opinión o ilustración alguna. Así, en Eastern Associated Coal. v. AETNA Cas & Sur. Co. 475 F. Supp. 586 (1979) se resolvió que era inadmisibile testimonio pericial en torno a la interpretación y significado de un contrato de seguro. Según este caso, la complejidad tiene que versar sobre materia extrajurídica. A igual resultado se llegó en United States v. Kupau, 781 F.2d 740 (1986), donde el tribunal no admitió el testimonio de un perito en lingüística ya que mediante dicho testimonio una parte se proponía interpretar el lenguaje ordinario de las palabras, lo que hubiera confundido, en vez de ayudar, al jurado.

Un cambio que introduce tanto nuestra regla como su contraparte federal es que el testimonio pericial puede ser en forma de opiniones "o de otra manera". La regla ha superado la limitación que contenía el artículo 381 del Código de Enjuiciamiento Civil (32 L.P.R.A. sec. 1662), que sólo autorizaba el testimonio en forma de opiniones o inferencias. Ahora la regla permite otra forma de declaración, como sería una disertación sobre un tema sin que el perito llegue a ofrecer conclusiones u opiniones.

En la esfera federal, la Regla 702 de Evidencia trata tanto esta materia como las cualificaciones del perito. Por otro lado, en Puerto Rico la Regla 52 se refiere a cuándo es admisible evidencia pericial mientras que la Regla 53 trata de las cualificaciones.

Un caso que amerita un comentario especial es People v. McDonald, 208 Cal. Rptr 236, 690 P.2d 709, 208 (1984), donde el Tribunal Supremo de California se enfrentó por primera vez al problema de admisibilidad del testimonio de un experto que pretendía declarar en torno a los factores que pueden afectar la identificación de un acusado (eyewitness identification). El ministerio Fiscal se había opuesto a ello alegando que dicho testimonio invadía la función del jurado como juzgador de los hechos.

El tribunal, al descartar esta objeción, señaló que el perito testificaría sobre estudios que ilustraban los factores que pueden alterar la capacidad de una persona para percibir, recordar y comunicar lo que "ha visto". El perito no pretendía impugnar la credibilidad de ningún testigo. La cuestión a determinar era si dicho testimonio era de ayuda al jurado. A estos efectos, expuso que algunos de estos factores no eran del conocimiento común de una persona como, por ejemplo, la identificación de una persona de otra raza. Por consiguiente, el tribunal resolvió que en estas circunstancias dicho testimonio era admisible para ilustrar al jurado, aunque para ello tuviera que referirse a la cuestión última a ser resuelta por el jurado.

El Comité entiende que la regla no amerita enmienda.

Para una discusión, véase, 1 Chiesa Práctica Procesal Puertorriqueña, Evidencia, pág. 241; American Bar Association, Section of Litigation, Emerging Problems under Federal Rules of Evidence, pág. 197 (1983), 3 Louisell & Mueller, Federal Evidence, secs. 382 - 383;

Doyle, Applying Lawyers' Expertise to Scientific Experts: Some Thoughts about Trial Court Analysis of the Prejudicial Effects of Admitting and Excluding Expert Scientific Testimony, 25 W. & M. L. Rev. 619 (1984).

Regla 53. Cualificación como perito

(A) Toda persona está cualificada para declarar como testigo pericial si posee especial conocimiento, destreza, experiencia, adiestramiento o instrucción suficientes para cualificarla como un experto o perito en el asunto sobre el cual habrá de prestar testimonio. Si hubiere objeción de parte, dicho especial conocimiento, destreza, adiestramiento o instrucción deberán ser probados antes de que el testigo pueda declarar como perito.

(B) El especial conocimiento, destreza, experiencia, adiestramiento o instrucción de un testigo pericial podrán ser probados por cualquier evidencia admisible, incluyendo su propio testimonio.

COMENTARIOS

Nuestra regla proviene de la Regla Federal 702. Difiere de ésta en cuanto a su formato, pues, como se dijo al comentar la Regla 52, nuestro ordenamiento ha dividido en dos reglas lo relativo a la admisibilidad del testimonio del perito (Regla 52) y a las cualificaciones del perito (Regla 53), mientras que la Regla Federal 702 trata ambos asuntos en una sola regla.

De presentar una parte objeción al testimonio de un perito por entender que dicho testigo no cualifica como perito, el juez deberá examinar con detenimiento sus cualificaciones para estar en condiciones de decidir si, bajo la Regla 9(A), acepta o no el testimonio del referido perito. La decisión dependerá de si el perito tiene experiencia y/o conocimiento sobre el área que cubrirá en su testimonio. En ocasiones, su aceptación como perito dependerá de

los métodos científicos utilizados como base de su testimonio, pero esta materia será objeto de discusión en la Regla 80.

La presente regla, al igual que las restantes en este capítulo sobre prueba pericial, adopta un enfoque liberal en cuanto a quién puede cualificar, en determinada situación, como perito. No sólo el conocimiento científico cualifica a alguien como perito sino también la experiencia. Este enfoque ya había sido adoptado por el Tribunal Supremo antes de 1979, cuando en National Car Rental v. Caribe Motors, 104 D.P.R. 74 (1975) expresó que la preparación y experiencia de un testigo pueden cualificar a una persona como perito aunque no posea un grado académico formal. Por otro lado, en Pueblo v. Rodríguez Otero, 90 D.P.R. 861 (1964), se permitió que un médico que no tenía licencia testificara como médico. La determinación de si un tribunal acepta a una persona como perito no depende del hecho escueto de tener una licencia, sino más bien de su preparación, entrenamiento y experiencia. Es decir, lo importante es que el testigo esté familiarizado con las teorías médicas o científicas sobre las cuales declarará.

Con posterioridad a la aprobación de las Reglas de Evidencia, en San Lorenzo Trading Inc. v. Hernández, 114 D.P.R. 704, 710-711 (1983), el Tribunal Supremo reitera lo anterior al expresar:

"Nuestras Reglas de Evidencia de 1979 recogen esencialmente el marco conceptual expuesto. Así la Regla 53 implícitamente define como perito a la persona que 'posee especial conocimiento, destreza, experiencia, adiestramiento o instrucción suficientes' sobre un asunto. Su cobertura es dilatada. 'No sólo cualifican los 'expertos' en

sentido estricto (médicos, científicos, arquitectos, ingenieros, e.t.c.), sino cualquier persona que a juicio del juez que preside la causa tiene alguna preparación o conocimiento especial sobre la materia objeto de la declaración. Aun la experiencia se incluye como criterio.' Reglas de Evidencia para el Tribunal General de Justicia, Ed. Equity, 1979, Comentarios sobre la Regla 53, págs. 55-56. Como señala Font Serra, 'una característica de peculiar relieve de la pericia es que, por regla general, se desecha su vertiente teórica. Lo que importa es su utilidad práctica. Es más, una pericia de carácter teórico tiene valor, en cuanto otra persona pueda aplicarla a situaciones reales. Este sentido teleológico de utilidad es de tal importancia, que se llega a calificar la pericia como actividad de tipo práctico, no porque esencialmente lo sea, sino porque, aun cuando se trate de operaciones científicas o artísticas teóricas, se ven desde un prisma técnico'. Op cit., pág. 4".

El Comité entiende que la presente regla no ha suscitado problema. Para una discusión del tema véase: 1 Chiesa, Práctica Procesal Puertorriqueña, Evidencia, Regla 53, pág. 244; American Bar Association, Section of Litigation, Emerging Problems Under Federal Rules of Evidence, Regla 702, pág. 197 (1983).

Regla 54. Contrainterrogatorio de peritos

(A) Sujeto a lo dispuesto en el inciso (B), todo testigo que declare en calidad de perito podrá ser contrainterrogado con igual amplitud y alcance que cualquier otro testigo y, además, podrá ser plenamente contrainterrogado sobre (1) sus cualificaciones como perito, (2) el asunto objeto de su testimonio pericial, y (3) los hechos, datos y circunstancias en que su testimonio se funda.

Regla Propuesta

Todo testigo que declare en calidad de perito podrá ser contrainterrogado con igual amplitud y alcance que cualquier otro testigo y, además, podrá ser plenamente contrainterrogado sobre (1) sus cualificaciones como perito, (2) el asunto objeto de su testimonio pericial, y (3) los hechos, datos y circunstancias en que su testimonio se funda.

COMENTARIOS

Esta regla ha sido tomada parcialmente del Código de Evidencia de California. Las reglas federales no contienen una disposición similar.

El Comité propone enmendar la regla para eliminar la frase "Sujeto a lo dispuesto en el inciso (B)", puesto que dicha regla no contiene tal inciso. La génesis de este error estriba en que la sección 721 del Código de Evidencia de California contiene un inciso (B) que dispone lo siguiente:

"(b) If a witness testifying as an expert testifies in the form of an opinion, he may not be cross-examined in regard to the content or

tenor of any scientific, technical, or professional text, treatise, journal, or similar publication unless:

(1) The witness referred to, considered, or relied upon such publication in arriving at or forming his opinion; or

(2) Such publication has been admitted in evidence.

El propósito que persigue dicho inciso, según señala el Comentario del Law Revision Commission, es prohibir que un perito sea conainterrogado sobre tratados u otras publicaciones técnicas que no fueron consideradas o utilizadas por él al emitir su opinión, y que probablemente resulten inadmisibles bajo los postulados de prueba de referencia. A estos efectos se transcribe en parte dicho comentario:

"However, a rule permitting cross-examination on technical treatises not considered by the expert witness would permit the cross-examiner to utilize this opportunity not for its ostensible purpose -to test the expert's opinion-but to bring before the trier of fact the opinions of absentee authors without the safeguard of cross-examination. Although the court would be required upon request to caution the jury that the statements read are not to be considered evidence of the truth of the propositions stated, there is a danger that at least some jurors might rely on the author's statements for this purpose. Yet, the statements in the text might be based on inadequate background research, might be subject to unexpressed qualifications that would be applicable to the case before the court, or might be unreliable for some other reason that could be revealed if the author were subject to cross-examination. Therefore, subdivision (b) does not permit cross-examination of an expert witness on scientific, technical, or professional works not referred to, considered, or relied on by him."

Precisamente en People v. Kozel, 184 Cal.Rptr. 208, 224, 133 C.A. 3d 507 (1982), el Tribunal Supremo de California tuvo la oportunidad de discutir el alcance del citado inciso al expresar lo siguiente:

"The cross-examination disclosed that the witness possessed detailed knowledge of that edition of the Manual the prosecutor had before him as he questioned her on the characteristics of schizophrenia, and that she had considered the presence or the absence of the symptoms listed in the book in forming her opinion concerning appellant. Where an expert testifies in the form of an opinion, under section 721 subdivision (b) of the Evidence Code, cross-examination is permitted in regard to the content or tenor of any scientific, technical or professional publication if the witness has referred to, considered or relied upon the publication in forming his opinion. Jefferson, California Evidence (1972) Sec. 29-10, pp.523-524, goes farther and states that the law permits cross-examination of an expert witness regarding a publication or report that the witness has 'considered, referred to or read, but upon which he did not rely in forming his opinion.' There was no error in the ruling."

Nótese que bajo nuestra Regla 65(R), -a diferencia de la Regla 803 (18) Federal- son admisibles los tratados como prueba sustantiva a pesar de que los mismos no hayan sido traídos a la consideración del tribunal durante el testimonio del perito, ya fuere en el directo o en el contrainterrogatorio. En este sentido, Puerto Rico adopta la doctrina minoritaria que sostiene que dichos tratados deben admitirse en evidencia puesto que están escritos por profesionales versados en esas materias y los mismos están sujetos a escrutinio público.

En rigor, esta regla no añade mucho a la regulación del contra-interrogatorio de los peritos, ya que bajo las Reglas 43(F) y 58 se alcanzaría el mismo resultado. La utilidad de la regla estriba en despejar cualquier duda sobre si una parte, quien no objeta a la cualificación del perito, puede luego contrainterrogarle sobre sus cualificaciones. Debe señalarse que en el foro federal, aunque no existe una regla específica sobre el contrainterrogatorio de peritos, se ha llegado al mismo resultado a través de la jurisprudencia. En United States v. 10.48 Acres of Land, 621 F.2d 338, 340 (1980) se expresa:

Nonetheless, it is also recognized that the scope and extent of cross-examination of expert witnesses rests in the sound discretion of the trial court and "is not subject to exception unless wholly arbitrary, unreasonable and abusive, and the examination need not be extended to permit interrogation about collateral, immaterial or irrelevant matters." *Id.* at 1402. Accord, United States v. 412.93 Acres, Carbon County, Pennsylvania, 455 F.2d 1242, 1247 (3d Cir. 1972); 6816.5 Acres of Land v. United States, 411 F.2d 834, 839 (10th Cir. 1969).

Recientemente, en Mathes v. The Clipper Fleet, 774 F.2d 980 (Cal. 1985), se reiteró la norma de que el contrainterrogatorio debe circunscribirse a la materia objeto del directo. Además, se señaló que las preguntas debían estar relacionadas con la materia sobre la cual el perito está cualificado para testificar.

Para una discusión del tema, véase l Chiesa, Práctica Procesal Puertorriqueña, Evidencia, Regla 54, pág. 251.

Regla 55. Limitación sobre número de peritos.

El tribunal podrá, en cualquier momento anterior al comienzo del juicio o durante el mismo, limitar el número de peritos que podrán ser presentados por cualquiera de las partes.

COMENTARIOS

La presente regla proviene de la sección 723 del Código de Evidencia de California. No existe una regla federal equivalente, pero obsérvese que sin nuestra Regla 55 se llegaría al mismo resultado a través de otras reglas a saber: Regla 43 - Regla 611 Federal- sobre orden y modo de presentación de la prueba y Regla 19(e) -Regla 403 Federal- sobre innecesaria presentación de prueba acumulativa.

Además, nuestro Tribunal Supremo ya se había expresado sobre este particular, antes de la aprobación de las Reglas de Evidencia de 1979, en Canales Velázquez v. Rosario Quiles, 107 D.P.R. 757, 773 (1978):

"No podemos sancionar una norma que exija indefectiblemente en todo caso el desfile interminable de galenos que de una forma u otra hayan intervenido con un paciente, cuando del testimonio de éste, unido al de uno de los facultativos principales, se reproduce ante el tribunal el cuadro clínico completo."

Para una discusión del tema véase, l Chiesa, Práctica Procesal Puertorriqueña, Evidencia, Regla 55, pág. 252.

Regla 56. Fundamentos del testimonio pericial

Las opiniones o inferencias de un testigo pericial pueden estar basadas en hechos o datos percibidos por el perito o dentro de su conocimiento personal o informados a él antes de o durante el juicio o vista. Si se trata de materia de naturaleza tal que generalmente los expertos en ese campo descansan en ella para formar opiniones o hacer inferencias sobre el asunto en cuestión, la materia no tiene que ser admisible en evidencia.

COMENTARIOS

La regla introduce un cambio fundamental en el modo en que los peritos pueden testificar. Bajo la regla anterior, que seguía la norma tradicional, a un perito sólo le estaba permitido expresar una opinión a base de hechos que le constasen de personal conocimiento o a base de una pregunta hipotética fundamentada en hechos ya admitidos en evidencia. En Pueblo v. Reyes Acevedo, 100 D.P.R. 703, 709, 710 (1972), el Tribunal Supremo expone con claridad la norma existente:

"Bajo la disposición del Art. 19 de la Ley de Evidencia (32 L.P.R.A. sec. 1662), al efecto de que un testigo sólo puede declarar sobre hechos que le constan personal y directamente, se permite al perito expresar su opinión, fundada en sus conocimientos especializados sobre la materia en controversia y que sea pertinente a la misma. Su opinión debe estar basada en sus conocimientos y observaciones propias o en testimonios prestados ante el tribunal por otros y en prueba documental, oída, o leída por él, y no en conocimiento obtenido de informes rendidos por otros fuera del tribunal pues en este caso la opinión se basaría en prueba de referencia.

Es doctrina establecida que cuando está en controversia el estado mental de un acusado, el perito médico no puede basar su opinión en informes y conclusiones de otras personas desconocidas por el jurado y no sostenidas por la prueba, o en informes de otros médicos, o récords de hospital, o en investigaciones de empleados del hospital, o en récords de la oficina del fiscal o en reseñas de juicio publicadas por la prensa, que no han sido admitidos en evidencia."

Precisamente la regla actual, tomada de la Regla Federal 703, pretende liberalizar la regla para admitir testimonio pericial basado en prueba inadmisibles, como por ejemplo, prueba de referencia. Ahora el perito podrá opinar a base de información que no ha sido presentada en evidencia, y hasta en prueba inadmisibles. Lo importante es satisfacer el requisito que impone la oración final de la regla: la información debe estar sustentada en materia de naturaleza tal que generalmente los peritos en ese campo descansan en ella para formar opiniones o hacer inferencias sobre el asunto en cuestión.

Justamente, el alcance de este requisito fue discutido en Dallas & Manis Forwarding Co., Inc. v. Stegall, 659 F.2d 721 (1981). Se trataba allí de una demanda de daños y perjuicios. El demandante deseaba traer como experto al policía que investigó el accidente para que emitiera su opinión sobre su causa. El Tribunal no la admitió pues su base era el testimonio de un empleado del demandante; por consiguiente, no cumplía con los requisitos de la regla.

Además, el testimonio tampoco era admisible bajo la Regla 803(8)(C) (véase comentario a la Regla 65(H)) por la razón de ausencia de confiabilidad en la fuente de información.

A estos efectos es pertinente transcribir el comentario que aparece en la Regla Federal 703. El ADVISORY COMMITTEE señala lo siguiente:

"Facts or data upon which experts opinions are based may, under rule, be derived from three possible sources. The first is the firsthand observation of the witness, with opinions based thereon traditionally allowed. A treating physician affords an example. Rheingold, *The Basis of Medical Testimony*, 15 Vand. L. Rev. 473, 489 (1962). Whether he must first relate his observations is treated in Rule 705. The second source, presentation at the trial, also reflects existing practice. The technique may be the familiar hypothetical question or having the expert attend the trial and hear the testimony establishing the facts. Problems of determining what testimony the expert relied upon, when the latter technique is employed and the testimony is in conflict, may be resolved by resort to Rule 705. The third source contemplated by the rule consists of presentation of data to the expert outside of court and other than by his own perception. In this respect the rule is designed to broaden the basis for expert opinions beyond that current in many jurisdictions and to bring the judicial practice into line with the practice of the experts themselves when not in court. Thus a physician in his own practice bases his diagnosis on information from numerous sources and of considerable variety, including statements by patients and relatives, reports and opinions from nurses, technicians and other doctors, hospital records, and X rays. Most of them are admissible in evidence, but only with the expenditure of substantial time in producing and examining various authenticating witnesses. The physician makes life-and-death decisions in reliance upon them. His validation, expertly performed and subject to cross-examination, ought to suffice for judicial purposes. Rheingold, *supra*, at 531; McCormick - 15. A similar provision is California Evidence Code - 801(b)."

El llamado "reasonable reliance test" que promulga dicha Regla 703 no debe confundirse con la norma esbozada en United States v. Fyre, 54 App. D. C. 46, 293 F. 1013 (1923), tema que será objeto de discusión en la Regla 82, que trata sobre qué tipo de evidencia científica es la utilizada generalmente por la comunidad científica. Fyre impone una norma más estricta que la que establece la referida Regla 703 Federal de Evidencia equivalente a nuestra Regla 56. (Véase: Graham, 4 Evidence and Trial Advocacy Workshop Expert Witness Testimony; Basis of Opinion Testimony- "Reasonable Reliance" 22 Crim. L. Bull. 252, mayo-junio 1986).

En la esfera federal, esta regla ha estado sujeta a crítica desde su adopción por permitir que los peritos fundamenten su opinión en datos o hechos inadmisibles, siempre que para llegar a la misma hayan utilizado aquella información en que generalmente descansan los peritos en ese campo. Se estima que esta regla promueve la utilización de prueba de referencia indirectamente o mediante subterfugio. Los tribunales han emitido opiniones conflictivas sobre el alcance de la frase "reasonably relied", que en nuestra regla equivale a "materia de naturaleza tal que generalmente los expertos..."

Ejemplo de ello es Sharpe v. Safway Scaffolds Co. of Houston, Inc., 687 S. W. 2d 386 (1985), donde el tribunal permitió que el ajustador de la compañía de seguros expresara que en su opinión el accidente fue ocasionado por la negligencia del demandante. Dicha opinión se basó en sus percepciones y en los testimonios de los

testigos oculares. Por tal motivo, el tribunal concluyó que se cumplía con la norma establecida.

El primer circuito, en un caso reciente, Almonte v. National Union Fire Insurance Co., 787 F. 2d 763 (1er Cir 1986), sostuvo el testimonio de un perito investigador a los efectos de que el fuego había sido ocasionado por el esposo de la demandante. Una cosa es testificar que el fuego fue intencional y otra cosa distinta es concluir que alguien en particular lo ocasionó, basada esta conclusión en una entrevista con un tercero que no estaba disponible como testigo. El tribunal de apelaciones hizo la salvedad de que el tribunal de instancia debió investigar preliminarmente el contenido del informe del perito antes de que éste testificara (frente al jurado).

El problema con que se enfrenta el juez de instancia al oír el testimonio pericial es determinar si está basado en datos en los que generalmente confían los expertos en ese campo. Sin embargo, tal distinción en ocasiones es muy sutil. El juez, por ser un "lego" en conocimientos técnicos, no puede saber si esos datos son los generalmente utilizados por los peritos. Para tratar de resolver esta dificultad un tribunal federal en Zenith Radio Corp. v. Matsushita Elec. Indus. Co., Ltd., 505 F. Supp. 1313, 1330 (1980), elaboró la norma de confiabilidad "trustworthiness". Pero esta norma ha sido criticada por Weinstein y Berger (3 J. Weinstein & M. Berger, Weinstein's Evidence sec. 703 (03) pág. 7703-18 (Supp 1983), por considerar que socava la esencia misma de la regla.

Estiman que si los datos fueran independientemente confiables serían admisibles como excepción a la regla de exclusión de prueba de referencia y, entonces, la Regla 703 sería superflua. Sin embargo, esta posición tampoco es del todo correcta, pues no siempre los datos utilizados son admisibles bajo las Reglas 803 - 804 (Reglas 64 - 65 nuestras). Precisamente, en Baumholser v. Amax Coal Co., 630 F.2d 550 (1980), se trataba de una acción de daños en la cual el perito (geólogo) opinó sobre la causa próxima del daño utilizando para ello una encuesta (survey). Nótese que este estudio probablemente no sería admisible bajo ninguna de las excepciones a la prueba de referencia. A estos efectos, expone el tribunal:

"...However, the lack of independent grounds for admissibility does not require reversal. Barnes was testifying as an expert and as such was entitled to rely on hearsay evidence to support his opinion, so long as the evidence was of a type reasonably relied upon by other experts in the field. That evidence need not be independently admissible . . .

Barnes testified that a similar survey was conducted by the Atomic Energy Commission to study the effects of blasts in Colorado. This testimony was uncontradicted and unrebutted. It more than satisfied the threshold inquiry as to whether other experts would rely upon it. This standard has been eloquently expressed in Standard Oil Company of California v. Moore, 251 F. 2d. 188 (9o Cir. 1957), cert. denied, 356 U. S. 975, 78 S. Ct. 1139, 2 L. Ed. 2d 1148 (1958) .

It is common practice for a prospective witness, in preparing himself to express an expert opinion, to pursue pretrial studies and investigations of one kind or another. Frequently, the information so gained is hearsay or double hearsay, in so far as the trier of the

facts is concerned. This, however, does not necessarily stand in the way of receiving such expert opinion in evidence. It is for the trial court to determine, in the exercise of its discretion, whether the expert's sources of information are sufficiently reliable to warrant reception of the opinion. If the court so finds, the opinion may be expressed. If the opinion is received, the court may, in its discretion, allow the expert to reveal to the jury the information gained during such investigations and studies. Wide latitude in cross-examination should be allowed..

In admitting the testimony the trial judge carefully considered the competing factors. He allowed extensive cross-examination, both on the reliability of the survey and the conclusions reached. The defendant produced its own experts to testify about the effects of the blasting. Under all the circumstances, we cannot find that the admission of the survey itself had any prejudicial effect on the jury." 630 F. 2d. 550, 553.

Véase, además: Bauman v. Centex Corp., 611 F. 2d 1115 (1980) donde el tribunal aceptó el testimonio de un experto que había fundamentado su opinión en la información disponible en la biblioteca.

El aspecto de la utilización de prueba inadmisibles como base del testimonio pericial adquiere una dimensión especial en los casos criminales por la probabilidad de violación del derecho a confrontación. En United States v. Lawson 653 F. 2d 299 (1981) cert. den. 454 U. S. (1982), el siquiatra director de la sección de siquiatria del hospital, al testificar sobre la sanidad mental del acusado, basó su opinión en su percepción personal, informes de otros siquiátras que lo atendieron, resultados de exámenes, el historial médico, e.t.c. El tribunal expuso que aunque precisamente el

propósito que perseguía la Regla 703 era permitir que el perito utilizara datos inadmisibles, los casos criminales presentaban un cuadro particular:

"In criminal cases, a court's inquiry under Rule 703 must go beyond finding that hearsay relied on by an expert meets these standards. An expert's testimony that was based entirely on hearsay reports, while it might satisfy Rule 703, would nevertheless violate a defendant's constitutional right to confront adverse witnesses. The Government could not, for example, simply produce a witness who did nothing but summarize out-of-court statements made by others. A criminal defendant is guaranteed the right to an effective cross-examination. Cross-examination is the principal means by which the believability of a witness and the truth of his testimony are tested." *Davis v. Alaska*, 415 U. S. 308, 316, 94 S. Ct. 1105, 1110, 39 L. Ed. 2d. 347 (1974)."

Aquí debe tenerse presente que una cosa es que el testimonio pericial sea admisible, en cuanto a su base, bajo la regla 56 -que no entra en el aspecto constitucional de confrontación- y otra es la determinación final de admisibilidad que ha de hacer el juez más allá de la Regla 56, tomando en consideración el grado de menoscabo que sufre el derecho de confrontación. Además, la Regla 19 siempre está disponible para excluir aquel testimonio pericial que sea perjudicial aunque cumpla con las reglas sobre peritos (52 a 58).

Finalmente, adviértase que esta regla debe ser considerada junto con la Regla 58, que se refiere al momento de revelar la base de la opinión.

Actualmente 25 estados han adoptado ad verbatim la Regla Federal 703. Alaska, Florida y Iowa han incorporado variantes de menor importancia en su lenguaje, mientras que Hawaii incorporó una

oración adicional que taxativamente le confiere autoridad al tribunal para descartar cualquier testimonio pericial cuya base presente poca confiabilidad.

Para una discusión del tema véase, 1 Chiesa Práctica Procesal Puertorriqueña, Evidencia, Regla 56, pág. 253. American Bar Association, Section of Litigation, Emerging Problems under Federal Rules of Evidence, Rule 703, pág. 204 (1983); American Bar Association, Section of Litigation, Trial Evidence Committee; State Rules of Evidence Project, Chapter 52, Rule 703 (Draft 1986); 3 Louisell & Mueller, Federal Evidence, Rule 703, secs. 387 - 389; Pattenden, Expert Opinion Evidence Based on Hearsay, Crim. L. Rev. 85-96 (Feb. 1982).

Regla 57. Opinión sobre cuestión última

No será objetable la opinión o inferencia de un perito por el hecho de que se refiera a la cuestión que finalmente ha de ser decidida por el juzgador de los hechos.

COMENTARIOS

La presente regla, al igual que la Regla 56, descarta viejas doctrinas con el propósito de liberalizar el testimonio pericial, al permitir evidencia de opinión sobre la cuestión a decidir por el juzgador de hechos (ultimate fact). La doctrina tradicional consideraba que el permitir dicho testimonio usurpaba la función del juzgador.

Aun antes de aprobarse la Regla Federal 704, varias jurisdicciones permitían este tipo de testimonio. A vía de ilustración, véase: People v. Wilson, 25 Cal. 2d 341, 153 P.2d 720 (1944); Commonwealth v. Widner, 388 S.W.2d 583 (Ky. 1965); Eickman v. St. Louis Public Service Co., 363 Mo. 651, 253 S.W.2d 122 (1952); Redmond v. Ford Mothor Co., 253 S.C.266, 170 S.E.2d 207 (1969).

Luego de aprobadas las reglas federales en 1975, los tribunales estadounidenses han interpretado la Regla 704 con liberalidad. La misma ha sido utilizada en casos de filiación, para determinar paternidad, en casos de abuso sexual, para determinar credibilidad; en casos de guiar bajo estado de embriaguez, para determinar si el conductor estaba intoxicado, y en casos de daños y perjuicios, para reconstruir accidentes.

Nuestra regla, que proviene de la Regla Federal 704(a), tiene el

propósito antes señalado de liberalizar el modo de declarar de un perito. Sin embargo, ello no significa que se permita el testimonio pericial indiscriminado, pues el mismo siempre deberá ser de ayuda al juzgador (Regla 52); ser pertinente (Regla 18); tratarse de un asunto técnico o especializado (Regla 52) y no ser motivo de exclusión bajo el contexto de la Regla 19. (United States v. McBride, 786 F.2d 45 (1986); United States v. Arenal, 768 F.2d 263 (1985)).

La regla así adoptada adquiere especial interés en casos de negligencia por mala práctica y en casos donde se levanta la defensa de insania. Un ejemplo de la primera situación es Velázquez v. Ponce Asphalt, 113 D.P.R. 39, 48 (1982), donde el Tribunal Supremo expresó que un perito estaba calificado para opinar sobre el porcentaje de incapacidad, asunto que era justamente la cuestión a decidir por el juzgador. Un ejemplo de la segunda modalidad lo representa el reciente caso de Pueblo v. Marcano Pérez, 86 J.T.S. 12, donde el acusado planteó la defensa de locura. Expresa el Tribunal lo siguiente a la pág. 497: "Cuando se plantea la defensa de locura la determinación final sobre la capacidad mental del acusado es una cuestión de hecho a ser dilucidada por el juzgador de éstos." Sin embargo, se permitió que el perito siquiatra concluyera que el acusado carecía "de la capacidad suficiente para conformar su conducta al mandato de la ley o comprender la legalidad de la misma". Ahora bien, corresponde al juez o al jurado arribar a sus propias conclusiones respecto a si la enfermedad realmente lo incapacitaba y, a base de esto, emitir su fallo o veredicto.

Un tema sobre el cual no está autorizado a opinar un perito es en torno a la culpabilidad del acusado. Tampoco se permite que un perito se exprese sobre materias de índole legal. Las cuestiones legales se discuten en memorandos y no por medio de prueba pericial, salvo en casos apropiados de derecho extranjero. (Torres v. County of Oakland, 758 F.2d 147 (1985)).

La Regla Federal 704 fue objeto de enmienda para adicionar un inciso (b) (Pub. L. 98 473 Title IV sec. 406, 98 Stat. 2067) que lee como sigue:

"(b) No expert witness testifying with respect to the mental state or condition of a defendant in a criminal case may state an opinion or inference as to whether the defendant did or did not have the mental state or condition constituting an element of the crime charged or of a defense thereto. Such ultimate issues are matters for the trier of fact alone."

La razón para esta enmienda la expone claramente el comentario del SENATE JUDICIARY COMMITTEE (S. Rep. No. 98-225, 98th Cong., 2d Sess. 230-231 (1984)):

"The purpose of this amendment is to eliminate the confusing spectacle of competing expert witnesses testifying to directly contradictory conclusions as to the ultimate legal issue to be found by the trier of fact. Under this proposal, expert psychiatric testimony would be limited to presenting and explaining their diagnoses, such as whether the defendant had a severe mental disease or defect and what the characteristics of such a disease or defect, if any, may have been. The basis for this limitation on expert testimony in insanity cases is ably stated by the American Psychiatric Association:

(I)t is clear that psychiatrists are experts in medicine, not the law. As such, it is clear that the psychiatrist's first obligation and

expertise in the courtroom is to "do psychiatry," i.e., to present medical information and opinion about the defendant's mental state and motivation and to explain in detail the reason for his medical-psychiatric conclusions. When, however, "ultimate issue" questions are formulated by the law and put to the expert witness who must then say "yea" or "nay", then the expert witness is required to make a leap in logic. He no longer addresses himself to medical concepts but instead must infer or intuit what is in fact unspeakable, namely, the probable relationship between medical concepts and legal or moral constructs such as free will. These impermissible leaps in logic made by expert witnesses confuse the jury. (Footnote omitted.) Juries thus find themselves listening to conclusory and seemingly contradictory psychiatric testimony that defendants are either "sane" or "insane" or that they do or do not meet the relevant legal test for insanity. This state of affairs does considerable injustice to psychiatry and, we believe, possibly to criminal defendants. In fact, in many criminal insanity trials both prosecution and defense psychiatrist do agree about the nature and even the extent of mental disorder exhibited by the defendant at the time of the act.

Psychiatrist, of course, must be permitted to testify fully about the defendant's diagnosis, mental state and motivation (in clinical and common sense terms) at the time of the alleged act so as to permit the jury of judge to reach the ultimate conclusion about which they and only they are expert. Determining whether a criminal defendant was legally insane is a matter for legal factfinders, not for experts.

Moreover, the rationale for precluded ultimate opinion psychiatric testimony extends beyond the insanity defense to any ultimate mental state of the defendant that is relevant to the legal conclusion sought to be proven. The Committee has fashioned its Rule 704 provision to reach all such "ultimate" issues, e.g., premeditation in a homicide case, or lack of predisposition in entrapment."

Este debate sobre el alcance que debe tener el testimonio pericial llegó a su climax en United States v. Hinckley, 515 F. Supp. 1342 (D.C. Cir. 1981). Esta pugna entre la siquiatria y la justicia criminal se pone de manifiesto en dicho caso donde hubo un desfile de peritos con opiniones contradictorias. Con motivo de ello, se enmendó la Regla 704 para añadirle este inciso (b).

Es preciso señalar que tanto la Asociación Americana de Psiquiatría (American Psychiatric Association, Statement on the Insanity Defense, dic. 1982) como la Asociación Americana de Abogados (American Bar Association, Standars for Criminal Justice, estandar 7-3.9), estiman que el testimonio de un perito siquiatra debe circunscribirse a presentar el cuadro mental del acusado sin llegar a emitir una conclusión u opinión sobre la cuestión última de si el acusado está "loco" o "cuerdo". Dicho estándar reza en parte como sigue:

..."However, the expert witness should not express, or be permitted to express, an opinion on any question requiring a conclusion of law or a moral or social value judgment properly reserved to the court of the jury."

Por otro lado, la Comisión Nacional sobre la Defensa de Insanidad, aunque favorece que los siquiатras no expresen sus conclusiones, no favorece que se legisle a tales efectos pues se estaría discriminando contra los siquiатras que serían los únicos peritos a los cuales les estaría vedado ofrecer opiniones concluyentes (U.S. National Commission on the Insanity Defense, Myths and Realities: A Report, recomendaciones 9 y 10 pág. 40-42 (1983)).

El Secretariado de la Conferencia Judicial en su informe El Incapacitado Mental en el Proceso Judicial, pág. 50 (1983), expresa que es la Asamblea Legislativa la que propiamente debe darse a la tarea de determinar si los peritos siquiátricos deben o no emitir opiniones concluyentes. El Comité no recomienda que se adopte en Puerto Rico la regla 704(b), sino que el tribunal conserve discreción para permitir o no permitir ese tipo de testimonio.

Actualmente sólo West Virginia ha enmendado su estatuto para incorporar el inciso (b) de la Regla Federal 704. Veintitres estados han adoptado la Regla 704(a), mientras que otros han incluido variaciones lingüísticas de menor importancia. South Dakota es el único estado que no tiene disposición similar a la Regla 704.

Para una discusión del tema, véase: American Bar Association, Section of Litigation, Emerging Problems under Federal Rules of Evidence, Regla 704, pág. 216; American Bar Association, Section of Litigation, Trial Evidence Committee, State Rules of Evidence Project, Cap. 53, Regla 704; 3 Louisell & Mueller, Federal Evidence, Regla 704 secs. 394-395; I Chiesa, Práctica Procesal Puertorriqueña, Evidencia, pág. 258.

Regla 58. Revelación de la base para la opinión

Un perito puede declarar en términos de opiniones e inferencias y expresar las razones en que funda su testimonio, sin que antes de declarar haya expresado los hechos o datos en que sus opiniones o inferencias están basadas, salvo que el tribunal así lo disponga. El perito puede, en todo caso, ser contrainterrogado en relación a la materia en que basa sus opiniones o inferencias, quedando obligado a revelar la misma.

COMENTARIOS

Esta regla está íntimamente entrelazada con la Regla 56 que versa sobre las bases de la opinión pericial. En ella se indica el momento en que el perito debe revelar la base de su testimonio. Bajo el ordenamiento anterior, antes de testificar, el perito venía obligado a revelar la misma. Esto se debía a que se exigía que la opinión del perito se fundara en sus observaciones directas o en la información ofrecida al momento del juicio. Además, dicha opinión debía estar sostenida por la evidencia admitida.

Nuestra Regla 58 proviene de la Regla Federal 705. A vía de ilustración reseñamos dos casos recientes que hacen hincapié en que el perito puede declarar sin tener que revelar la base de su opinión. En Bulthius v. Rexall Corp. 789 F.2d 368 (1986), se acompañó una oposición a una moción de sentencia sumaria con affidavits suscritos por dos peritos. El tribunal señaló que no era necesario en dicha moción exponer las bases del testimonio:

"These two cases demonstrate the proper accommodation between Rule 56(e) and Fed. R. Evid. 705. Expert opinion is admissible and may defeat summary judgment if it appears the affiant is competent to give an expert opinion and the factual basis for the opinion is stated in the affidavit, even though the underlying factual details and reasoning upon which the opinion is based are not. If further facts are desired, the movant may request and the district court may require their disclosure. In this case, both experts stated their opinions were based on observed tissue changes and no greater detail was requested. The affidavits should have been considered."

El no tener que revelar primeramente la base de su opinión permite al perito, que no declara a base de conocimiento personal, emitir una opinión sin necesidad de una pregunta hipotética. La pregunta hipotética engendra más problemas de los que soluciona en cuanto está sujeta a objeciones continuas, particularmente, la de que la pregunta incluye hechos no sostenidos por la evidencia presentada hasta el momento. También es objetable a base de que faltan hechos esenciales en la pregunta. Bajo la Regla 58 el abogado puede optar por preguntar al perito sobre su opinión sin antes preguntarle sobre la "base".

Sobre el aspecto de la confiabilidad y peso que se le dará a la opinión, ya en Lleras v. Tío, 102 D.P.R. 180-187 (1974) había expresado el Tribunal Supremo lo siguiente:

"Hubiese sido de mayor peso y de más cercana relación entre el accidente y sus consecuencias si las demandantes hubiesen traído prueba de exámenes y de tratamientos realizados a raíz o poco después del accidente. Eso hubiese permitido al tribunal formar un juicio más probablemente correcto y más justo en relación con la alegada responsabilidad de los codemandados."

Lo importante bajo la Regla 58 es que ahora será la parte adversa quien tendrá el peso de inquirir sobre la legitimidad de la base de la opinión del perito. Esta posición que impone el peso de objetar la base de la opinión a la parte adversa ha sido rechazada en Ohio y Delaware, donde se requiere que se revele la base antes del testimonio del perito. Debe tenerse presente que bajo la Regla 23.1(c) de Procedimiento Civil (al igual que bajo la Regla 26(b)(4) de Procedimiento Civil Federal) la parte adversa tiene derecho a obtener, a través de interrogatorios, el nombre y dirección de los peritos, un resumen de su opinión y una "breve expresión de las teorías hechas o argumentos que sostienen las mismas". De esta forma, al tener la parte adversa de antemano los fundamentos de la opinión del perito, estará en condiciones de contrainterrogarlo adecuadamente. Idaho, Hawaii, Nebraska y South Dakota siguen el modelo federal (R. 705), porque a su vez tienen unas reglas de procedimiento civil que garantizan el descubrimiento de prueba. La jurisprudencia federal refleja que los tribunales están conscientes de la necesidad de que el perito revele la base de su opinión. A vía de ilustración, en Smith v. Ford Motor Co., 626 F.2d 784 (1980), cert. den. 450 U.S. 918 (1981), el tribunal revocó la sentencia porque al demandado no se le informó con anticipación la base de la opinión para así poder contrainterrogar adecuadamente.

Para ilustrar el uso un tanto dramático de la regla, en cuanto permite al perito emitir una opinión tajante sin previamente revelar base alguna, reproducimos el siguiente ejemplo, tomado de una carta

del Colegio de Abogados de Colorado al congresista Aungate, en forma de oposición a la regla.

" Q. Doctor do you have an opinion upon a reasonable degree of medical certainty as to the extent of permanent disability suffered by the plaintiff as a result (of) this automobile accident?

A. Yes.

Q. What is your opinion?

A. She is totally permanently disabled.

Q. Thank you doctor, that is all.

(la carta aparece en Hearings on Proposed Rules of Evidence Before the Special Subcomm. on Reform of Federal Criminal Laws of the House Comm. on the Judiciary, 93d Cong., 1st Sess. (Supp), at 353, 356 (1973)).

Por supuesto, bajo la propia Regla 58 y bajo los principios de la Regla 43(C), el tribunal tiene discreción para exigir la revelación de la base, previo a la opinión pericial.

Dieciséis estados han adoptado la Regla Federal 705 ad verbatim y otros cuatro han incorporado variantes lingüísticas de menor importancia. Los restantes estados han incluido disposiciones para garantizarle a la parte adversa el derecho a obtener los datos antes de que testifique el perito, es decir, si la parte no obtiene con antelación los datos, aquél no tiene derecho a declarar.

Para una discusión del tema véase: I Chiesa, Práctica Procesal Puertorriqueña, Evidencia, pág. 261; American Bar Association, Section of Litigation, Emerging Problems Under Federal Rules of Evidence, pág. 220 (1983), American Bar Association, Section of Litigation Trial Evidence Committee, State Rules of Evidence Project, Cap. 54, Regla 705. 3 Louisell & Mueller, Federal Evidence,

Regla 705, secs. 399-400; Graham, M., Evidente and Trial Advocacy
Workshop, 22 Crim. L. Bull. 360, julio-agosto 1986.

Regla 59. Nombramiento de perito por el tribunal

(A) Nombramiento. Antes del comienzo del juicio o durante el transcurso de éste, cuando el tribunal determine que es necesaria prueba pericial, podrá de su propia iniciativa, o a solicitud de parte, nombrar uno o más peritos para que investiguen y sometan un informe según lo ordene el tribunal, o para que declaren en calidad pericial en el juicio. El tribunal determinará la compensación por los servicios del perito.

(B) Compensación. En toda acción criminal o procedimiento de menores, la compensación será pagada con fondos del Estado. En todas las demás acciones civiles, la compensación será pagada por las partes envueltas en el litigio en la proporción que el tribunal determine, sujeto a que luego sea impuesta como otras costas o desembolsos conforme a derecho.

(C) Presentación e interrogatorio. Cualquier perito nombrado por el tribunal conforme a esta regla podrá ser llamado a declarar y ser interrogado por el tribunal, o por cualquiera parte. Cuando sea llamado e interrogado por el tribunal, las partes tendrán el mismo derecho a contrainterrogar como si se tratara de cualquier otro testigo.

(D) Derecho a presentar otra evidencia pericial. Esta regla no impedirá que cualquier parte presente evidencia pericial adicional sobre el mismo hecho o asunto sobre el que declara o informa el perito nombrado por el tribunal. Si la parte presenta su propio perito, pagará sus honorarios sin que dicho pago sea recobrable como

costas, a menos que el tribunal discrecionalmente disponga lo contrario.

COMENTARIOS

La presente regla incorporó la norma establecida en Urrutia v. A.A.A., 103 D.P.R. 643 (1975) y confirmada en Meléndez v. Levitt & Sons of Puerto Rico, 104 D.P.R. 797 (1976) que utilizó como modelo las Reglas 403-410 del Proyecto de Reglas de Evidencia de 1958. Contrario a dicho proyecto, la Regla 59 se refiere al nombramiento de peritos tanto en los casos civiles como criminales.

Nuestra Regla tomó como modelo las Reglas 730-733 del Código de Evidencia de California y se aparta de la Regla 706 federal en varios aspectos. Primero, bajo la Regla 59 el tribunal no tiene que emitir una orden de mostrar causa antes de determinar si debe o no nombrar un perito. Segundo, la Regla 59, al igual que la sec. 730 del Código de Evidencia de California, no reconoce el derecho de las partes a proponer peritos, aunque nada impide que el tribunal emita una orden a las partes, requiriéndoles que propongan nombres. Por tal motivo, el procedimiento aquí establecido es más rápido pues el tribunal no tiene que oír a las partes antes de nombrar un perito tal como se dispone en la Regla 706 Federal.

En San Lorenzo Trading Inc., v. Hernández, 114 D.P.R. 704 (1986), se reitera la facultad del tribunal para nombrar peritos judiciales, siguiendo así la orientación moderna que promueve superar la frecuente parcialidad de los peritos de parte. (Véase: Toppel v. Toppel, 114 D.P.R. 16 (1983); Urrutia v. A.A.A., 103 D.P.R. 643, 656 (1975)).

En Smith v. Armontrout, 604 F.Supp 840 (1985), se discute precisamente la facultad del tribunal para nombrar un perito bajo la Regla 706 Federal. En ese aspecto tanto nuestra regla como la federal son similares.

Debido a que nuestra regla utilizó como modelo la regla de California, a continuación se discuten varios casos recientes de dicha jurisdicción.

En Day v. Rosenthal, 217 Cal.Rptr. 89 (Cal.App.2 Dist. 1985), el tribunal expresó que el propósito que persigue la corte al nombrar peritos del tribunal, es ayudar al juzgador de los hechos. Si las actuaciones del demandado son tan obvias que el jurado no necesita ayuda, no es necesario nombrarlo. El tribunal, al denegar la solicitud, expone que por ser la controversia de índole puramente legal y no tratarse de un aspecto especializado dentro del campo legal, no se justifica dicho nombramiento.

En People v. Levinson, 203 Cal.Rptr. 426 (Cal. Supp. 1984), el Tribunal reiteró que el nombramiento de un perito, en un caso criminal, dependía de que el acusado demostrara la necesidad que tenía de dichos servicios y la imposibilidad de poder sufragarlos. Véase, además People v. Smith, 702 P.2d 180 (Cal.1985).

La compensación de los peritos deberá ser sufragada por el estado si se trata de un caso criminal o de menores, pero si se trata de un caso civil será sufragada por las partes. Tanto la sec. 731 del Código de Evidencia de California como la Regla 706 Federal contienen disposiciones similares. Comentando este inciso el Tribunal

Supremo expresó lo siguiente en Toppel v. Toppel, 114 D.P.R. 16, 21-22 (1983):

"El inciso B de dicha Regla 59 dispone que en acciones civiles -como es la que nos ocupa- "la compensación será pagada por las partes envueltas en el litigio en la proporción que el tribunal determine, sujeto a que luego sea impuesta como otras costas o desembolsos conforme a derecho".

Para resumir, el derecho a recobrar como costas los gastos incurridos en la presentación de peritos, dependerá de si se trata de un perito del tribunal o un perito de la parte. Como regla general, la compensación del perito del tribunal, aunque en su origen pueda ser compartida por los litigantes, es recobrable como costas por la parte victoriosa. Regla 59(B) de Evidencia."

El perito nombrado por el tribunal deberá rendir un informe. Además, el tribunal o las partes lo pueden llamar como testigo. Si fuera el juez quien le hace al perito el examen directo, las partes podrán contrainterrogarlo. Véase la Regla 43(D). En resumen, la regla consigna el derecho de las partes a interrogar y contra-interrogar a los peritos. Para una disposición similar, véase la sec. 732 del Código de Evidencia de California.

La regla reconoce expresamente el derecho de las partes de nombrar su propio perito. Ahora bien, en tal caso, deberán pagar sus honorarios y no podrán recobrarlos como costas, excepto, que el tribunal en su sana discreción así lo determine. En Toppel v. Toppel, 114 D.P.R. 16, 20 (1983), el Tribunal Supremo expresó que:

"Como señaláramos en Meléndez v. Levitt & Sons of P. R., supra, pág. 811, 'bajo el estado actual de nuestro derecho...la compensación de un perito, como costas no es automática per se sino que los tribunales deben ponderar juiciosamente su

procedencia en virtud de las particularidades en que se presta (el testimonio), evaluando su naturaleza y utilidad...' Señalamos, además, que '(p)uede haber situaciones en que el testimonio de un perito producido por una parte sea irrelevante, inmaterial o innecesario, o carezca de la característica de pericia, como consecuencia de las cuales sea procedente denegar compensación en tal carácter'".

Poco después en San Lorenzo Trading, supra, el Tribunal señala:

"El inciso D permite 'que cualquier parte presente evidencia pericial adicional sobre el mismo hecho o asunto sobre el que declara o informa el perito nombrado por el tribunal', pero añade a renglón seguido: 'Si la parte presenta su propio perito, pagará sus honorarios sin que dicho pago sea recobrable como costas, a menos que el tribunal discrecionalmente disponga lo contrario.' (Enfasis suplido.)

Estos preceptos, y nuestras decisiones en Urrutia v. A.A.A., 103 D.P.R. 643 (1975), y Meléndez v. Levitt & Sons of P.R., 104 D.P.R. 797 (1976), están acordes con el principio de economía procesal en que están enmarcadas las Reglas de Procedimiento Civil y las Reglas de Evidencia.

Nada impide que en ausencia del ejercicio por el tribunal de su facultad de nombrar un perito, las partes presenten sus propios peritos. En este caso corresponderá a la parte que así lo haga, demostrar que el testimonio pericial presentado era necesario para que prevaleciera su teoría y que el perito presentado suplió o contribuyó substancialmente a suplir la necesidad de un perito del tribunal. Sólo así se justificará que los gastos incurridos por dicha parte, en relación con el testimonio pericial, sean recobrables como costas. Este sería el caso, por ejemplo, del peritaje en relación con acciones por daños como resultado de alegada negligencia profesional de médicos e instituciones hospitalarias. Cliveros v. Abréu, 101 D.P.R. 209, 229 (1973)".

Un aspecto esencial de la regla es si debe revelarse al jurado que el perito es un perito del tribunal. Mientras la Regla Federal

706 (c) concede discreción al tribunal para revelar tal hecho al jurado, nuestra regla guarda silencio. La dificultad con este asunto consiste en que para algunos comentaristas tal revelación acarrea el peligro de que el jurado otorgue un indebido peso al testimonio del perito del tribunal independientemente de la validez o del merito de sus opiniones. (3 Weinstein & Berger, Weinstein's Evidence sec. 706-11 (1985); Association of Trial Lawyers of America in Bua, Experts Some Comments Relating to Discovery and Testimony Under New Federal Rules of Evidence, 21 Trial Law Guide, pág. 1 (1977).

Es probable que, en ausencia de tal revelación, el jurado le hubiera dado más peso al perito de parte, pero fue tan impresionado con la supuesta neutralidad del perito del tribunal que confiere a éste mayor valor probatorio y descarta la opinión expuesta por el perito de la parte. Un caso que ilustra esta situación es Kian v. Mirro Aluminum Co., 88 F.R.D. 351, 356 (1980) donde el tribunal expresó lo siguiente:

"Although the Court retains broad discretion in the appointment of impartial experts, this is not a case which predicates a fair disposition upon the testimony of such witness. The matters raised herein are not amenable only to expertise, but are within the comprehension of laypersons. The presence of a court-sponsored witness, who would most certainly create a strong, if not overwhelming, impression of "impartiality" and objectivity," could potentially transform a trial by jury into a trial by witness. Under the circumstances of the present case, where the issues are within the grasp of the jury, appointment of an expert should can be avoided.

Aunque el Comité considera que el tribunal tiene discreción bajo nuestras reglas para revelar tal cosa al jurado, una disposición expresa -como en la Regla Federal 706 (c)- es preferible.

Sólo cinco estados han adoptado la Regla 706 Federal ad verbatim, mientras que otros nueve no han adoptado ninguna versión similar de esta regla por entender que su ubicación correcta debe ser en las reglas de procedimiento. Los restantes estados tienen reglas de la más diversa índole. A vía de ilustración, en Iowa sólo se nombrará perito a instancia de parte; en Nuevo Méjico si las partes se ponen de acuerdo en cuanto a un perito, el tribunal deberá nombrarlo; en Alaska, la parte que llama al perito no puede contra-interrogarlo. (American Bar Association, Section of Litigation, Trial Evidence Committee, State Rules of Evidence Project, Cap. 55, Regla 706 (Draft, 1986).

Cabe señalar que en la jurisdicción federal las partes raramente solicitan el nombramiento de un perito. Entre las razones que se ofrecen para ello se encuentran: que los abogados temen que tal nombramiento conlleve tiempo adicional y aumente los costos del litigio el temor a que se invadan las funciones del jurado y la dificultad en identificar, previo al juicio, la necesidad de un perito. Por otro lado, los jueces encuentran dificultad en conseguir un perito "realmente neutral e imparcial". Tal vez estas razones son las que han ocasionado que la Regla 706 no sea utilizada con frecuencia, y, por consiguiente, que la jurisprudencia sobre ella sea escasa.

American Bar Association, Section of Litigation, Emerging Problems

Under Federal Rules of Evidence, Regla 706, pág. 225 (1983);
Willging, T.E., Court-Appointed Experts, Federal Judicial Center
(1986).

Para una discusión del tema véase, l Chiesa, Práctica Procesal
Puertorriqueña, Evidencia, Regla 59, pág. 264; Louisell-Mueller,
Federal Evidence, secs. 404-405, Regla 706.

CAPITULO VIIIPrueba de Referencia

El Comité sólo recomienda, en materia de enmiendas, un cambio en el comienzo del texto de las reglas de excepción a la norma de exclusión de prueba de referencia -Reglas 62, 63, 64 y 65- para que expresen "la regla de prueba de referencia no hace inadmisibile..." en lugar de, "es admisible como excepción a la Regla de prueba de referencia ...". El texto vigente puede dar la impresión errónea de que basta con que la declaración esté incluida en alguna excepción (Reglas 62 a 65) para que sea admisible, cuando lo cierto es que otra regla de exclusión puede ser aplicable, como, por ejemplo, materia privilegiada, regla de la mejor evidencia, falta de autenticación, evidencia ilegalmente obtenida, e.t.c. El texto propuesto expresa claramente que la aplicación de alguna excepción a la norma general de exclusión de prueba de referencia, sólo "salva" a la declaración del escollo de prueba de referencia, quedando siempre el posible obstáculo de otra regla de exclusión.

Fuera de estos cambios, más bien de forma, el Comité no recomienda enmiendas a este Capítulo, aunque sugiere la necesidad de cambio en algunos casos, particularmente en las Reglas 63 y 65(R). Véanse los comentarios a esas reglas. Aunque no es parte del texto de la Regla 64, el Comité propone también un cambio en su título, para que diga "(n)o disponibilidad del declarante como testigo", en vez de, "(n)o disponibilidad del testigo".

Regla 60. Definiciones

Se adoptan las siguientes definiciones relativas a prueba de referencia:

(A) Declaración: Una "declaración" es (1) una aseveración oral o escrita; o (2) conducta no verbalizada de la persona, si su intención es que se tome como una aseveración.

(B) Declarante: "Declarante" es la persona que hace una declaración.

(C) Prueba de referencia: "Prueba de referencia" es una declaración aparte de la que hace el declarante al testificar en el juicio o vista, que se ofrece en evidencia para probar la verdad de lo aseverado.

COMENTARIOS

En el Comité se suscitó gran discusión en torno a la corrección de la Regla 801(C) Federal -equivalente a nuestra Regla 60- tanto con relación a la terminología de la regla como en cuanto a su visión restrictiva de la conducta que quedaba comprendida en la definición. Se consideraron la sección 1200(a) del Código de Evidencia de California -como, tal vez, preferible en cuanto a terminología- y las concepciones más amplias del alcance de prueba de referencia, como la sostenida por Wellborn en su artículo crítico a la Regla Federal 801 The Definition of Hearsay in the Federal Rules of Evidence, 61 Texas Law Rev. 49 (1982). Se planteó, específicamente, que el término "declarante", en el inciso (C) era insuficiente, ya que no cubría todas las situaciones de prueba de

referencia. Se contempló sustituir el término "declarante" por el de "testigo", para que la Regla 60(C) leyera: "es una declaración aparte de la que hace el testigo al testificar en el juicio". Se pretendía aclarar la relación existente entre el declarante y el testigo cuando uno y otro eran la misma persona, específicamente, cuando una persona en corte, como testigo, hacía referencia él mismo a su declaración anterior fuera de corte. Finalmente, el Comité consideró que no era necesario enmendar la Regla 60, cuyas limitaciones obedecen a la dificultad de encerrar, en unas breves expresiones, un concepto tan complejo como el de "prueba de referencia".

Sobre la definición de "prueba de referencia", consúltese, McCormick, Evidence, secs. 246, 248-250 (2d ed. 1972); 5 Wigmore, Evidence, secs. 1361; 6 id, sec. 1766; 2d id, sec. 267 (3d ed. 1940); Morgan, The Hearsay Rule, 12 Wash. L. Rev. 1 (1937); Morgan, A Suggested Classification of Utterances Admissible as Res Gestae, 31 Yale L.J. 229 (1922). Libros y artículos más recientes y que son expresión de un pensamiento original se añaden a los manuales y tratados clásicos. 4 Louisell-Mueller, Federal Evidence, sec. 410 et seq, (1980); Tribe, Triangulating Hearsay, 87 Harvard L. Rev. 957 (1974).

Para un caso reciente en Puerto Rico, véase, Pueblo v. García, 113 D.P.R. 843 (1983). Este caso aclara como bajo nuestra regla y la 801(a)(1) Federal, se eliminó del ámbito de la prueba de referencia la conducta no verbalizada constitutiva de una afirmación por implicación (implied assertions) a menos que se establezca la

intención específica del autor de realizar la afirmación. De no haber tal intención, esa conducta es admisible como prueba circunstancial del evento. García, reafirma, en Puerto Rico, la doctrina de que, cuando la evidencia ofrecida no satisfaga la definición de "hearsay" de la Regla 60, pero entrañe los peligros de "hearsay", la Regla 19 puede ser el mecanismo adecuado para la exclusión. Se descarta la alternativa de ampliar el concepto o definición de "prueba de referencia" en el sentido favorecido por Wellborn, supra.

Regla 61. Regla general de exclusión

Salvo que por ley se disponga otra cosa, no será admisible prueba de referencia sino de conformidad con lo dispuesto en este capítulo. Esta regla se denominará "regla de prueba de referencia".

COMENTARIOS

El Comité pospuso la consideración del tema del derecho a la confrontación (especialmente de los acusados, 6a Enmienda a la Constitución de los E.U.; sección 11, Art. 2 de la Constitución del E.L.A.) hasta llegar al presente capítulo debido a la estrecha relación que existe entre este derecho y la regla general de exclusión de prueba de referencia (véase, Regla 40, supra).

Sobre este problema el Comité sólo puede dar algunas indicaciones metodológicas. De paso, como este informe, si alguna pretensión tiene en esta etapa, es la de servir como instrumento de investigación y reflexión a jueces y abogados, remitimos a otros estudios cuya calidad y en ocasiones contradicción, ponen de manifiesto la dificultad del problema. Graham, The Right of Confrontation and the Hearsay Rule: Sir Walter Raleigh Loses Another One. 8 Crim. L. Bull. 99 (1972); Westen, Confrontation and Compulsory Process: A Unified Theory of Evidence for Criminal Cases, 91 Harv. L. Rev. 567 (1978); Westen, The Future of Confrontation, 77 Mich. L. Rev. 1185 (1979); Baker, The Right to Confrontation, the Hearsay Rules, and Due Process - A Proposal for Determining When Hearsay May Be Used in Criminal Trials, 6 Conn. L. Rev. 529 (1974); Natali, Green, Dutton, and Chambers, Three Cases in Search of a Theory, 7

Rutgers - Camden L. J. 43 (1975); Notes on Confrontation Clause and Ohio v. Roberts, 36 U. Fla. L. Rev. 207-233 (1984); Hurley, Confrontation and the Unavailable Witness: Searching for a standard, 18 Vol. U.L. Rev. 193-222 (1983); Frankel, Developments in the Law Relating to the Co-conspirator Exception to the Hearsay Rule, 31 Crim. Rep. 107-116 (1983); Harris, Confrontation Clause, 28 Howard L. J. 171-190 (1985); Maks, The Resurgence of Confrontation as a Bar to Admissible Hearsay, 30 South Dakota Law Review, 647 (1985); Borisky, Reconciling the Conflict between the Co-conspirator Exemption from The Hearsay Rule and the Confrontation Clause..., 85 Colum. L. Rev. 1294-1316 (1985); Kirkpatrick, Confrontation and Hearsay... 70 Minnesota L.Rev., 665-711 (1986).

Existe un vínculo innegable entre los conceptos de prueba de referencia y derecho a la confrontación. El foco de la atención se centra en el impacto que este derecho tiene sobre determinadas excepciones a la regla de exclusión de prueba de referencia. Para trazar la evolución de este criterio, tendríamos que referirnos por lo menos a diez decisiones del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, comenzando con Pointer v. Texas, decidido en 1965, para llegar al extremo de esta jurisprudencia en United States v. Inadi, 475 U.S. _____, 89 L. Ed. 2d 390, 106 S. Ct. _____, (1986), caso decidido hace aproximadamente siete meses, y Lee v. Illinois, 106 S. Ct. 2056 (1986).

No podemos entrar en los detalles -ni de hechos ni de derecho- de casos tales como, Douglas v. Alabama, Barber v. Page, Bruton v.

United States, California v. Green, Dutton v. Evans, Nelson v. O'neil, Mancusi v. Stubbs y Ohio v. Roberts. Al hacerlo, nos saldríamos del marco que el tiempo nos impone.

Estos pronunciamientos apuntan, en ocasiones, a diferentes direcciones, lo que impide teórica o pedagógicamente definir con precisión el significado constitucional de la confrontación que garantizan las constituciones. Veamos, sin embargo, en apretadísima síntesis, lo que cada uno de estos casos resuelve.

Pointer v. Texas, 380 U.S. 400 (1965). El Tribunal Supremo Federal resuelve, por vez primera, que la garantía constitucional del derecho a la confrontación, es un derecho fundamental obligatorio para los estados vía la Enmienda Catorce. Este caso tiene también importancia por lo siguiente: se establece, primeramente, que el término constitucional "witness against" (o como nuestra Constitución lee: "testigos de cargo") se refiere no sólo al testigo que comparece físicamente al tribunal como declarante, sino que incluye, además, a todos aquéllos cuyas declaraciones extrajudiciales se pretenden ofrecer en evidencia. En segundo lugar, el derecho a la confrontación implica algo más que el derecho del acusado a estar "presente"; significa oportunidad de contrainterrogar. Por último, Pointer sugiere que la muerte de un testigo puede, en efecto, excusar la ausencia de confrontación y, además, "other analogous situations", pudieran justificar la misma conclusión. De Pointer en adelante, la jurisprudencia del Tribunal Supremo muestra un desarrollo bastante movedido.

Douglas v. Alabama, 380 U.S. 415 (1965) fue resuelto el mismo día que Pointer. El caso de Douglas tiene un alcance teórico y práctico extraordinario. Su sabiduría, sin embargo, se cuestionó recientemente en New Mexico v. Earnest, 54 L.W. 4868 (voto concurrente del Juez Rehnquist). Douglas reconoce, por vez primera, que aun cuando el estado presente un testigo adverso en el juicio, los derechos del acusado bajo la cláusula constitucional se pueden ver afectados si la oportunidad de conainterrogar es inadecuada. Se ha dicho que Douglas "le pone dientes al derecho de confrontación".

4 Louisell-Mueller, Federal Evidence, sec. 418, págs. 134-135 (1980). Además, en otro aspecto interesante, el caso resuelve de forma indirecta que el derecho a la confrontación protege al acusado contra la posibilidad de resultar convicto a base de "ninguna prueba" (nonevidence), peligro que en este caso surge a consecuencia de un interrogatorio sugestivo del fiscal, táctica empleada para traer a la atención del jurado hechos que nunca se presentaron formalmente en evidencia. Por último, el caso también insinúa que la oportunidad de conainterrogar a un testigo en el juicio puede ser constitucionalmente adecuada a pesar de la ausencia de conainterrogatorio al momento en que el testigo hizo sus manifestaciones previas. Es decir, la declaración y el conainterrogatorio no tienen que ser contemporáneos. Esta expresión parece inconsistente con lo resuelto en Barber v. Page, infra, pero recibió un apoyo primeramente indirecto en Bruton v. United States y luego decisivo en California v. Green y Nelson v. O'neil, infra.

Barber v. Page, 390 U.S. 719 (1968), le brinda una atención extremadamente celosa al contrainterrogatorio en el juicio. (Véase en Puerto Rico, Pueblo v. Ruiz Lebrón, 111 D.P.R. 435, 453 (1981) opinión disidente del ex-juez Asociado Hon. Irizarry Yunque)

(We) would reach the same result*** had petitioner's counsel actually cross-examined (the witness) at the preliminary hearing*** The right to confrontation is basically a trial right. It includes both the opportunity to cross-examine and the occasion for the jury to weigh the demeanor of the witness (390 U.S. 719).

Esta tesis ha demostrado ser excesiva a la luz de pronunciamientos posteriores. Barber hace claro, por otra parte, que el estado tiene una obligación afirmativa y constitucional de presentar su prueba de cargo en el juicio; el hecho de que un testigo esté más allá del poder de citación del tribunal no justifica la ausencia de confrontación.

Bruton v. United States, 391 U.S. 123 (1968) se resuelve un mes después de Barber. Este caso es importante por tres razones. Primero, confirma la idea expresada en Douglas de que el derecho a la confrontación exige la toma de medidas y precauciones destinadas a evitar convicciones a base de "nonevidence". Parece indicar, en segundo lugar, (lo que ya se había dicho en Douglas), que los derechos del acusado no se hubiesen vulnerado en aquella ocasión, de haber ocupado el declarante la silla testifical y haber estado sujeto a contrainterrogatorio (se trataba de un coacusado que se negó a declarar y cuya confesión implicaba al apelante). Bruton resuelve, en suma, que la cláusula constitucional impide el uso de

una confesión de un coacusado contra otro en juicio conjunto ante jurado, en aquellas ocasiones en que el declarante, criminal confeso, no está sujeto a contrainterrogatorio. El tribunal no consideró el problema de la admisibilidad de la confesión al amparo de la Regla 64(B)(3) o declaración contra interés penal, regla entonces inexistente. El análisis se concentró en la cuestión relativa a la efectividad y suficiencia de las instrucciones que el tribunal inferior impartió al jurado para que éste considerara de forma limitada, la confesión de marras. Una instrucción limitativa, impartida al jurado, se estimó constitucionalmente insuficiente para proteger al acusado que no había confesado. Las declaraciones contra interés penal se discutirán más adelante cuando abordemos el comentario a la Regla 64(B)(3). Véase, para desarrollos recientes, Lee v. Illinois, 106 S. Ct. 2056 (1986).

California v. Green, 399 U.S. 149 (1970), culmina desarrollos previos. Primero, se establece de forma definitiva la doctrina que adelantaron casos como Douglas y Bruton: siempre que el declarante pueda ser contrainterrogado plena y efectivamente en el juicio sobre una declaración prestada en una etapa anterior al juicio, la cláusula de confrontación no sufre. California v. Green brinda apoyo y justificación constitucional a reglas tales como nuestra Regla 63, a pesar de la amplitud en que está concebida. Segundo, el tribunal resuelve, por vez primera, que el contrainterrogatorio previo (no ya posterior como en el caso anterior) de un testigo de cargo en una vista preliminar (no nos referimos necesariamente a

nuestra vista preliminar, Regla 23 de Procedimiento Criminal) también satisface los imperativos constitucionales, al menos bajo las circunstancias allí presentes: (1) el acusado estuvo representado en la vista anterior por el mismo abogado que luego lo representó en el juicio y (2) el fiscal presentó posteriormente al testigo en el juicio. Este principio, llevado a sus últimas consecuencias y notablemente dilatado en Ohio v. Roberts, explica la validez constitucional de reglas como nuestra Regla 64(B)(1) una vez se depura en Roberts el concepto de "no disponibilidad de un testigo", y se le añaden a la prueba requisitos de "confiabilidad". Green reafirma también lo dicho en Douglas en el sentido de que la mera presencia del testigo adverso en el juicio no justifica la admisión de su testimonio anterior a menos que esté sujeto a pleno y efectivo interrogatorio. Por último, el caso aclara que si bien existe cierta relación entre las reglas que gobiernan la prueba de referencia y el derecho constitucional a la confrontación, esa relación no es la de "congruencia o equivalencia". Es decir, no es suficiente el que la evidencia ofrecida esté amparada por alguna de las reglas de excepción, pues en ciertos casos la lesión al derecho a confrontación es de tal magnitud que la admisión de prueba adolecería de vicio constitucional.

Dutton v. Evans, 400 U.S.74 (1970) se aparta considerablemente de esquemas de análisis previos. Por vez primera el Tribunal Supremo interpreta que los factores que en verdad controlan y deciden si el uso de una declaración extrajudicial viola o no la cláusula de

confrontación, se reducen a la confiabilidad, valor probatorio y efecto de la prueba a la luz de toda la evidencia en el caso. Se utilizan los criterios enunciados en California v. Green y se expresa que la interpretación y alcance de las reglas de evidencia, en particular, de las excepciones a la regla de exclusión de prueba de referencia, debe hacerse bajo el marco de la cláusula de confrontación.

Nelson v. O'Neil, 402 U.S. 622 (1971) ratifica lo resuelto en Green en torno a que el concontrainterrogatorio posterior -siempre que sea adecuado- satisface el derecho a la confrontación. Además, en Nelson se rechazó un dictum pronunciado en Douglas donde se dijo que el concontrainterrogatorio de un testigo en torno a su declaración anterior sólo podía ser efectivo cuando éste aceptaba como suya la declaración previa.

Mancusi v. Stubbs, 408 U.S. 204 (1972) revalida la idea expresada en Dutton. La Constitución requiere que las declaraciones extrajudiciales de testigos que están ausentes del juicio, y que se ofrecen contra un acusado, tengan signos o indicios de confiabilidad ("indicia of reliability"). En segundo lugar, se limita la obligación (reconocida en Barber) que tiene el fiscal de obtener la comparecencia de declarantes ausentes, al menos en aquellas situaciones que requieren esfuerzos extraordinarios.

Cuando el Tribunal Supremo resuelve Ohio v. Roberts, 448 U.S. 56 (1980), ya ha recorrido un largo trecho en materia de confrontación. Por ello, no es raro que la opinión intente una

especie de resumen o síntesis de los desarrollos previos.

The Confrontation Clause operates in two separate ways to restrict the range of admissible hearsay. First, in conformance with the Framers' preference for face-to-face accusation, the Sixth Amendment establishes a rule of necessity. In the usual case (including cases where prior cross-examination has occurred), the prosecution must either produce or demonstrate the unavailability of the declarant whose statement it wishes to use against the defendant. (aquí el tribunal cita, entre otros, Mancusi, Barber and Green; en una nota al calce el tribunal expresa que demostrar la no disponibilidad, 'is not always required')

The second aspect operates once a witness is shown to be unavailable. Reflecting its underlying purpose to augment accuracy in the fact-finding process by ensuring the defendant an effective means to test adverse evidence, the Clause countenances only hearsay marked with such trustworthiness that "there is no material departure from the reason of the general rule." (aquí el tribunal cita Snyder v. Massachusetts, 291 U.S. a la pág. 107 y citas de Mancusi).

The Court has applied this "indicia of reliability" requirement principally by concluding that certain hearsay exceptions rest upon such solid foundations that admission of virtually any evidence within them comports with the 'substance of the constitutional protection'. Mattox v. United States, 156 U.S. at 244. This reflects the truism that 'hearsay rules and the Confrontation Clause are generally designed to protect similar values,' California v. Green, 399 U.S., at 155, and 'stem from the same roots,' Dutton v. Evans, 400 U.S. 74, 86, (1970). It also responds to the need for certainty in the workaday world of conducting criminal trials.

In sum, when a hearsay declarant is not present for cross-examination at trial, the Confrontation Clause normally requires a showing that he is unavailable. Even then, his statement is admissible only if it bears adequate 'indicia of reliability.' Reliability can be inferred with-

out more in a case where the evidence falls within a firmly rooted hearsay exception. In other cases, the evidence must be excluded, at least absent a showing of particularized guarantees of trustworthiness." (65 L. Ed 2d 597)

El Tribunal Supremo de Puerto Rico, en casos tales como Pueblo v. Esteves Rosado, 110 D.P.R. 334 (1980); Pueblo v. Ruiz Lebrón, 111 D.P.R. 435 (1981); Pueblo v. Ríos Noguerras, 111 D.P.R. 647 (1981); Pueblo v. Hernández Osorio, 112 D.P.R. 182 (1982) y Pueblo v. Lebrón González, 113 D.P.R. 81 (1982), se ha mostrado bastante liberal en la admisión de prueba de referencia contra los acusados, siempre que ésta goce, claro está, de suficientes garantías circunstanciales de veracidad y exactitud y/o siempre que el acusado haya tenido oportunidad de contrainterrogar al testigo adverso que luego resulta no estar disponible. La jurisprudencia de nuestro Tribunal ha rechazado argumentos en el sentido de que el contrainterrogatorio en "vista preliminar" es de naturaleza distinta al que se practica en el juicio y, en última instancia, lo verdaderamente decisivo ha sido la oportunidad de contrainterrogar durante el testimonio anterior, y no si efectivamente se contrainterrogó (por ejemplo, en Ruiz Lebrón, supra, la "ratio decidendi" es, principalmente, la "renuncia del derecho"). No cabe duda de que el Tribunal Supremo de Puerto Rico, en materia de derecho a la confrontación, ha garantizado -a lo sumo- lo mismo, pero no más de lo garantizado en la Constitución Federal.

Por último, durante el pasado término 1985-86 el Tribunal Supremo Federal estuvo particularmente activo en la consideración de casos que involucraban planteamientos medulares al tema. En U.S. v.

Inadi, 475 U.S. _____, 89 L. Ed. 2d 390, 106 S. Ct. _____ (1986), el Tribunal resuelve que la cláusula de confrontación no requiere que el fiscal demuestre -en el contexto de la Regla 801(d)(2)(E) (Regla (62)(E) de Puerto Rico)- la no disponibilidad del coconspirador como condición a la admisibilidad de su declaración extrajudicial. El caso expresamente hace claro que el lenguaje un tanto abarcador de Ohio v. Roberts, "the framers preference to face-to-face accusation", no puede leerse literalmente. Además, la confiabilidad (en este caso de la declaración extrajudicial de un co-conspirador) quedó expresamente establecida como factor decisivo en la determinación de si es o no admisible una declaración extrajudicial contra un acusado.

Roberts, however, does not stand for such a wholesale revision of the law of evidence, nor does it support such a broad interpretation of the Confrontation Clause. Roberts itself disclaimed any intention of proposing a general answer to the many difficult questions arising out of the relationship between the Confrontation Clause and hearsay. "The Court has not sought to 'map out a theory of the Confrontation Clause that would determine the validity of all...hearsay "exceptions"."

* * * *

There are good reasons why the unavailability rule, developed in cases involving former testimony, is not applicable to co-conspirators' out-of-court statements.

* * * *

Because they are made while the conspiracy is in progress, such statements provide evidence of the conspiracy's context that cannot be replicated, even if the declarant testifies to the same matters in court. When the Government-as here- offers the statement of

one drug dealer to another in furtherance of an illegal conspiracy, the statement often will derive its significance from the circumstances in which it was made. Conspirators are likely to speak differently when talking to each other in furtherance of their illegal aims than when testifying on the witness stand. Even when the declarant takes the stand, his in-court testimony seldom will reproduce a significant portion of the evidentiary value of his statements during the course of the conspiracy. (89 L. Ed 396-398).

Los jueces Marshall y Brennan concurren en una disidencia. Más recientemente, en Lee v. Illinois, 106 S. Ct. 2056, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos resolvió que una confesión de un co-autor se presume no confiable cuando se ofrece contra otro co-autor-acusado y resulta inadmisibile contra éste salvo que el ministerio público demuestre, bajo las circunstancias especiales del caso, los elementos de confiabilidad o corroboración que justifican su admisibilidad contra el acusado. Para mayor discusión de este caso, véase nuestro comentario a la Regla 64(B)(3). Luego, en New Mexico v. Earnest, 106 S.Ct. 2734 (1986), opinión concurrente del Juez Renhquist -a la que se unieron los jueces Burger, Powell y O'Connor- se aclara que:

"As Lee v. Illinois, makes clear, to the extent that Douglas v. Alabama interpreted the Confrontation Clause as requiring an opportunity for cross-examination prior to the admission of a defendant out-of-court statement, the case is no longer good law" (106 S. Ct. 2734, 2735).

Así, pues, bajo estos casos recientes puede afirmarse, con relación a la admisibilidad de una confesión de un co-autor contra otro, que la Cláusula de Confrontación no exige su exclusión

automática ante la ausencia de contrainterrogatorio por parte del acusado afectado, pero sí acarrea la presunción de no confiabilidad, con oneroso peso de la prueba para el fiscal de demostrar los elementos de confiabilidad o corroboración que justifiquen apartarse de la norma general de inadmisibilidad.

Los autores Louisell y Mueller proponen un enfoque denominado "funcional" para el estudio de la cláusula de confrontación. La calidad y claridad del análisis ameritan que citemos en extenso.

A Functional Approach to
the Confrontation Clause

Given the range of possible meanings of the Clause, the small number of points of certainty, and the variety in Supreme Court pronouncements, a comprehensive discussion of the impact of the Clause upon the hearsay doctrine is impossible. But it is possible and worthwhile to describe a functional approach to the problem - one which seems supportable by the decisions, useful in light of the dimensions of remaining uncertainty, and advisable in view of the absence of historical guidance.

The functional approach should address three fundamental questions: Under what conditions does use of an out-of-court statement make the declarant a "witness against" the accused within the meaning of the Clause? Are there circumstances which excuse or diminish the requirement of confrontation under the Clause when such statements are offered? How does the accused waive his rights under the Clause?

Out-of-court declarants as "witnesses against" the accused. The Supreme Court decisions provide three clues for determining whether an out-of-court declarant should be considered a "witness against" the accused:

First, the use to which an out-of-court statement is put has something to do with it. In

reversing convictions on grounds that confrontation was lacking or inadequate, the Court has noted the importance of the evidence to the case of the prosecution: In Pointer, the absent declarant was the "principal witness" against the accused; in Douglas, the confession imputed to the uncooperative witness was the "only direct evidence" against the accused on certain elements of the charged offense, and amounted to a "crucial link" in the prosecution case. In upholding the use of an out-of-court statement against attack on grounds of confrontation, the plurality in Dutton emphasized that the matter asserted was neither "crucial" to the prosecution's case nor "devastating" to the defense.

Admittedly these signals might be dismissed as mere passing comments. But taking them seriously in an effort to define the role of the Confrontation Clause, they suggest that courts applying the Clause should distinguish between out-of-court statements offered as direct versus circumstantial, substantive versus impeaching, and principal versus corroborative evidence of the matter asserted. The clearer the substantive impact, the more directly a statement asserts and element in the case of the prosecution or refutes an element in a defense, the more important its role in establishing the point for which it is offered, the greater the likelihood that the declarant should be considered a "witness against" the accused. In the end the implication is at least that, unless confrontation is excused or waived, no conviction in which an element in the case against the accused is established solely by an out-of-court statement by an un-confronted declarant can be valid under the Confrontation Clause.

Second, the potency or persuasive force of the out-of-court statement has something to do with whether the declarant should be viewed as a "witness against" the accused. In Bruton, the limiting instruction was inadequate to protect the rights of the accused under the Clause because of the peculiarly persuasive impact of a confession by a co-offender which implicated the accused. The greater the probable effect of the

out-of-court statement upon the trier of fact, the greater the likelihood that the declarant should be viewed as a "witness against" the accused, and of course vice versa.

Third, the manner in which the out-of-court statement is introduced has something to do with whether the declarant should be viewed as a "witness against" the accused. In Douglas the Court found the Clause offended where the prosecutor insinuated a previous statement by a witness into the record by suggestive questions which the witness did not answer. In Green, the Court affirmed a conviction based in part on previous statements by a testifying witness raised by the prosecutor during cross-examination, but in effect the Court assumed that the statements made the declarant a "witness against" the accused and either found (in the case of the statements given at preliminary examination) or required (in case of the statements to the law enforcement officer) adequate confrontation. There are other circumstances where the manner in which the trier learns of an out-of-court statement indicates that the declarant should be viewed as a "witness against" the accused, as in the case of ex parte communications to the jury.

Circumstances which excuse or diminish the confrontation requirement. Even where use of an out-of-court statement has made the declarant a "witness against" the accused, the Court has upheld such use against challenge under the Clause in a variety of circumstances and despite the absence of any waiver of rights. Although categorical in its terms, then, the Clause does not invariably require that the accused have an opportunity for confrontation at trial. It follows that the protections of the Clause are excused, in whole or in part, in some circumstances.

Four factors seem to bear upon the question of when and to what extent the right to confrontation is excused:

One is the reliability of the statement, when viewed in light of the factual circumstances in which the jury must evaluate it. No modern

Supreme Court opinion upholds the use of an absolutely unfronted statement by a person who must be considered a "witness against" the accused, but Roberts, Dutton, and Mancusi endorse this result when there are sufficient "indicia of reliability" and a "satisfactory basis for evaluating the truth of the *** statement." The logical implication is that ad hoc review of convictions is now proper, to determine in each case whether such "indicia" are present, and whether the jury has an adequate basis upon which to evaluate the statement. Yet some courts have reacted by declaring that statements fitting within hearsay exceptions are per se reliable. Others, in an effort to find a middle ground, have suggested in effect that statements fitting such hearsay exceptions are presumptively reliable, and Roberts endorses this approach, with its suggestion that "the need for certainty in the workaday world of conducting criminal trials" is served by proceeding on the basis that "certain hearsay exceptions rest upon such solid foundations that admission of virtually any evidence within them" comports with the Constitution. The logical implication of Dutton and Mancusi is also that sufficient indicia of reliability may excuse a lack of confrontation as to even available witnesses, and this idea is reinforced by the footnote in Roberts indicating that a demonstration of the unavailability of the declarant "is not always required" as a condition of receipt of his statement.

Second is the previous opportunity to cross-examine the declarant. Briefly, the indications are that while even actual previous cross-examination does not excuse non-production of an available declarant (dicta in Roberts and Barber cases), the mere opportunity to cross-examine at a preliminary hearing or previous trial excuses the lack of confrontation at trial of an unavailable declarant (dicta in Porter and Green, though treated in Roberts as an issue which is as yet unresolved by the cases). In this context, "available" means reachable by legal process, even if aid beyond the subpoena power of the trial court is required. In this context, "unavailable" reaches cases where declarant has died or is out of the country and

unreachable by legal process, and under Roberts it reaches cases where the declarant's whereabouts cannot be determined despite reasonable efforts. It probably reaches as well those cases where the declarant appears in court but either refuses altogether to testify despite punishment for contempt or successfully pleads ignorance or lack of memory. Where the previous testimony was given at a preliminary hearing, probably a claim at trial of the privilege against self-incrimination should render the witness unavailable if there was actual and adequate cross-examination at the preliminary hearing. And if defendant did not adequately cross-examine at the preliminary hearing, probably a claim of the privilege against self-incrimination still makes him unavailable at trial, despite the fact that defendant had no way to anticipate this situation and might reasonably and understandably have failed to exercise vigorously his right to cross-examine at that time, and despite the fact that the government has the power to remove the barrier to compelling his testimony by granting use immunity.

Third is the subsequent opportunity to cross-examine at trial. When the prior statement is inconsistent with declarant's testimony at trial, and when he is there subject to "full and effective" cross-examination, Green and Nelson make it clear that use of his statement is not barred by the Confrontation Clause.

Fourth is the availability of the out-of-court declarant. When there has been no previous cross-examination, indications are that where use of an out-of-court statement makes the declarant a "witness against" the accused, he must be called to the witness stand if available, although perhaps not where his out-of-court statement is accompanied by strong indicia of reliability. In this particular context, the concept "available" surely means at least as much as it meant where there has been previous cross-examination: That is, it must include all cases in which the witness is reachable by legal process, even if aid beyond the subpoena power of the trial court is required. While it is

arguable that "available" also includes the case in which the witness declines to testify under a claim of the privilege against self-incrimination, which once again the government may overcome by a grant of immunity, authorities indicate that there is no obligation to grant immunity in this context, and that a witness who claims the privilege is indeed unavailable for purposes of the Confrontation Clause.

And what about those cases in which the declarant who has never been cross-examined is unavailable? In addition to unavailability caused by a successful claim of the privilege against self-incrimination, there are the cases of absolute unavailability, where the declarant is either (i) dead, (ii) living abroad immune from extradition and unwilling to return, (iii) in hiding, successfully avoiding good-faith efforts to locate and serve with process, (iv) refusing to testify despite punishment for contempt, or (v) ignorant or claiming total lack of memory. Assuming the declarant to be a "witness against" the defendant, must his testimony be excluded if he is unavailable in these senses?

The answer seems to be No. At least where the statement is accompanied by "indicia of reliability," the Confrontation Clause does not require the exclusion of an out-of-court statement, even where the declarant seems to be a "witness against" the defendant.

And what if such "indicia of reliability" cannot be found?

One scholar has argued that the Confrontation Clause can never operate to require the exclusion of the out-of-court statement of a witness unavailable to the government through no fault of its own. By implication, this argument is that even in the absence of "indicia of reliability," such a statement is not excludable under the Clause when the declarant is unavailable. On the basis of his conclusion that the Compulsory Process Clause, a "companion principle" to the Confrontation Clause, "does not

require the state to produce witnesses who, through no fault of its own, are no longer available to testify." Professor Westen argues:

Why should the confrontation clause be read any differently?

Why should the state's obligation to produce the witnesses whose statements it wishes to use be any different from its obligation to produce the witnesses whose statements the defendant wishes to use? In each case, the state's duty is to facilitate the defendant's effort to present his case; the measure of that duty, then, should be the same. (aquí cita, Westen, Confrontation and Compulsory Process... 91 Harv. L. Rev. a la pág. 596 (1978)).

If this argument is correct, then confrontation is excused whenever the testimony of the declarant is unavailable, so long as this situation is not the prosecution's fault, and the Clause regulates only the conduct of the prosecution, and imposes no "substantive standard" upon the use of out-of-court statements against the accused. Looking more to what the Court has done than to what it has said, Westen concludes that it "has invoked the confrontation clause to prohibit the state from using an out-of-court statement only where the same evidence was available and capable of being produced in more reliable form..

The Westen argument is not directly supportable by the cases. Moreover, there is an answer to it: The Confrontation Clause, like the Due Process Clause, addresses the obligation of the prosecution in presenting its case. The latter requires the prosecution to bear the burden of persuasion beyond a reasonable doubt on every element of the charge against the accused; also to turn over to the accused exculpatory statements which it discovers in the course of its investigation; it prohibits convictions on the basis of proof which cannot convince a reasonable jury of defendant's guilt beyond a reasonable doubt; in certain circumstances it requires exclusion of evidence which may be insufficiently reliable. But no constitutional provision obliges the government actively to seek out exculpatory evidence, or to plan the strategy

of the defense, or advise the defendant how best to build his case: That is, the constitutional obligation of the prosecution with respect to its case against the defendant simply is not the same as its obligation with respect to the case of the defense. The question should be not so much why the obligation of the state under the Confrontation Clause should be different from its obligation under the Compulsory Process Clause, as why it should be the same. If an out-of-court statement offered against the accused is ever excludable under constitutional mandate, the reasons should be the absence of those indicia of reliability which would obviate the need for precisely those rights secured by the Confrontation Clause. Of course the accused may be entitled to relief from a conviction dependent upon an out-of-court statement by a declarant fully confronted at trial if, under the circumstances, the statement cannot reasonably bear the weight which sustaining the conviction would require, and here the Due Process Clause may be the mechanism for relief. But this fact does not suggest that the Confrontation Clause can never require exclusion of an unopposed statement by an unavailable witness.

While what the Supreme Court has done does not support the idea that the Confrontation Clause may require exclusion of an out-of-court statement by an absolutely unavailable witness, what it has said certainly points in this direction, as do occasional decisions by Courts of Appeal.

Waiver of confrontation rights. Twice the Court has suggested that the strict notion of waiver as the intentional relinquishment of a known right applies in connection with the Confrontation Clause, although the Court has also found waiver in conduct by the accused which far from fits that description.

When it comes to the use in evidence of out-of-court statements against the accused, application of the Confrontation Clause is so technical and complex that the decision of trial counsel should ordinarily bind his client. In other words, it is fair to view as waiver a

stipulation for receipt of such a statement, or failure to object when it is offered.

When the question is whether prior testimony should be excluded under the Clause, or whether the declarant must be summoned to testify, the previous strategy of the accused in cross-examining or not cross-examining the witness should not be viewed in terms of waiver. It makes no sense to require the accused to guess whether the witness will or will not be called at the subsequent trial. Moreover, it is foolish to suggest that where the accused does cross-examine the declarant, he secures his right to require the presence of the declarant at trial, since the foresight of the accused avoided any waiver argument, or that where the accused does not cross-examine the witness, he has no right to cross-examine the witness if he does appear at trial, and no right to require his appearance either. Rather, the effect of previous cross-examination should be viewed in terms of whether confrontation is or is not excused, as previously discussed. 4 Louisell-Mueller, Federal Evidence, supra, sec. 418, págs. 150-166.

Una última observación sobre esta regla. Aunque el Derecho de la prueba es en buena medida no-legislativo, responde como en el caso de los privilegios y la prueba de referencia a claras directrices de política pública.

En State v. Slider, 688 P.2d 538 (1984) se planteó la cuestión de si la Regla 802 (equivalente a nuestra Regla 61) impedía la admisión de cierto tipo de prueba de referencia. Se alegaba en aquel caso que la doctrina de separación de poderes constituía un impedimento para que la asamblea legislativa aprobara legislación en materia de excepciones a la prueba de referencia (se trataba de una ley que hacía admisible como excepción a la regla de prueba de referencia, la declaración de un menor en los casos de delito de abuso

sexual; véase en Puerto Rico el P. de la C. 841).

Se despachó el argumento en parte porque la Regla 802 de Washington -de la misma forma que la nuestra- disponía que "except as provided by these rules, by other court rules, or by statute", no será admisible prueba de referencia, e.t.c. Se interpretó, a partir de esta expresión, que el tribunal supremo del estado había reconocido, tácitamente, el poder de la legislatura para legislar en materia de prueba de referencia. Igual solución se impondría en Puerto Rico (ver, sección 6 del artículo V de la Constitución) y con más razón ya que en nuestra jurisdicción existen reglas como la 64(B)(5) y la 65(W), destinadas en parte a estimular el crecimiento y desarrollo del derecho probatorio, en cuanto a la prueba de referencia. En Slider la contención era que el Tribunal Supremo de Washington se había negado a incorporar las cláusulas residuales a sus reglas.

Regla 62. Admisiones

Es admisible como excepción a la regla de prueba de referencia una declaración ofrecida contra una parte si la declaración:

- (A) Es hecha por dicha parte, bien en su capacidad individual o representativa, o
- (B) es una que dicha parte ha adoptado como suya o ha expresado creer en su veracidad, teniendo conocimiento de su contenido, o
- (C) es hecha por una persona autorizada por dicha parte a hacerla en relación con el asunto objeto de la declaración, o
- (D) es hecha por el agente empleado de dicha parte referente a una materia dentro del ámbito de la agencia o empleo, durante la existencia de la relación,
- (E) es hecha por un coconspirador de dicha parte durante el curso de la conspiración y en la consecución del objetivo de ésta.

Regla propuesta:

La regla de prueba de referencia no hace inadmisibles una declaración ofrecida contra una parte si la declaración:

- (A) Es hecha por dicha parte, bien en su capacidad individual o representativa, o
- (B) es una que dicha parte ha adoptado como suya o ha expresado creer en su veracidad, teniendo conocimiento de su contenido, o
- (C) es hecha por una persona autorizada por dicha parte a hacerla en relación con el asunto objeto de la declaración, o
- (D) es hecha por el agente empleado de dicha parte referente a una materia dentro del ámbito de la agencia o empleo, durante la existencia de la relación,

(E) es hecha por un coconspirador de dicha parte durante el curso de la conspiración y en la consecución del objetivo de ésta.

COMENTARIOS

El Comité ha seguido una tónica constante de no recomendar enmiendas a las reglas hasta no tener claro cuáles son las bases exactas de un problema y conciencia de las posibles repercusiones de una reforma, por pequeña que sea.

La Regla 62 presenta problemas de indudable interés teórico y práctico, sobre todo en su inciso (E). Se ha recomendado, en relación a este inciso, una enmienda que incorporaría un cuarto requisito al catálogo de los existentes: el requisito de confiabilidad. Mueller, The Federal Coconspirator Exception: Action, Assertion, and Hearsay, 12 Hofstra L. Rev. 323, 388 (1984). Véase sin embargo, U. S. v. Inadi, 89 L. Ed. 2d 390 (1986). El Comité se asignó, en esta etapa, la labor de identificar estos problemas. En muchas de estas áreas, además, ni los progresos de la jurisprudencia ni los del análisis teórico permiten llegar a soluciones susceptibles de ser reducidas a una fórmula o principio categórico.

Los problemas comunes a todos los incisos son básicamente dos. El primero tiene que ver con el requisito de confiabilidad que la Regla 62 no exige para ninguno de sus incisos. Auto - Owners Ins. Co. v. Jensen, 667 F.2d 714, 722 (1981); United States v. Robinson, 546 F.2d 309, 313 (1976); United States v. Porter, 544 F.2d 936, 938 (1976); Advisory Committee's Note to F. R. E. 801 (d)(2). Las manifestaciones de una parte, aunque no estén basadas en el

conocimiento personal y sean en la forma de opiniones o inferencias, son admisibles contra dicha parte (compárese con la Regla 64(B)(3) donde sí se exige ese requisito). La admisibilidad de las manifestaciones, a pesar del no cumplimiento de estos requisitos, se basa en la naturaleza del sistema adversativo; es admisible cualquier manifestación o conducta de una parte litigante que tienda a desacreditar o a contradecir alguna de las contenciones de dicha parte en el pleito.

A. B. A. Section of Litigation, Emerging Problems Under the Federal Rules of Evidence, págs. 243-244 (1983).

La dificultad se plantea, especialmente, en el caso de las admisiones autorizadas (inciso C) y las vicarias (inciso D). Mahlandt v. Wild Canid Survival & Research Center, Inc., 588 F.2d 626, 629 - 630 (1978); Oreck Corp. v. Whirlpool Corp., 639 F.2d 75-80 y n. 3 (1980); Rutherford v. State, 605 P.2d 16 (1979); Shea v. City of Honolulu, 692 P.2d 1158 (1985).

El segundo asunto debatible es el de si las manifestaciones o declaraciones de los agentes del gobierno son admisibles contra éste bajo los incisos (C) y (D) de la regla. Los tribunales federales están divididos sobre el punto. Emerging Problems, supra, 244-245; United States v. Kampiles, 609 F.2d 1233 (1979); United States v. Santos, 372 F.2d 177, 180 (1967). En este último caso se resolvió que las declaraciones de un empleado de la C. I. A. no podían considerarse como hechas por un "agente" del gobierno para propósitos de la Regla 62(D). En Kampiles, por su parte, el tribunal expresó que, y citamos, "agents of the government are supposedly disinterested in

the outcome of the trial and are traditionally unable to bind the government." Véase, por el contrario, United States v. Morgan, 581 F.2d 933 (1978); United States v. AT & T, 498 F. Supp. 353, 356-58 (1980); United States v. Pena, 527 F.2d 1356, 1361 (1976). Los tribunales estatales están igualmente divididos. Compárese, Rutherford v. State, 605 P.2d 16 (1979) con State v. Buckner Constr. Co., 704 S. W. 2d 837 (1985).

El inciso (A) de la Regla no ha presentado mayores problemas en su aplicación. Las manifestaciones de una parte pueden constituir admisiones bajo esta regla independientemente de que sean orales o escritas. United States v. Moran, 759 F.2d 777, 786 (1985); State v. Clark, 331 S.E. 2d 496 (1985); United States v. Harris, 738 F.2d 1068, 1073 (1984); Beamon v. State, 286 N.W.2d 592 (1980). Hay que distinguir las admisiones extra-judiciales de las que se hacen formalmente dentro del proceso judicial, tal como la declaración de culpabilidad o una admisión durante el "discovery". Fassihi v. St. Mary's Hospital, 328 N.W.2d 132 (1983); Dinter v. Brewer, 420 So. 2d 932 (1982). Sobre el efecto probatorio de una admisión judicial en Puerto Rico, véase, Ocasio v. Díaz, 88 D.P.R. 676, 702-709 (1963) (admisión de paternidad durante el "pretrial").

Claro está, el hecho de que una declaración sea admisible bajo este inciso -o cualquier otro inciso- de la regla, en modo alguno significa que la prueba no deba ser excluida si la Constitución, leyes u otras reglas de la prueba exigen esa solución. En ocasiones, la Regla 19 será el mecanismo indicado para excluir

prueba de escaso valor probatorio (cuando, por ejemplo, falte el conocimiento personal del declarante).

Bajo el inciso (B), el declarante puede adoptar la declaración de otro expresamente, hipótesis que no presenta dificultad alguna, United States v. Shulman, 624 F.2d 384, 390-391 (1980); U.S.M.V.

Contanzo, 581 F.2d 28, 34 (1978), o de forma tácita, situación que sí es menester examinar cuidadosamente a la luz de cada circunstancia. 4 Louisell - Mueller, Federal Evidence, sec. 424 pág. 264 (1980).

En los casos por jurado este inciso puede dar lugar a dificultades de procedimiento bajo la Regla 9 de Evidencia, es decir, en torno a si es al tribunal o al jurado a quien corresponde finalmente la determinación sobre la admisibilidad en evidencia de una admisión por adopción. Se ha comentado al respecto:

When a statement is offered under Rule 801(d)(2)(B), sometimes its capacity for mischief in the case simply cannot be ignored. If the statement makes a positive assertion harmful to the party against whom it is offered, and if the surrounding circumstances leave room for the trier to conclude, or even to assume, that the speaker may have known whereof he spoke, then resolving the admissibility question under Rule 104(b) presents grave risks. Under the lastnamed provision, the judge would admit such a statement if he concluded that the jury, on the basis of the evidence presented, could reasonably find that the party against whom the statement is offered had adopted it.

With respect to such a statement, the question of admissibility under Rule 801(d)(2)(B) should be left to the trial judge under Rule 104(a) Other times, however, a statement offered under Rule 801(d)(2)(B) poses no serious threat of mischief. Where the statement is framed simply as a question, and if it implies

little or no knowledge of or suggestion from the speaker, or even where it amounts to a demand for payment or claim of duty or obligation rather than an assertion of historic fact, sharing the question of admissibility with the jury poses little risk". 4 Louisell - Mueller, Federal Evidence, supra, pág. 292-3; véase también, S. Saltzburg K. Redden, Federal Rules of Evidence Manual, 738 (4th. ed. 1986) (sugieren que las determinaciones bajo este inciso estén a cargo del tribunal, Regla 9(A)).

En los casos criminales cuando la controversia es si el acusado adoptó por silencio unas manifestaciones en su contra, y éstas son altamente perjudiciales, la jurisprudencia federal favorece el recurso a la Regla 9(A). Naples v. United States, 344 F.2d 508, 509, 511 (1964); Arpan v. U. S., 260 F.2d 649, 654 - 656 (1958). También se favorece que sea el juez el que determine -al amparo de la Regla 9(A)- si la naturaleza de la declaración y las circunstancias del caso indican "adopción". U. S. v. Moore, 522 F. 2d 1068, 1074 - 1076 (1975); Arpan v. U. S., supra. Sin embargo, no faltan señalamientos sobre la deseabilidad de que el juez y el jurado compartan funciones a la luz de los principios de pertinencia condicionada. United State v. Giese, 597 F. 2d 1170, 1196 (1979) ("Whether in the light of all the surrounding facts, the defendant actually heard, understood, and acquiesced in the statement"); Orser v. United States, 362 F.2d 580, 584 (1966).

La típica admisión tácita es la admisión por silencio. Los casos civiles no presentan mayores problemas; se entiende que es admisible la admisión por silencio si una persona razonable hubiera negado la declaración en circunstancias similares. El Tribunal

Supremo de Nebraska ha simplificado enormemente la cuestión: tan sólo se exige que la parte esté presente mientras se hace la manifestación, la escuche y no la objete o niegue. M. v. C. M., 338 N.W. 2d 764 (1983).

Los casos criminales presentan aspectos más espinosos. Tanto los tribunales estatales como federales han tenido en cuenta los siguientes factores a la hora de decidir si es admisible este género de prueba contra los acusados: (1) si el acusado escuchó la manifestación de referencia, United States v. O'Connor, 737 F.2d 814, 821 (1984); United States v. Sears, 663 F.2d 896, 904 (1981); United States v. Fortes, 619 F.2d 108, 116 (1980); (2) si el acusado entendió dicha manifestación, United States v. Sears, *supra*, United States v. Moore, *supra*, Sandez v. United States, 239 F.2d 239, 246 (1956); (3) si la materia objeto de la declaración era del conocimiento personal del acusado, United States v. King, 560 F. 2d 122, 134-135 (1977); (4) si el acusado estaba física o mentalmente incapacitado para responder, United States v. Fortes, *supra*, Arpen v. United States, *supra*, y, (5) si una persona razonable hubiera negado la declaración en circunstancias similares. Véase, Doisher v. State, 658 P.2d 119 (1983); Thomas v. State, 663 S.W.2d 745 (1984); People v. Pappadinkis, 705 P.2d 983, 987 (1985); véase también el comentario a la Regla 801 de Ohio; *idem*, comentario a la Regla 801 de Vermont.

Otras jurisdicciones han adoptado modelos menos elaborados para precisar la cuestión de si el silencio implica adopción en los casos

criminales. State v. Anderson, 409 A.2d 1290 (1979); State v. Johnson, 472 A.2d 1367 (1984); Wauqua v. State, 694 P.2d 532 (1985).

Existe una tercera orientación que excluye la prueba de admisión por silencio del acusado cuando el "silencio" es la única evidencia o criterio de la "adopción". Michigan ha elevado este principio a su Regla 801 (d)(2)(B) incorporando incluso el lenguaje "subject to the rule in People v. Boro, 390 Mich. 355 (1973)", solución vivamente criticada habida cuenta del principio que desfavorece codificar principios constitucionales discutibles en las reglas de evidencia. Robinson, Robinson, 1984 Annual Survey of Michigan Law - Evidence, 31 Wayne L. R. 537 - 587 - 589 (1984). Además, la norma ha dado paso a una jurisprudencia conflictiva. People v. Hurd, 301 N.W.2d 881 (1981); People v. Bailey, 304 N.W.2d 507 (1981).

En Puerto Rico existe jurisprudencia que sostiene la admisibilidad contra acusados, de admisiones por adopción tácita. Pueblo v. Millan, 35 D.P.R. 889 (1926); Pueblo v. Marrero, 41 D.P.R. 951 (1931); Pueblo v. Gelpí, 59 D.P.R. 556 (1941); Pueblo v. Rivera 71 D.P.R. 124 (1950). Todos estos casos se resuelven con anterioridad a la vigencia de la Constitución del Estado Libre Asociado.

El Pueblo v. Alvarez Trinidad, 85 D.P.R. 593 (1962) el Tribunal Supremo resolvió que la protección constitucional, sec. 11, Art. II de la Carta de Derechos (silencio del acusado) amparaba al acusado desde el momento de su arresto y que el silencio del arrestado al enfrentarse a la inculpación de un co-partícipe, cómplice o persona particular durante la investigación criminal o durante el proceso

debería tenerse en cuenta, ni comentarse en su contra bien
 como una admisión por adopción, admisión tácita o
 excepción a la prueba de referencia (85 D.P.R. 593, 598). Véase
 también, Pueblo v. Esquilín Paris, 96 D.P.R. 415 (1968) y 98 D.P.R.
 505 (1969); 1 Chiesa, Práctica Procesal Puertorriqueña, Evidencia,
 págs. 295 - 296 (1985); 4 Louisell - Mueller, Federal Evidence, sec.
 424, págs. 275 et seq.

En Pueblo v. González Colón, 110 D.P.R. 812 (1981) el Tribunal
 Supremo aclara que el derecho constitucional de un acusado a que no
 se haga inferencia alguna o comentario en su contra, con relación a
 su silencio, se retrotrae sólo hasta la etapa de investigación poli-
 cíaica, cuando el acusado era ya un sospechoso, pero no a una etapa
 anterior. Véase también, Pueblo v. Ríos Alvarez, 112 D.P.R. 92
 (1982).

Los casos federales normativos sobre este tema son Griffin v.
California, 380 U. S. 609 (1965), Doyle v. United States, 426 U.S.
 610 (1975), Jenkins v. Anderson, 447 U.S. 231 (1980) y Fletcher v.
Weir, 455 U. S. 603 (1982). Griffin resuelve que todo comentario o
 implicación en torno al silencio del acusado viola la Quinta
 Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos. Este caso prohíbe
 el comentario al silencio del acusado como prueba de cargo, pero no
 necesariamente como prueba de impugnación. Doyle resuelve que el
 silencio post-arresto, tras impartirse las advertencias de Miranda,
 no puede ser utilizado ni siquiera para fines de impugnación. Esta
 opinión deja abierto el problema del posible uso del silencio en

etapas anteriores al arresto. En Jenkins se resuelve que el silencio pre-arresto puede utilizarse para impugnar la credibilidad del acusado que, renunciando a su derecho a no declarar, opta por sentarse a declarar a su favor. En cuanto al caso del silencio post-arresto sin las advertencias de Miranda, Fletcher resuelve que es permisible contrainterrogar al acusado que opta por no declarar con relación a su silencio post-arresto, si el "record" no indica que se le hubieran impartido las advertencias durante el período en que permaneció en silencio tras su arresto.

El inciso (C) se refiere a las situaciones en que una parte ha autorizado a una persona a hablar por ella en relación a determinado asunto. Se ha aplicado, por ejemplo, a las situaciones en que un abogado manifiesta algo a nombre de su cliente, sea o no durante el trámite judicial. Eisbrenner v. Stanley, 308 N.W.2d 209 (1981); Camera on County v. Velasques, 668 S.W.2d 776 (1984); Karp. v. University of North Carolina, 336 S.E.2d 640 (1985). Incluso, el perito o experto que una parte contrata es "una persona autorizada por dicha parte". Véase, Collins v. Wayne Corp., 621 F.2d 777, 782 (1980). Este caso ha sido objeto del siguiente señalamiento:

"One difficulty with this case is that it is not clear that an expert is an agent or servant in a continuing capacity for purposes of Rule 801(d)(2)(D). It is facially correct to say that an expert is a person authorized to make a statement, but it is equally correct that the expert is not speaking on behalf of, or with the authority to bind, the principal until the principal adopts the expert's statement. The conceptual problem with Collins is that, if extended, very time a party takes a statement

from a witness, even one associated with an adverse party, the party could be said to authorize the witness to make the statement and it could be classified as an admission of the party taking the statement. The Advisory Committee apparently wanted to assure that statements made by corporate officers, or employees of other businesses, for the purpose of conveying information throughout the enterprise ought to be considered as agents' statements, even if the communicator was speaking about activities of other personnel. Collins goes well beyond this and may require careful consideration in future case. Emerging Problems ..., supra, 242 - 243."

El inciso (D) se refiere a la relación agente-principal. Nótese que aun en ausencia de autorización expresa, una declaración podría ser admisible si la declaración se refiere a una materia dentro del ámbito de la agencia o empleo, y fue hecha durante la existencia de la relación. Véase, Mercurdo v. Milwaukee County, 264 N.W.2d 258 (1978).

El problema más comentado bajo este inciso ha sido, nuevamente, el del conocimiento personal del declarante. Ninguno de los dos incisos, (C) y (D), lo exigen. Se ha sugerido, sin embargo, lo siguiente:

"All employee statements admissible under this exception would be based on personal knowledge and would be against either the employee's or the employer's interest when made. Some employee utterances may be unreliable even though they technically fit under the exception, for instance: employee statements which cast blame on others, (including employers and fellow employees) and those made in haste. Their reliability depends on the extent of employees' personal knowledge and other facts and circumstances surrounding the making of the statement, including employees' own interests. Therefore, courts should be given discretion

under such an exception to exclude any statements that appear untrustworthy. Since the crucial issue is the employee's interest at the time of the utterance, employers could offer their own employees' statements into evidence. Again, the need for such statements is to prove matters about which employees, and not employers, are likely to have personal knowledge." Bein, Parties Admissions, Agent's Admissions: Hearsay Wolves in Sheep's Clothing, 12 Hofstra L. Rev. 393, 452 (1984).

Desde la adopción de las Reglas Federales en el 1975, los problemas de procedimiento que suscita el inciso (E) han sido objeto de numerosa jurisprudencia. Sobre tres puntos hay casi-unanimidad de criterios: (1) Corresponde al juez exclusivamente determinar si los requisitos de la Regla 62 (E) están presentes. (2) El tribunal debe recibir prueba independiente de la declaración misma, que tienda a demostrar el hecho de la conspiración. (3) El estado tiene que demostrar por preponderancia de la prueba y como condición a la admisibilidad de la declaración, que el declarante y el acusado o acusados conspiraron (y que las manifestaciones se hicieron estando vigente la conspiración y en la consecución de su objetivo). Como vemos, todos éstos son de una forma u otra, aspectos del mismo problema. Entre las exposiciones clásicas de la materia, pueden consultarse con provecho, Maguire y Epstein, Preliminary Questions of Fact in Determining the Admissibility of Evidence, 40 Harv. L. Rev. 392 (1927); Morgan, Functions of Judge and Jury in the Determination of Preliminary Questions of Facts, 43 Harv. L. Rev. 165 (1929). Para estudios más recientes que enfocan más directamente el problema del coconspirador, véase, Kessler, The

Treatment of Preliminary Issues of Fact in Conspiracy Litigations
Putting the Conspiracy Back Into the Co-conspirator Rule, 5 Hofstra
 L. Rev. 77 (1976); Bergman, The Co-conspirators' Exception: Defining
the Standard of the Independent Evidence Test Under the New Federal
Rules of Evidence, 5 Hofstra L. Rev. 99 (1976); Mueller, The
Federal Co-conspirator Exception: Action, Assertion, and Hearsay,
 12 Hofstra L. Rev. 323 (1984); 1 Louisell y Mueller, Federal
Evidence, supra, Sec. 29 (1986 Pocket Supplement); Hinde, Federal
Rule of Evidence 801(d)(2)(E) and The Confrontation Clause: Closing
the Window of Admissibility for Coconspirator Hearsay, 53 Fordham L.
 Rev. 1291-1331 (1985).

Una cuarta cuestión no parece definitivamente resuelta ni en la jurisprudencia, ni en la doctrina. Se trata del orden de la prueba y la necesidad de celebrar una vista separada para llegar a la determinación de si la excepción del co-conspirador aplica. El conjunto de casos fluctúa un tanto en este punto, lo que ha creado una situación jurídica bastante confusa y ha arrojado dudas sobre el verdadero alcance y significado del consenso logrado en torno a los tres puntos que preceden. 1 Louisell y Mueller, supra, pág. 94 (1986 Pocket Supplement).

Dos decisiones han ejercido una importante influencia entre los tribunales federales. La del Quinto Circuito, United States v. James, 590 F.2d 575 (1979), certiorari denegado, 442 U.S. 917 (1979) y la del Octavo Circuito, United States v. Bell, 573 F.2d 1040 (1978), 44 A.L.R. Fed. 617. En el Primer Circuito merecen especial

mención, United States v. Petrozziello, 548 F.2d 20 (1977) y United States v. Ciampaglia, 628 F.2d 632, 637 (1980).

Sobre el asunto de quién decide si la excepción aplica, ambos casos coinciden en que es el juez, bajo la Regla 104 (A) Federal (9 (A) de Puerto Rico), el destinado a resolver si la declaración es admisible. Para dar cuenta de los casos cada vez más numerosos que siguen esta orientación, veáse, United States v. Andrus, 775 F.2d 825, 836 (1985); United States v. Jackson, 757 F.2d 1486 1490 (1985); United States v. Scott, 730 F.2d 143, 148 (1984); United States v. Radseck, 718 F.2d 233, 236 (1983), United States v. Ammar, 714 F.2d 238, 246 n.4 (1983); United States v. Margiotta, 688 F.2d 108, 138 (1982); United States v. Bolla, 685 F.2d 929, 932 (1982); United States v. Fleishman, 684 F.2d 1329, 1337-1338 (1982); United States v. Dean, 666 F.2d 174, 179 (1982); United States v. Chaney, 662 F.2d 1148, 1153-1154 (1981); United States v. Federico, 658 F.2d 1337, 1342 (1981); United States v. Sutherland, 656 F.2d 1181, 1200 (1981).

La otra alternativa posible es la de tratar el problema de la declaración del co-conspirador como uno de pertinencia condicionada bajo la Regla 9 (B). En este caso, el juez comparte con el jurado la labor de determinar si la declaración es admisible. A tenor con este enfoque, el tribunal puede admitir "provisionalmente" la declaración, cuando el estado presenta "evidencia suficiente" para que el jurado pueda llegar en su día a una conclusión sobre si el acusado formó parte de la conspiración y si la declaración se hizo en el

curso y en la consecución de su objetivo.

En Puerto Rico se ha permitido que el juez, en su sana discreción, altere el orden lógico de la prueba para permitir que el fiscal presente en primer término evidencia de supuestas manifestaciones extrajudiciales de un alegado co-conspirador, sobre todo cuando la prueba está tan interrelacionada que resulta prácticamente imposible separarla. Pueblo v. Lebrón López, 96 D.P.R. 274, 281 (1968). La norma de este caso, anterior a las reglas, ha sobrevivido a la adopción de las Reglas Federales y las de Puerto Rico. Aún hoy cuenta con abundante jurisprudencia en apoyo. United States v. Medina, 761 F.2d 12, 17-18 (1985); United States v. Andrus, 775 F.2d 825, 837 (1985); United States v. Reda, 765 F.2d 715, 721 (1985); United States v. Jackson, 757 F.2d 1486, 1490 (1985); Llach v. United States, 739 F.2d 1322, 1237-1329 (1984); United States v. Harenberg, 732 F.2d 1507, 1513 (1984); United States v. Hewes, 729 F.2d 1302, 1312-1314 (1984); United States v. Winship, 724 F.2d 1116, 1121-1122 (1984); United States v. Ochoa, 564 F.2d 1155, 1157 n.2 (1977); McCormick, Evidence, Sec. 53 (Cleary ed., 1972; Pocket Part 1978); Kessler, The Treatment of Preliminary Issues of Fact in Conspiracy Litigations: Putting the Conspiracy Back Into The Conspirator Rule, 5 Hofstra L. Rev. 77 (1976).

El segundo elemento que la jurisprudencia tiene en cuenta es el de la necesidad de que el estado cuente con prueba independiente de la conspiración, más allá de la declaración que se ofrece. El requisito de la prueba independiente intenta eludir la posibilidad

de que la declaración logre acceso al registro a base exclusivamente del valor que aparenta tener. Como se ha dicho con fortuna, y citamos, "this precaution amounts to a tacit acknowledgment that the reasons for the co-conspirator exception are not so much reliability as practical experience, and it expresses the unease which is felt in admitting such statements on the bases of agency and party responsibility which underlie the other parts of the admissions doctrine set out in Rule 801 (d)(2)". Louisell y Mueller, Federal Evidence, supra, pág. 95 (1986 Pocket Supplement). La jurisprudencia no guarda tanta uniformidad, sin embargo, en torno a la cuestión de si el juez puede considerar la declaración ofrecida junto a la prueba independiente al decidir si se ha probado o no que el declarante era en efecto un co-conspirador.

Sobre el "standard" de la prueba necesaria para dejar establecida la existencia de la conspiración como requisito previo a la admisión de las manifestaciones extrajudiciales de un co-conspirador, las dos decisiones aludidas afirman que debe ser de preponderancia. Véase también, United States v. Rovetuso, 768 F.2d, 809, 820 (1985); United States v. Helm, 769 F.2d 1306, 1315 (1985); United States v. Stanley, 765 F.2d 1224, 1243-1244 (1985); United States v. Villarreal, 764 F.2d 1048, 1050 (1985); United States v. De Luna, 763 F.2d 897, 908-909 (1985); United States v. Savoca, 761 F.2d 292, 299 (1985). Naturalmente, en los casos en que el tribunal admite provisionalmente la declaración bajo la Regla 9 (B), alterando a estos efectos el orden lógico de la prueba, el

quantum es menor; se requiere entonces "evidencia sustancial" o prima facie. Pueblo v. Lebrón, supra, pág. 282.

La cuestión de si debe celebrarse o no una vista separada en ausencia del jurado para ventilar los problemas relativos a la admisión de este género de prueba es determinante. La solución que ofrece el caso de James es ya célebre.

A rule that puts the admissibility of conspirator statements in the hands of the jury does not avoid the danger that the jury might convict on the basis of these statements without first dealing with the admissibility question. It was this same danger which motivated the Supreme Court to hold in Jackson v. Denno*** that a criminal defendant is entitled to have a "reliable and clear cut determination of the voluntariness of (his) confession, including the resolution of disputed facts upon which the voluntariness issue may depend," made by someone other than the jury which is to determine his guilt or innocence.***

* * * *

The admissibility of a coconspirator's declarations in a conspiracy trial *** does pose problems precisely because they are relevant. Such evidence endangers the integrity of the trial because the relevancy and apparent probative value of the statements may be so highly prejudicial as to color other evidence even in the mind of a conscientious juror, despite instructions to disregard the statements or to consider them conditionally. As a result, such statements should be evaluated by the trained legal mind of the trial judge.

* * * *

***In our discussion above, we identify the danger to a defendant in a conspiracy trial when the government tenders a coconspirator's statement before laying the foundation for its admission. Courts have on occasion allowed such

statements to be heard by the jury upon the promise that the prosecutor will "connect it up". Of course, if it is connected up, the defendant suffers no prejudice in the order of proof. If, however, the judge should conclude at the end of the trial that the proper foundation has not been laid, the defendant will have been prejudiced from the jury's having heard the inadmissible evidence.

* * * *

Both because of the "danger" to the defendant if the statement is not connected and because of the inevitable serious waste of time, energy and efficiency when a mistrial is required in order to obviate such danger, we conclude that the present procedure warrants the statement of a preferred order of proof in such a case. The district court should, whenever reasonably practicable, require the showing of a conspiracy and of the connection of the defendant with it before admitting declarations of a coconspirator. If it determines it is not reasonably practical to require the showing to be made before admitting the evidence, the court may admit the statement subject to being connected up. United States v. James, supra, págs. 579, 581, 582.

Existe un consenso en la jurisprudencia estatal en torno a que no es necesario que el fiscal impute el delito sustantivo de conspiración para que la excepción del co-conspirador aplique. Dé hecho, la excepción se activa independientemente de cuáles sean los cargos o si el caso es de naturaleza civil o criminal. Williams v. State, 645 S.W. 2d 697 (1983); State v. Wright, 378 N.W. 2d 727 (1985).

Sin embargo, no existe un criterio uniforme sobre la cuestión del quantum de la prueba. Por lo menos doce jurisdicciones exigen evidencia suficiente o prima facie (Arizona, Arkansas, Colorado, Iowa, Maine, Minnesota, Nebraska, Nevada, New Mexico, Ohio, Oregon y Wisconsin). Véanse, por ejemplo, State v. Fletcher, 670 P.2d 411

(1983); Jackson v. State, 591 S.W.2d 685 (1979); People v. Rafaelli, 701 P.2d 881 (1985); Reihmann v. Forestner, 375 N. W. 2d 677 (1985); State v. Porter, 404 A.2d 590 (1979); State v. Black, 291 N.W.2d 208 (1980); State v. Boro, 253 N.W.2d 857 (1977); Crew v. State, 675 P. 2d 986 (1984); State v. Martin, 458 N.E.2d 898 (1983); State v. Farber, 666 P.2d 821 (1983); State v. Dorcey, 307 N.W.2d 612 (1981).

Por otro lado, Alaska, Delaware, Florida, Michigan, Oklahoma y Washington han adoptado el "test" de preponderancia de la prueba. Williamson v. State, 692 P.2d 965 (1984); Del. R. Evid. 01(d)(2)(E); State v. Morales, 460 So. 2d 410 (1984); People v. Vega, 321 N.W.2d 675 (1982); Laske v. State, 694 P.2d 536 (1985); State v. Guloy, 705 P.2d 1182 (1985). De acuerdo a este enfoque -no así bajo el de evidencia prima facie- el tribunal evalúa el peso de la prueba y la credibilidad de los testigos. De estos seis estados, Florida y Oklahoma han adoptado el procedimiento establecido en United States v. James, supra.

El requisito de evidencia independiente se ha incorporado de manera uniforme. Williamson v. State, supra; State v. Fletcher, supra; Williams v. State, supra; People v. Lewis, 710 P.2d 1110 (1985); Fla. Stat. Ann. sec. 90. 803 (18)(e); State v. Porter, supra; Mich. R. Evid. 801(d)(2)(E); State v. Black, 291 N.W.2d 208 (1980); State v. Boro, supra; Crew v. State, 675 P.2d 986 (1984).

Por último, los precedentes están bastante divididos en relación a cuál debe ser el orden de la prueba. Para los casos que favorecen la admisibilidad condicional de la evidencia, véase, State v.

Fletcher, supra; State v. Rapozo, 637 P.2d 786 (1981); State v. Curbello-Rodríguez, 351 N.W.2d 758 (1984). Para los casos que siguen la doctrina de James y en este sentido exigen con más o menos rigor, una determinación preliminar bajo la Regla 9(A), véase, People v. Vega, 321 N.W.2d 675 (1982); State v. Martin, 458 N.W.2d 898 (1983); State v. Anderson, 702 P.2d 486 (1985).

Como vemos, las respuestas que brinda la jurisprudencia son complejas y delicadas. Sin embargo, difícilmente una enmienda a las reglas permita simplificarlas.

Regla 63. Declaraciones Anteriores del Testigo

Es admisible como excepción a la regla de prueba de referencia una declaración anterior de un testigo que está presente en el juicio o vista y sujeto a ser contrainterrogado en cuanto a la declaración anterior, siempre que dicha declaración fuere admisible de ser hecha por el declarante declarando como testigo.

Regla propuesta:

La regla de prueba de referencia no hace inadmisibles una declaración anterior de un testigo que está presente en el juicio o vista y sujeto a ser contrainterrogado en cuanto a la declaración anterior, siempre que dicha declaración fuere admisible de ser hecha por el declarante declarando como testigo.

COMENTARIOS

El Comité tiene grandes reparos en relación con la actual Regla 63, pero se siente obligado a no recomendar una enmienda concreta en estos momentos, por dos razones, a saber:

(i) En Pueblo v. Esteves, 110 D.P.R. 334 (1980), el Tribunal Supremo pasó juicio sobre los méritos de esta regla, incluyendo una comparación voluntaria con la Regla Federal 801(d)(1). En efecto, en la parte II de la opinión (110 D.P.R. 334, págs. 340 - 345), el Tribunal, tras advertir las diferencias entre la Regla Federal y nuestra Regla 63, concluye que "las limitaciones establecidas en la regla federal no son necesarias", (pág. 341). Más adelante el Tribunal Supremo añade que "nos parece de mayor consistencia lógica nuestra regla (pág. 342). Ya en la parte I de la opinión el Tribunal

había abordado el problema constitucional -bajo la cláusula de confrontación- llegando a la conclusión de que la regla, de su faz, no adolece de vicio alguno. Terminó el Tribunal con esta oración: "La admisibilidad de declaraciones anteriores de un testigo que está ocupando la silla testifical, sujeto a contrainterrogatorio, es una de las instancias en que menos se vulnera el derecho a la confrontación." (pág. 339). El Tribunal, sin embargo, reconoce que bajo ciertas circunstancias particulares -como cuando el testigo alega no recordar-" la Enmienda Sexta de la Constitución Federal, en su cláusula relativa al derecho del acusado de confrontar los testigos de cargo, puede proporcionar un freno." (pág. 345). Parece que, a juicio del Tribunal Supremo, según Esteves, lo crucial, en cuanto al alcance o amplitud de la regla, es si el contrainterrogatorio en sala elimina o reduce sustancialmente los "peligros" de la prueba de referencia (110 D.P.R. 334, 342). El Tribunal Supremo estimó, le parece al Comité, que no se justifica limitar el alcance de la regla, sino, tal vez, excluir cierta prueba de referencia, caso a caso, cuando el contrainterrogatorio en sala sea insuficiente para que el juzgador pueda evaluar el valor probatorio de la declaración anterior. La cláusula de confrontación y la Regla 19 serán los vehículos para la exclusión.

(ii) El Comité no ha tenido el tiempo suficiente para estudiar las distintas versiones estatales de regla de admisión de declaraciones anteriores con miras a considerar sus efectos y determinar si recomienda una enmienda que recoja una posición intermedia entre la

Regla Federal 801(d)(1) y nuestra Regla 63.

El Comité, en estos momentos, recomienda que se estudie más a fondo la cuestión, especialmente la deseabilidad de esta "regla intermedia", por llamarla así. Nos explicamos. Las versiones extremas son:

(1) La Regla Federal 801(d), salvo las declaraciones sobre identificación de una persona (apartado (C) de la regla), limita la admisibilidad de declaraciones anteriores inconsistentes a aquellas "given under oath subject to the penalty of perjury at a trial, hearing, or other proceeding, or in a deposition."

La cuestión central bajo la regla es qué efecto ha de dársele a una declaración anterior de un testigo, inconsistente con su testimonio en corte. Anteriormente sólo se le daba efecto de impugnación y no valor sustantivo. Ahora se le da valor de evidencia sustantiva, como excepción a la regla general de exclusión de prueba de referencia. El requerir que la declaración anterior sea bajo juramento parece sensato y deseable, por lo menos, por dos razones: en primer lugar le añade un elemento de confiabilidad a la declaración, pues el declarante la hizo sujeto a perjurio. En segundo lugar, facilita establecer que verdaderamente la declaración anterior se hizo. Pero la limitación ulterior a que fuere hecha en un "juicio, vista u otro procedimiento, o deposición, parece limitar exageradamente el alcance y utilidad de la regla. Esto excluye las declaraciones juradas en la etapa investigativa y muchas otras declaraciones bajo juramento.

Por otro lado, la regla federal desalienta el uso de las declaraciones consistentes con el testimonio en corte, al limitar su admisibilidad a los casos en que se ofrece "to rebut an express or implied charge against him of recent fabrication or improper influence or motive". Esto parece deseable pues no permite que se admitan declaraciones anteriores consistentes de un testigo quien aún no ha sido impugnado. Debe primeramente obtenerse el testimonio "en vivo" de ese testigo, sin "reforzar" su testimonio con sus declaraciones anteriores consistentes; éstas deben esperar por la impugnación. Si no puedo "rehabilitar" mi testigo con las declaraciones anteriores consistentes, hasta que no sea impugnado, ¿por qué permitir su uso sustantivo? Adviértase, por otro lado, que el Tribunal Supremo de Puerto Rico, en Esteves, dice que las declaraciones anteriores deben ofrecerse luego de que el testigo haya sido sometido a un examen directo: "la Regla 63 sólo aplica cuando el declarante está ocupando la silla testifical durante o luego de haberse cubierto su testimonio directo y estando sujeto al contra-interrogatorio". (110 D.P.R. 334, 338)

(2) La Regla 63 de Puerto Rico.

La regla no distingue entre declaraciones anteriores inconsistentes y consistentes, lo que permite el uso desmedido de prueba de referencia. Al final del examen directo de un testigo, el abogado puede ofrecer y el juez admitir declaraciones anteriores consistentes, aunque el testigo no haya sido objeto de impugnación alguna. Por otro lado, la regla no distingue entre declaraciones

orales y escritas, bajo juramento o sin juramento. El uso de declaraciones anteriores orales y sin juramento, incluyendo las consistentes con el testimonio en corte, aparenta ser peligroso e innecesario, como regla general.

(3) La regla intermedia.

La regla intermedia sería una que:

(a) distinguiera entre declaraciones anteriores inconsistentes y consistentes. (con lo declarado por el testigo en corte), de forma que sólo permitiera el uso de las declaraciones anteriores consistentes en aquellas situaciones en que la parte las hubiera podido utilizar para "rehabilitar" a su testigo.

(b) sólo admitiría las declaraciones anteriores inconsistentes si éstas fueron hechas:

(i) bajo juramento - aunque no necesariamente en un juicio, vista, deposición u otro procedimiento formal o,

(ii) escritas, aunque sin juramento, cuando el tribunal estime que no hay duda de que sí fueron hechas.

(c) admitiría las declaraciones sobre identificación de una persona bajo cualquier circunstancia.

El Comité estima que la mejor regla es la "intermedia", pero deja que el tribunal resuelva esta situación, habida cuenta de su pronunciamiento, relativamente reciente, sobre la sabiduría de la Regla 63, en Pueblo v. Esteves, 110 D.P.R. 334 (1980).

Por último, el Comité desea mencionar para fines de comentar desarrollos y tendencias, el hecho de que recientemente se ha

recomendado una enmienda a la Regla 801(d)(1)(A) Federal, que excluiría un tipo de evidencia altamente susceptible a la "fabricación".

Según la enmienda propuesta, sólo un testigo con conocimiento personal de la materia sobre la que versa la declaración anterior, podría ser examinado en torno a la veracidad de lo anteriormente aseverado. Se pretenden excluir, por ejemplo, todas las declaraciones anteriores de testigos que meramente repiten lo afirmado por un tercero, a no ser que el testigo también tenga conocimiento personal de los hechos que dan base a la declaración. Así, si la declaración anterior del testigo consiste en que éste oyó al acusado hacer una admisión que lo incrimina, dicha declaración sería inadmisibile como prueba sustantiva a menos que el testigo tenga conocimiento personal de la conducta incriminante misma.

El profesor Graham ofrece el siguiente ejemplo. En un caso de robo, el fiscal llama como testigo a una amiga del acusado. La testigo declara que el día en que alegadamente se cometió el robo, ésta se vió con el acusado en un bar; que el acusado no se refirió a incidente alguno que lo incriminara, que su apariencia era normal y que no llevaba nada consigo. Pensemos que el fiscal posee una declaración escrita de la testigo que concierne a la noche en cuestión. Según la declaración, la noche de los hechos el acusado lucía agitado y sudoroso, portaba una bolsa de papel color marrón y, además, le confesó haber robado el banco. En el estrado, la testigo admite haber firmado la declaración pero la repudia como falsa.

Bajo la enmienda propuesta ("A Statement made on a former occasion by a declarant having an opportunity to observe the facts stated...") y que impone el requisito de conocimiento personal, la declaración anterior inconsistente sería inadmisibile como prueba sustantiva para probar que el acusado confesó haber cometido el robo ya que la testigo no tiene conocimiento personal de la materia o asunto (subject matter) que cubre la declaración anterior inconsistente (que el acusado, en efecto, robó el banco). Si sería admisible, sin embargo, como prueba sustantiva, aquella porción de la declaración anterior que afirma que el acusado estuvo en el bar, lucía agitado y sudoroso y portaba una bolsa de papel marrón. Sobre este aspecto de la prueba ("first-hand hearsay") la declaración demuestra suficientemente el conocimiento personal de la testigo sobre el asunto anteriormente aseverado.

"This type of statement--the 'double level hearsay' statement, typified by the admission/confession of the criminal defendant--is the kind of evidence that has most concerned the judicial system. Such statements raise the greatest risk of total fabrication by the witness and consequently the greatest danger of misapplication by the jury. Under either of the foregoing proposals, only 'first-hand hearsay' would be admissible. An admission or confession contained in a witness's prior inconsistent statement, the least reliable and most damaging evidence to the criminal defendant, would not be admitted as substantive evidence unless the declarant also had personal knowledge of the underlying event." American Bar Association, Section of Litigation, Proposed Amendments to the Federal Rules of Evidence (A Symposium February 22, 1985, Georgetown University Law Center, Washington, D. C.).

Regla 64. No disponibilidad del testigo

(A) Definición. "No disponible como testigo" incluye situaciones en que el declarante:

(1) Está exento o impedido de declarar por razón de un privilegio reconocido en esta regla en relación al asunto u objeto de su declaración, o

(2) insiste en no declarar a pesar de orden del tribunal para que declare, o

(3) testifica no recordar, o

(4) ha fallecido o está imposibilitado de comparecer a declarar por razón de enfermedad o impedimento mental o físico, o

(5) está ausente de la vista y el proponente de su declaración ha desplegado diligencia para conseguir su comparecencia mediante citación del tribunal.

No se entenderá que un declarante no está disponible como testigo si la alegada razón de la no disponibilidad ha sido motivada por la gestión o conducta del proponente de la declaración con el propósito de evitar que el declarante comparezca o declare.

(B) Cuando el declarante no está disponible como testigo, es admisible como excepción a la regla de prueba de referencia:

(1) Testimonio anterior: Un testimonio dado como testigo en otra vista o una deposición tomada conforme a derecho del mismo u otro procedimiento, si es ofrecido contra una persona que en la ocasión en que se hizo la declaración ofreció la misma para su beneficio o tuvo la oportunidad de contrainterrogar al declarante con un

interés y motivo similar al que tiene en la vista.

(2) **Declaraciones en peligro de muerte:** Una declaración hecha por una persona a base de su conocimiento personal y bajo la creencia de su muerte inminente.

(3) **Declaraciones contra interés:** Una declaración que al momento de ser hecha era tan contraria al interés pecuniario o propietario del declarante o le sometía al riesgo de responsabilidad civil o criminal, o tendía de tal modo a desvirtuar una reclamación suya contra otro, o creaba tal riesgo de convertirlo en objeto de odio, ridículo o desgracia social en la comunidad, que un hombre razonable en su situación no hubiera hecho la declaración a menos que la creyera cierta.

(4) **Declaraciones sobre historial personal o familiar:**

(i) Una declaración sobre el nacimiento, adopción, matrimonio, divorcio, filiación, parentesco por consanguinidad o afinidad, raza, linaje u otro hecho similar de historial familiar o personal del propio declarante, aunque éste no tuviera medios de adquirir conocimiento personal del asunto declarado.

(ii) Una declaración sobre la materia señalada en el inciso (i) anterior, y de otra persona incluyendo la muerte de ésta si dicha persona está relacionada con el declarante por parentesco de consanguinidad, afinidad o adopción o existe una relación tal entre el declarante y la familia de la otra persona que hiciera probable que el declarante tuviera información precisa referente al asunto declarado.

(5) Otras excepciones: Una declaración con suficiente garantía circunstancial de confiabilidad si se determinare que:

(i) tiene mayor valor probatorio, en relación al punto para lo que se ofrece, que cualquier otra evidencia que el proponente pudiera conseguir mediando esfuerzo razonable y

(ii) el proponente notificó a la parte contra quien la ofrece, con razonable anterioridad, su intención de ofrecer en evidencia tal declaración informándole sobre los particulares de ésta, incluyendo nombre y dirección del declarante.

Regla propuesta:

Regla 64. No disponibilidad del declarante como testigo

(A) La regla de prueba de referencia no hace inadmisibles una declaración de un testigo que:

(1) Está exento o impedido de declarar por razón de un privilegio reconocido en estas reglas en relación al asunto u objeto de su declaración, o

(2) insiste en no declarar a pesar de orden del tribunal para que declare, o

(3) testifica no recordar, o

(4) ha fallecido o está imposibilitado de comparecer a declarar por razón de enfermedad o impedimento mental o físico, o

(5) está ausente de la vista y el proponente de su declaración ha desplegado diligencia para conseguir su comparecencia mediante citación del tribunal.

No se entenderá que un declarante no está disponible como

testigo si la alegada razón de la no disponibilidad ha sido motivada por la gestión o conducta del proponente de la declaración con el propósito de evitar que el declarante comparezca o declare.

(B) Cuando el declarante no está disponible como testigo, es admisible como excepción a la regla de prueba de referencia:

(1) Testimonio anterior: Un testimonio dado como testigo en otra vista o una deposición tomada conforme a derecho del mismo u otro procedimiento si es ofrecido contra una persona que en la ocasión en que se hizo la declaración ofreció la misma para su beneficio o tuvo la oportunidad de contrainterrogar al declarante con un interés y motivo similar al que tiene en la vista.

(2) Declaraciones en peligro de muerte: Una declaración hecha por una persona a base de su conocimiento personal y bajo la creencia de su muerte inminente.

(3) Declaraciones contra interés: Una declaración que al momento de ser hecha era tan contraria al interés pecuniario o propietario del declarante o le sometía al riesgo de responsabilidad civil o criminal, o tendía de tal modo a desvirtuar una reclamación suya contra otro, o creaba tal riesgo de convertirlo en objeto de odio, ridículo o desgracia social en la comunidad, que un hombre razonable en su situación no hubiera hecho la declaración a menos que la creyera cierta.

(4) Declaraciones sobre historial personal o familiar:

(i) Una declaración sobre el nacimiento, adopción, matrimonio, divorcio, filiación, parentesco por consanguinidad o afinidad, raza,

linaje u otro hecho similar de historial familiar o personal del propio declarante, aunque éste no tuviera medios de adquirir conocimiento personal del asunto declarado.

(ii) Una declaración sobre la materia señalada en el inciso (i) anterior, y de otra persona incluyendo la muerte de ésta si dicha persona está relacionada con el declarante por parentesco de consanguinidad, afinidad o adopción o existe una relación tal entre el declarante y la familia de la otra persona que hiciera probable que el declarante tuviera información precisa referente al asunto declarado.

(5) Otras excepciones: Una declaración con suficiente garantía circunstancial de confiabilidad si se determinare que:

(i) tiene mayor valor probatorio, en relación al punto para lo que se ofrece, que cualquier otra evidencia que el proponente pudiera conseguir mediando esfuerzo razonable y

(ii) el proponente notificó a la parte contra quien la ofrece, con razonable anterioridad, su intención de ofrecer en evidencia tal declaración informándole sobre los particulares de ésta, incluyendo nombre y dirección del declarante.

COMENTARIOS

Regla 64 (A)

Aunque el Comité no recomienda enmiendas a esta Regla, considera oportuno hacer los siguientes señalamientos habida cuenta de un principio general: que las diferencias con la Regla Federal no sean fortuitas y obedezcan a un propósito particular y legítimo.

(1). La Regla Federal 804 (A)(1) se refiere al testigo que es "exempted by ruling of the court on the ground of privilege..." Nuestra Regla 64 (A)(1) omite la expresión "by ruling of the court". La expresión, en nuestra regla, "principio reconocido en nuestras reglas", supone que es insuficiente un reclamo específico de privilegio. Si el testigo invoca un privilegio, y no tiene razón, el tribunal debe así hacerlo constar y ordenar al testigo que declare. Por supuesto, si el testigo finalmente insiste en no declarar, continúa "no disponible" bajo la Regla 64 (A)(2).

El Comité entiende que debe rechazarse la pretensión de que un testigo que invoca el privilegio contra la autoincriminación está disponible cuando el Estado se niega a darle inmunidad. Si el Estado considera que no debe darle inmunidad, es válido el reclamo del privilegio y debe tenerse al testigo por no disponible, por lo que el Estado puede presentar entonces prueba bajo la Regla 64 (A). Véase United States v. Lang, 589 F. 2d. 92 (2d. Cir (1978)).

(2). Si el testigo testifica no recordar o insiste en no declarar, a pesar de apercibimiento de desacato, el testigo está no disponible bajo la Regla 64 (A). En el escolio 28 de Pueblo v. Esteves, 110 D.P.R. 334 (1980), se dispone, por vía de dictum, que si el testigo testifica no recordar y el tribunal determina en ausencia del jurado que está fingiendo y usando la falta de memoria como subterfugio para no declarar, puede usarse la Regla 63 y recibirse una "declaración anterior" bajo la Regla 63.

El Comité estima que si el testigo testifica no recordar y no se

somete a contrainterrogatorio sobre la declaración anterior, no puede usarse la Regla 63 -aunque el testigo sólo esté fingiendo falta de memoria -, pues se lesiona fatalmente el derecho a confrontación, salvo que la declaración anterior hubiere sido hecha sujeta a contrainterrogatorio. Cuando el testigo en corte testifica no recordar, o insiste en no declarar, sólo deben usarse las excepciones bajo las Reglas 62, 64 y 65, pero no la Regla 63.

(3). La Regla Federal 804 (A)(2) se refiere al testigo que "persists in refusing to testify concerning the subject matter of the statement; igualmente la Regla Federal 804 (a) (3) se refiere al testigo que "testifies to a lack of memory of the subject matter of his statement". La Regla 64 (A)(2) y la Regla 64 (A)(3) de Puerto Rico omiten lo relativo al "subject matter of his statement". El Comité entiende que la Regla de Puerto Rico debe ser entendida como si incluyera tal expresión. No se trata de no declarar sobre o no recordar la declaración anterior, sino el asunto o materia sobre lo que trata la declaración anterior. Compárese con la Regla 63, la cual sí se refiere a "ser contrainterrogado en cuanto a la declaración anterior.

(4). Con relación a la Regla 64 (A)(4), no hay diferencia significativa alguna con la Regla Federal 804 (a)(4). El criterio para determinar "no disponibilidad" es uno de razonabilidad, tomando en cuenta la naturaleza de la enfermedad o impedimento, la importancia de recibir el testimonio del testigo y la posibilidad o conveniencia de que el testigo comparezca a corte a declarar en esas condiciones

de salud física o mental.

(5). La Regla Federal 804 (a) (5) se refiere a situaciones cuando el testigo

"is absent from the hearing and the proponent of his statement has been unable to procure his attendance (or in the case of hearing exception under subdivision (b)(2)(3), or (4), his attendance or testimony) by process or other reasonable means"

Las partes subrayadas no están incluidas en nuestra Regla 64(A) (4). Adviértase cuánto más rigurosa es la Regla Federal. Cuando se va a recibir testimonio bajo la Regla 64 (B) (2), (3) ó (4), la Regla Federal no sólo exige al proponente haber realizado esfuerzo bona fide para que el testigo comparezca a corte a declarar, sino para haberle tomado una deposición. Si el proponente pudo haberle tomado una deposición -aunque ya no sea posible que comparezca a juicio- no puede admitirse la prueba de referencia. Esto se debió a una enmienda del Congreso; no proviene de la Regla según fue aprobada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Por otro lado, la Regla Federal añade "other reasonable means", haciendo aún más difícil la invocación de la Regla 804 (A) (5) como causal de "no disponibilidad". Por otra parte, como cuestión constitucional bajo la cláusula de confrontación, se exige al Pueblo un esfuerzo riguroso -aunque no fútil- para lograr la comparecencia a corte de los testigos de cargo. Véase Barber v. Page, 390 U.S. 719 (1968); Ohio v. Roberts, 448 U.S. 56 (1980) y Mancusi v. Stubbs, 408 U.S. 204 (1972). (En Mancusi el Tribunal Supremo estimó que el Ministerio Público no tenía que hacer esfuerzo más allá del

"subpoena power of the court"; se trataba de un ciudadano americano que se hallaba en Suiza). El Tribunal Supremo de Puerto Rico fue un poco menos riguroso, en cuanto a este aspecto, en Pueblo v. Ruiz Lebrón, 111 D.P.R. 435 (1981).

Regla 64(B)(1)COMENTARIOS

La presente excepción se basa en nociones de necesidad y confiabilidad. Necesidad, porque el testigo no está disponible y confiabilidad, porque el declarante estuvo sujeto a interrogatorio y a menudo, -aunque no siempre-, a contrainterrogatorio por la misma parte contra quien se ofrece la declaración.

El Comité entiende deseable aclarar que en nuestra jurisdicción, el testimonio anterior prestado en un proceso criminal contra otro acusado, es inadmisibile de acuerdo al texto y espíritu de nuestra Regla 64(B)(1). Quaere, sin embargo, si dicho testimonio en casos apropiados, y por gozar de suficientes garantías circunstanciales de confiabilidad, es admisible al amparo de la Regla 64(B)(5). Esta situación presentaría serias interrogantes constitucionales bajo la cláusula de confrontación y nuestra Sec. 11, Art. 2.

La confusión la puede haber generado un dictum en Pueblo v. Ríos Nogueras, 111 D.P.R. 647, 651 (1981) ("...a pesar de que la defensa de Otero contrainterrogó 'con un interés y motivo similar' al de Ríos, y ambos respondían a idéntica acusación por asesinato"). De acuerdo con nuestra regla -y con la 804(B)(1) federal- la parte contra quien se ofrece en el juicio el testimonio anterior tiene que ser la misma que en la ocasión anterior pudo haber contrainterrogado al declarante con un interés y motivo similar. La regla federal sólo exceptúa este requisito de identidad en casos civiles y sólo para el predecesor en interés. Véase, United States v. Monaco, 735

F. 2d 1173, 1175 (1984); Government of Canal Zone v. P. (Pinto), 590 F. 2d 1344, 1353-1354 (1979). Sin embargo, ni tan siquiera esta excepción fue adoptada en Puerto Rico para casos civiles. Dicen los autores Louisell y Mueller:

"It should be noted that in criminal cases Rule 804(b)(1) may be invoked only (énfasis original) against a party who had an opportunity to examine or cross-examine in the prior proceedings. Only in civil cases is the exception available when a 'predecessor in interest' of the party against whom the testimony is offered had an opportunity to examine or cross-examine in the prior proceedings. It follows that former testimony is not within the instant exception (énfasis suplido) when offered in a criminal case against the accused, where the accused was not party to the prior proceedings." 4 Louisell-Mueller, Federal Evidence, sec. 487, pág. 1101 (1980).

Otro asunto a destacar es el siguiente. En Puerto Rico, el Tribunal Supremo ha rechazado reiteradamente el argumento en el sentido de que el contrainterrogatorio en vista preliminar es de naturaleza distinta del que se practica en el juicio. Pueblo v. Ríos Nogueras, *supra*. Algunos tribunales han favorecido este argumento, People v. Smith, 597 P. 2d 204, 206-208 (1979), o han interpretado el requisito de no disponibilidad rigurosamente contra el estado. Government of Canal, *supra*; United States v. Lynch, 499 F. 2d 1011, 1023 (1974); Government of Virgin Islands v. Aquino, 378 F. 2d 540, 547, 552 (1967). La mayoría de las decisiones, sin embargo, coinciden con Ríos Nogueras y han rechazado el planteamiento. Véase, United States v. Allen, 409 F. 2d 611, 613 (1969); State v. Erickson, 241 N.W. 2d 854 - 862-63 (1976); Commonwealth v. Mustone, 233 N.E. 2d 1, 4 (1968). Nótese, por otra

parte, que si la defensa se ve impedida de contrainterrogar plenamente en la vista preliminar porque el tribunal limita el alcance del contrainterrogatorio, desaparece el fundamento constitucional para el uso del testimonio en el juicio si luego el testigo resulta no estar disponible. Distinto sería el caso si fuera la propia defensa la que autolimitara el contrainterrogatorio como cuestión de estrategia, práctica, además, bastante habitual en el enjuiciamiento criminal puertorriqueño. Este problema se ve acrecentado por la ausencia de un record en la vista preliminar.

El Comité sólo desea dejar expresada esta preocupación dada la tendencia liberal del Tribunal Supremo en la admisión del testimonio anterior prestado en vista preliminar. Paradójicamente, esta tendencia promueve que la defensa celebre un "mini-juicio" con los testigos de cargo, en detrimento del espíritu de la vista.

Unas últimas consideraciones de rigor. Primero, la Regla 64(B)(1) sólo atiende el problema relativo a la excepción a la regla de prueba de referencia. Por lo tanto, una declaración, a pesar de satisfacer los requisitos de la excepción, podría aún ser inadmisibile a tenor con otras reglas de la prueba de la misma forma que si se tratara de un testimonio en vivo. United States v. Cervantes, 542 F. 2d 773, 778 (1976); Hackley v. Roudebush, 520 F. 2d 108, 156 n. 195 (1975); Scotti v. National Airlines, Inc., 15 F.R.D. 502 - 503 (1954).

Segundo, esta regla no afecta la admisibilidad del testimonio anterior que se ofrece para probar, no la verdad de lo aseverado en

otra ocasión, sino porque tiene un significado independiente en el caso. United States v. Arias, 575 F. 2d 253, 254-55 (1978). Tampoco la regla limita el uso del testimonio anterior para propósitos de refrescar la memoria de un testigo o impugnar su credibilidad. Si el testigo puede ser conainterrogado en el tribunal con relación al testimonio anterior, éste es admisible como prueba sustantiva bajo la Regla 63.

Tercero, la regla no pretende establecer el método a utilizarse para introducir en el juicio el testimonio anterior de un testigo no disponible. Para las ocasiones en que se presta el testimonio original en vista preliminar ordenada por la Regla 23 de Procedimiento Criminal, véase, Pueblo v. Ríos Nogueras, supra; Pueblo v. Lebrón González, 113 D.P.R. 81 (1982). Normalmente, de existir, la transcripción oficial será el método ideal, pero nótese que pueden existir métodos alternos ya que lo que se intenta probar es el testimonio anterior y no la transcripción oficial. Por esta razón, no aplica la regla de la mejor evidencia.

Se ha sugerido que el término "procedimiento" "shbuld be read broädly as embracing any official inquiry conducted in a manner authorized by law, whether judicial, administrative, legislative, investigative, or inquisitorial in nature. The term 'testimony' should be read to embrace only those statements which are (i) sworn, (ii) subject to penalty or perjury, (iii) on the record (that is, recorded stenographically or electronically), (iv) all pursuant to legally authorized routine." 4 Louisell - Mueller, Federal

Evidence, supra, pág. 1082.

En Puerto Rico, para los casos criminales, el Tribunal Supremo resolvió en Pueblo v. Ríos Nogueras, supra, que la vista en que se rinde el testimonio previo, tiene que tener "carácter judicial, de modo que sus procedimientos puedan relatarse o citarse como lo actuado ante un tribunal" (pág. 653-654).

Regla 64(B)(2)COMENTARIOS

El principio que recoge nuestra Regla 64(B)(2) cuenta con una jurisprudencia antigua y abundante. Véase, Pueblo v. Ortiz, 42 D.P.R. 135 (1931); Pueblo v. Claudio, 93 D.P.R. 133, 138 (1966); Aguilar v. Pueblo, 49 D.P.R. 668 (1936); Pueblo v. Quirós, 48 D.P.R. 962 (1935); Pueblo v. Mejías, 47 D.P.R. 282 (1934); Pueblo v. Pierantoni, 60 D.P.R. 13 (1942). La regla federal es más restrictiva pues la declaración tiene que referirse a la causa o circunstancia de la muerte y sólo puede usarse en casos criminales si la acusación es por asesinato u homicidio.

El Comité considera que esta regla no ha presentado mayores problemas en su aplicación. La misma exige que el declarante crea inminente su muerte al momento de la declaración, aunque no exige que en efecto haya fallecido. Esta creencia subjetiva se puede probar de varias formas. En ocasiones, la propia declaración es suficiente siempre que arroje luz sobre los sentimientos y creencias del declarante. United States v. Barnes, 464 F. 2d 828, 831 (1972); United States v. Etheridge, 424 F. 2d 951, 959, 965 - 967 (1970). Otras veces, habrá que recurrir necesariamente a evidencia circunstancial como, por ejemplo, prueba acerca de lo informado al declarante sobre su condición, United States v. Mobley, 421 F. 2d 345, 347 - 348 (1970), o, en torno a la naturaleza y gravedad de las heridas o enfermedad. United States v. Barnes, *supra*; United States v. Etheridge, *supra*. También se ha admitido la prueba de opinión de

un facultativo u otras personas que reconocieron al declarante.

United States v. Mobley, supra, 347 - 348.

Sobre el requisito de que al momento de la declaración la persona tenga una creencia de su muerte inminente se ha dicho:

"The exception requires an expectancy of imminent death, and the knowledge of a terminally ill or fatally injured person that death is likely to come in a matter of years, months, or even weeks should not suffice (aquí se cita, Carver v. United States, 160 U.S. 553 (1986) y United States v. Lemonakis, 485 F. 2d 941, 956 (1973)). 'Imminent' should not be interpreted, however, as imposing a particular time limit, and should be viewed in light of its purpose to insure the presence of psychological forces which tend to insure veracity". 4 Louisell - Mueller, Federal Evidence, sec. 488, págs. 1124 - 1125 (1980).

Regla 64 (B)(3)COMENTARIOS

Como es sabido, esta regla 64(B)(3) -lo mismo que la Regla Federal 804(b)(3)- expande significativamente el alcance de la norma tradicional, que limitaba la "declaración contra interés" al interés propietario o pecuniario. Se reconoce ahora, además, el interés civil y el interés penal. La regla de Puerto Rico va más lejos que la federal, al incluir la declaración contra interés social. Esta crea tal riesgo de convertir al declarante en objeto de odio, ridículo o desgracia social en la comunidad, que un hombre razonable en su situación no hubiera hecho la declaración a menos que la creyera cierta. Consúltese con fines comparativos, Furlow, Pennington, Determining What Types of Hearsay Disparage a Declarant's "Social Interest": An Innovation for Texas Evidence Law 48 Tex. B. J. 1058 (9) (1985), Furlow, Sin, Suffering, and "Social Interest": A Hearsay Exception for Statements Subjecting the Hearsay Declarant to "Hatred, Ridicule, or Disgrace". 4 Review of Litigation 367-452 (1985). La regla federal no alcanza este tipo de declaración. (La exclusión obedece a enmienda del Congreso; éste eliminó la parte correspondiente a declaración contra "interés social"). Hay otra limitación en la Regla Federal que no está en la nuestra. La parte final de la Regla Federal dispone:

"A statement tending to expose the declarant to criminal liability and offered to exculpate the accused is not admissible unless corroborating circumstances clearly indicate the trustworthiness of the statement".

Bajo nuestra regla, habría que recurrir a la Regla 19 para excluir una declaración contra interés penal ofrecida por la defensa como prueba exculpatoria cuando satisface los elementos de la Regla 64(B)(3). La admisibilidad de declaraciones contra interés penal como prueba de defensa tiene matices constitucionales. Véase Chambers v. Mississippi, 410 U.S. 284 (1973), donde se invocó el debido proceso de ley -y no la Sexta Enmienda- como fundamento para la admisión, como prueba de defensa exculpatoria, de una confesión de un tercero.

Los requisitos para la aplicación de la regla, según la doctrina, son los siguientes:

(1). No disponibilidad del declarante; esto es consecuencia de la ubicación de la norma en la Regla 64 y no en la Regla 65.

(2). Conocimiento personal del declarante; esto es favorecido en la doctrina, aunque no surge del texto de la regla. En Puerto Rico, véase Acosta v. Crespo, 70 D.P.R. 239 (1949).

(3). Que la declaración sea efectivamente contra el interés del declarante.

Es suficiente con que el hecho mismo de la declaración o los hechos admitidos o negados en la declaración sean contra interés. Debe analizarse, bajo el contexto de la declaración, si ésta es verdaderamente "contra interés". En ocasiones, una declaración es en parte contra interés y en parte a favor del interés del declarante. Decir que "me gané \$50,000 el pasado año" puede ser contra interés para fines de responsabilidad tributaria del declarante, pero

favorable en cuanto a obtener un préstamo. La determinación de si es o no contra interés bajo la regla, está a cargo del juez bajo la regla 9(A), así como la determinación de si se satisfacen o no los anteriores dos requisitos de la regla.

Lo esencial es el contexto en el cual se hace la declaración. Véase Morgan, Declaration Against Interest, 5 Vand. L. Rev. 451 (1952). En ocasiones hay motivaciones para falsear, como cuando un padre con enfermedad terminal se echa la culpa de un delito para proteger a su joven hijo acusado o sospechoso.

La declaración contra interés penal ofrecida como prueba de cargo contra un acusado que no es el declarante, suscita serias interrogantes constitucionales; no así por supuesto, si se ofrece como prueba de defensa. Para un caso en Puerto Rico de admisibilidad de declaración contra interés penal como prueba de defensa, véase, Pueblo v. Mangual, 111 D.P.R. 136 (1981).

En Douglas v. Alabama, 380 U.S. 415 (1965), dos co-autores ("A" y "B") fueron juzgados separadamente. "A" fue a juicio primero y fue hallado culpable. En el juicio de "B", el fiscal llamó a "A" como testigo de cargo; "A" invocó la Enmienda Quinta. Aunque el juez denegó el planteamiento de privilegio, "A" insistió en no declarar. So pretexto de "refrescar memoria", se permitió al fiscal traer ante el jurado la confesión extrajudicial de A en la que involucraba a "B". El Tribunal Supremo resolvió que con ello se violó el derecho a confrontación. Desde entonces se ha estimado que el derecho a confrontación no permite la admisión de una confesión de

co-autor contra otro supuesto co-autor, o, al menos, que se presume "no confiable". ¿Qué ocurre cuando los co-autores son juzgados conjuntamente por jurado? La confesión, si es legalmente obtenida, es claramente admisible contra el declarante que la hace "A", pero no contra el co-autor "B" bajo los principios de Douglas.

Ahora bien, bajo los principios de admisibilidad limitada -Regla 7 de Evidencia- el juez podría admitir la confesión contra su autor (A), pero no contra el co-autor (B), impartiendo al jurado la instrucción limitativa de rigor. Si el juez entiende que tal instrucción es insuficiente en virtud del peligro de que el jurado haga caso omiso de ella, tiene un vehículo para la exclusión total en la Regla 19. Pero aquí entra en juego Bruton v. United States, 391 U.S. 123 (1968), que resuelve que la cláusula de confrontación en la Constitución Federal -aplicable a los estados a través de la 14ta. Enmienda- (Pointer v. Texas) impide la admisión limitada al declarante con instrucción al jurado, en virtud del riesgo sustancial de que el jurado haga caso omiso de la instrucción y utilice la confesión de "A" contra el co-autor "B". Nótese que en Bruton hay un escolio, el núm. 3, que dice:

"We have before us no recognized exception to the hearsay rule which would justify receipt of the statement against codefendant..."

Justamente, tal excepción sí existe actualmente, pues tal es el efecto de nuestra regla 64(B)(3), equivalente a la Regla Federal 804(b)(3). Lo cierto es que durante el trámite congressional de aprobación de esta regla federal se eliminó una cláusula que hubiera

incorporado la doctrina de Bruton. Pero surge, irónicamente, que tal eliminación no obedecía a un rechazo de Bruton, sino al principio general de no codificar los imperativos constitucionales. Así, pues, en Bruton se hace una salvedad (escolio 3) y se resuelve que en ausencia de una excepción a la regla de exclusión de prueba de referencia no se adelanta criterio para ese caso; mientras que del historial de la Regla 804 (B)(3) surge que no se incorpora Bruton por el principio rector de no codificar principios constitucionales, en ocasiones, de gran fluidez.

Recientemente en Lee v. Illinois, 106 S Ct. 2056 (1986), el Tribunal Supremo de los Estados Unidos revocó una convicción estatal en la que se admitió contra un co-acusado la confesión del otro. "A" y "B" fueron acusados de doble asesinato. Se juzgaron conjuntamente por tribunal de derecho. Ninguno de los dos acusados testificó. Se admitió la confesión de "A" hecha a un policía, luego del arresto, en la que involucraba al co-acusado "B". "B" resultó convicto. El Tribunal Supremo de Illinois confirmó la convicción al distinguir Bruton a base de que también había una confesión de "B" involucrando a "A", por lo que había un elemento de confiabilidad: el "interlocking" de ambas confesiones. El Tribunal Supremo de los Estados Unidos revocó (5 a 4) bajo el derecho a confrontación, al resolver que una confesión de "A" involucrando a "B", se presume no confiable en cuanto a prueba contra "B", por lo que debe estar sujeta a contrainterrogatorio. En el escolio 5, el Tribunal Supremo se niega a resolver este tipo de problema bajo la regla de evidencia

sobre declaraciones contra interés penal:

"We reject respondent's categorization of the hearsay involved in this case as a simple "declaration against penal interest". That concept defines too large a class for meaningful confrontation clauses analysis. We decide this case as involving a confession by an accomplice which incriminates a criminal defendant."

El Comité entiende que Lee resuelve, como imperativo constitucional federal que:

(1). La admisibilidad de una admisión o confesión de un co-autor contra otro acusado no puede resolverse simplemente bajo la regla de declaraciones contra interés penal, sino bajo los imperativos de la cláusula de confrontación y

(2). Una confesión de co-autor, en cuanto prueba de cargo contra otro acusado, se presume no confiable y, por ende, inadmisibile; compete al promovente (fiscal) refutar tal presunción y demostrar que, bajo las circunstancias del caso, existen elementos de confiabilidad o corroboración que justifican su admisibilidad contra el acusado.

En Lee v. Illinois, supra, los disidentes (Blackmun, Burger, Powell y Rehnquist) consideraron que la presunción sí fue rebatida. Más recientemente, en New Mexico v. Earnest, 106 S. Ct. 2734 (1986), el co-autor "A" invocó la Enmienda Quinta para no declarar en el juicio contra "B". Se le permitió al jurado escuchar una grabación (y leer una transcripción) de lo declarado por "A" a un agente incriminándose a sí mismo y al acusado "B". El Tribunal Supremo de New Mexico revocó la convicción de "B", al estimar a Douglas v.

Alabama, supra, "directly on point". El Estado recurrió al Tribunal Supremo de Estados Unidos y éste revocó mediante este breve per curiam:

"We vacate the judgment of the Supreme Court of New Mexico and remand for further proceedings not inconsistent with the opinion in Lee v. Illinois".

En opinión concurrente de Rehnquist - en unión a los jueces Burger, Powell y O'Connor - aclara que:

"As Lee v. Illinois makes clear, to the extent that Douglas v. Alabama interpreted the confrontation clause as requiring an opportunity for cross-examination prior to the admission of a codefendant out-of-court statement, the case is no longer good law."

En resumen, bajo la cláusula federal de confrontación, una confesión de "A" ofrecida como prueba de cargo contra "B", cuando "A" no está disponible como testigo,

- (1) no es fatalmente inadmisibles,
- (2) se presume no confiable y es prima facie inadmisibles, sin perjuicio de que el fiscal refute tal presunción a base de garantías particulares de confiabilidad,
- (3) no es admisible sólo porque satisfaga los requisitos de la regla de declaraciones contra interés penal.

Consúltese en general sobre el tema, Keller, Inculpatory Statements Against Penal Interest and the Confrontation Clause, 83 Colum. L. Rev. 159-185 (1983).

Regla 64(B)(4)COMENTARIOS

El Comité considera que esta regla no requiere ulterior comentario. En general, véase l Chiesa, Práctica Procesal Puertorriqueña, Evidencia, págs. 359 - 360 (1985).

Regla 64(B)(5) y 65(W)COMENTARIOS

Esta excepción a la regla de exclusión es la primera de dos idénticas (la segunda es la 65(W)). Sus lenguajes están concebidos en términos tan amplios, que en nuestra jurisdicción se conocen con el vocablo genérico de "cláusulas residuales" (en inglés, "catchall exceptions") y en la conversación casual entre abogados, con una expresión menos rigurosa. El Comité considera oportuno comentar ambas reglas en conjunto.

Las Reglas 64(B)(5) y 65(W) proceden de las Reglas Federales 804(B)(5) y 803(23). Ambas versiones no difieren en aspecto esencial y están pensadas para las situaciones en que el tribunal se encuentra con prueba de referencia que goza de una gran garantía circunstancial de confiabilidad, pero que no puede clasificarse bajo ninguna de las excepciones reconocidas. Como se dice en el comentario del Federal Advisory Committee: "it would... be presumptuous to assume that all possible desirable exceptions to the hearsay rule have been catalogued and to pass the hearsay rule to oncoming generations as a closed system" (Federal Advisory Committee Note to Federal Rule Evidence 803 (24)). Debe entenderse que la garantía de confiabilidad es mayor bajo la Regla 65 pues aquí el declarante no tiene que estar disponible como testigo.

Aunque la mayoría de los estados que han adoptado el modelo federal de reglas de evidencia, han incorporado cláusulas parecidas, siete estados se han negado a incorporarlas por entender que

introducen un elemento de incertidumbre intolerable para un cuerpo de reglas de evidencia (Florida, Maine, Michigan, Ohio, Texas, Vermont y Washington). El comentario a la Regla 803 de Washington expresa la preocupación del siguiente modo:

"There is a serious risk that trial judges would differ greatly in applying the elastic standard of equivalent trustworthiness. The result would be a lack of uniformity which would make preparation for trial difficult. Nor would it be likely that an appellate court could effectively apply corrective measures. There would be doubt whether an affirmance of an admission of evidence under the catch-all provision amounted to the creation of a new exception with the force of precedent or merely a refusal to rule that the trial court had abused its discretion."

De hecho, esta misma preocupación fue expresada por los miembros del Congreso Federal durante el proceso de aprobación de las Reglas 803(24) y 804(B)(5). Inquietaba el hecho de que cierto tipo de prueba de referencia, deliberadamente excluido del marco de aplicación de los textos, resultara, a pesar de ello, admisible en virtud de una de las cláusulas residuales, frustrándose a la postre la intención legislativa. Véase, también, la opinión concurrente del Juez Asociado, Señor Negrón García en Pueblo v. Hernández Osorio, 112 D.P.R. 182, 197 - 204 (1982) y la siguiente bibliografía sobre el tema: Harris, Catch (24): Residual Hearsay, 12 Litigation 10(7) (1985); Haag, Roselle, Offering or Opposing Hearsay Under the Residual Exceptions - A User's Guide -, 14 Colo. Law 1620 (5) (1985); Stern, Stern, The Residual Exceptions to the Hearsay Rule: A Reappraisal, 13 Colo. Law 1818 (5) (1984); Judge, Schirott, Hearsay: Residual Exception, 130 Chi. Daily L. Bull. p. 1 co. 1

(1984); Kelly, Davis, Litigating the Residual Exceptions to the Hearsay Rule, 16 Advocate, 4-50 (1984); Rossi, The Silent Revolution, 9 Litigation 13 a las págs. 17-19, 50-60 (1983); Lewis, The Residual Exceptions to the Federal Hearsay Rule: Shuffling the Wild Cards, 15 Rutgers L.J. 101-133 (1983); Sonenshein, The Residual Exceptions to the Federal Hearsay Rule: Two Exceptions in Search of a Rule, 57 N.Y.U.L. Rev. 867-905 (1982); Villemez, Evidence - Constitutional Law - The Confrontation Clause and the Catchall Exception to the Hearsay Doctrine, 17 Land & Water L. Rev. 703- 723 (1982); Grant, The Equivalent Circumstantial Guarantees of Trustworthiness Standard for Federal Rule of Evidence 803 (24), 90 Dickinson L. Rev. 75-99 (1985).

La jurisprudencia federal sobre las cláusulas residuales es abundante. American Bar Association -Section of Litigation- Emerging Problems Under the Federal Rules of Evidence, 279 - 280 (1983). En Zenith Radio Corp. v. Matsushita Elec. Indus. Co., 505 F. Supp. 1190 (1980) se discute el fenómeno denominado "near miss", o sea, el problema de la admisibilidad bajo la cláusula residual de una declaración contemplada bajo una de las excepciones reconocidas, pero que no cumple con algún requisito bajo esa excepción. En Puerto Rico, por el contrario, aún no contamos con mucha jurisprudencia sobre el asunto. Véase, Pueblo v. Ríos Nogueras (II), 114 D.P.R. 256 (1983); Pueblo v. Hernández Osorio, 112 D.P.R. 182 (1982). En Ríos Nogueras, el Tribunal Supremo resolvió que la declaración jurada presentada ante el fiscal en la etapa

investigativa por una persona no disponible para comparecer al juicio, era inadmisibile como prueba de cargo contra el acusado. Se dejó abierta la posibilidad de que resultara admisible bajo la Regla 64(B)(5) en los casos apropiados, pero se aclaró que en forma alguna esto quería decir que procedía el uso indiscriminado de esta clase de evidencia en los casos criminales, habida cuenta del derecho a la confrontación, "garantía insustituible" (pág. 264).

Bajo nuestras reglas, las federales, y las reglas estatales que citamos a través de los casos con fines comparativos, la admisibilidad está condicionada a los siguientes requisitos: (1) garantías de confiabilidad, (2) previa notificación y (3) mayor valor probatorio que cualquier otra evidencia disponible.

El Comité considera deseable comentar brevemente la jurisprudencia federal y estatal que aporta alguna luz en torno a cada uno de estos requisitos. Además, se mencionan otros dos requisitos, aunque las reglas no los imponen: corroboración y determinaciones expresas en el record.

CONFIABILIDAD

Este es el requisito más importante que debe reunir una prueba para ser admisible bajo las cláusulas residuales (garantías circunstanciales de confiabilidad equivalentes a las que justifican las excepciones reconocidas). Mucho dependerá este requisito de las circunstancias de cada caso. State v. Smith, 337 S.E. 2d 833 (1985); Waimea Falls Park, Inc., v. Brown, 712 P.2d. 1136 (1985).

Los tribunales han tenido en cuenta numerosos factores al

evaluar este requisito, entre otros, la relación que existe entre el declarante y la persona a quien se hizo la manifestación de referencia, State v. O'Brien, 318 N.W.2d 109 (1982), State v. Beam, 292 N.W.2d 302 (1980); las cualificaciones especiales, si algunas, que posee el declarante, Alaska Airlines, Inc. v. Sweat, 584 P.2d 544 (1978); la confiabilidad que merece la persona del declarante (ya no meramente la confiabilidad de la declaración como tal), People in Interest of M. W., 374 N.W.2d 889 (1985) y, si la conducta del declarante fue consistente con la alegada verdad de lo aseverado, Hopkinson v. State, 632 P.2d 79 -132 (1981).

También se han tenido en cuenta las garantías de confiabilidad tradicionales que se emplean en el análisis de otras categorías definidas de prueba de referencia, como, por ejemplo, si el declarante tenía conocimiento personal del evento o condición que describe, State v. Taylor, 704 P.2d 443 (1985), State v. Smith, 337 S.E. 2d 833, 845 (1985), State v. Tulipansa, 596 P.2d 695 (1979), State v. Koch, 673 P.2d 297 (1983), State v. Hansen, 312 N. W. 2d 96, 102 (1981); State v. Daniels, 361 N.W.2d 819 (1985); o si el declarante al momento de hacer la manifestación, recordaba adecuadamente el evento o condición objeto de la declaración, State v. Taylor, supra, State v. Reed, 272 N.W.2d 759, 763 (1978), State v. Robles, 659 P.2d 645 (1985); el grado de ambigüedad de la declaración, Beech Aircraft Corp. v. Harvey, 558 P.2d 879 (1976), State v. Taylor, supra, y, si la declaración se presta a la "fabricación", State v. Smith, supra; Stanberry v. State, 637 P.2d 892, 895 (1981), State v. Soukup, 376

N.W. 2d 498 (1985), State v. Renier, 373 N.W.2d 282 (1985) ("self-serving declaration").

Las declaraciones exculporias del acusado se han excluido de forma rutinaria por no ser suficientemente confiables, State v. Smith, 673 P.2d 17 (1983); State v. Spratt, 613 P.2d 848 (1980); State v. Duffy, 603 P.2d 538, 546 (1979). El tipo de declaración denominada "self-serving" de terceras personas también ha sido rechazada usualmente, Miranda v. State, 707 P. 2d 1121 (1985), Waimea Falls Park, Inc. v. Brown, 712 P.2d 1136 (1985), a no ser que el tribunal se persuada de que no fueron fabricadas, In Re Estate of Severns, 352 N.W. 2d 865, 869 (1984). Para los casos de declaraciones expresadas en anticipación de un pleito, véase, Hunter v. City of Bozeman, 700 P.2d 184, 187 - 188 (1985); State v. Beam, supra, (se encontró confiable una manifestación de un cliente a su abogado con motivo de obtener consejo legal ante un posible trámite de divorcio).

Normalmente, no será factor de peso la credibilidad del testigo que introduce, a través de su testimonio, la prueba de referencia en el tribunal. State v. Durry, 665 P.2d 165 (1983); In Re State of Severns, supra; State v. Ramírez, 688 P.2d 1063 (1984). Se estima que lo que realmente está en juego es la credibilidad del declarante de referencia y las circunstancias que rodearon la declaración extrajudicial. Este enfoque, sin embargo, no es inflexible; si la no credibilidad del testigo es patente, la declaración no debe admitirse. Véase, por ejemplo, Stanberry v. State, supra.

Algunos tribunales han equiparado los requisitos de garantías circunstanciales de confiabilidad que exigen las cláusulas residuales, con los "signos de confiabilidad" ("indicia of reliability") que exige la cláusula de confrontación para que pueda ser admisible prueba de referencia contra los acusados. State v. McCafferty, 356 N.W.2d 159, 163 (1984); People in Interest of M. W., 374 N.W.2d 889, 893 (1985). El Tribunal Supremo de Oregon se ha referido a la versión concordante de nuestra Regla 65(W) como "(a) convenient supplementary guidepost to confrontation clause analysis". State v. Swader, 697 P.2d 557, 563 (1985). Véase también, State v. Barela, 643 P.2d 287 (1982); State v. Taylor, 704 P.2d 443 (1985).

Por último, aunque la Regla 65(W) no exige que el declarante no esté disponible como testigo, los tribunales no han dejado de considerar este factor como uno que afecta la confiabilidad de la prueba. United States v. Mathis, 599 F. 2d 294 (1977); United States v. Fredericks, 599 F.2d 262 (1979); de Mars v. Equitable Life Assurance Society, 610 F.2d 55 (1979). En South Dakota se requiere, por ejemplo, un grado mayor de confiabilidad cuando el declarante de referencia testifica que cuando el mismo no está disponible. State v. O'Brien, 318 N.W.2d 108, 112 (1982). Otros estados resuelven lo contrario: las exigencias en torno a la confiabilidad se reducen, necesariamente, cuando el declarante testifica. Esta parece ser la noción más correcta habida cuenta de que la disponibilidad del declarante normalmente implica que éste estará sujeto a contra-interrogatorio. Matter of G. P., 679 P.2d 978, 1001 (1984); State

v. Smith, supra.

CORROBORACION

Las reglas no imponen requisito alguno de corroboración, pero muchos tribunales admiten frecuentemente prueba de referencia al amparo de las cláusulas cuando existe evidencia que corrobora la declaración. Wyoming ha adoptado una posición extrema, ya que en esta jurisdicción se considera que el elemento de confiabilidad se puede establecer, sin más, (salvo que el derecho a la confrontación exija otro resultado) "either through other corroborating evidence or by considering the motivation and/or behavior pattern of the declarant". Hopkinson v. State, 632 P.2d 79, 131 - 132 (1981). La mayoría de los tribunales consideran la presencia de evidencia corroborativa como un factor más a tener en cuenta. State v. McCafferty, supra; Stanberry v. State, supra; State v. Beam, supra.

MAYOR VALOR PROBATORIO

Este requisito apunta a unas consideraciones de necesidad, en aquellos casos en que el proponente ha demostrado diligencia en la obtención de evidencia. State v. Smith, 337 S.E.2d 833, 846 (1985).

Nuevamente, aunque bajo la Regla 65 el declarante no tiene que estar no disponible, en ocasiones se ha resuelto que si se puede obtener su testimonio en vivo, éste normalmente tendrá mayor valor probatorio que la declaración de referencia. State v. Smith, supra; Stanberry v. State, supra. Como resultado, algunos tribunales han rechazado prueba de referencia ofrecida al amparo de la Regla 65(W) cuando no se llamó a testificar al declarante y tampoco se demostró

su indisponibilidad a pesar de haber realizado el proponente esfuerzos razonables dirigidos a obtener su presencia. State v. Turner, 345 N.W.2d 552 (1983); State v. Swader, 697 P.2d 557, 561 (1985); State v. Fearing, 337 S.E.2d 551, 554 (1985). Dos tribunales han utilizado el derecho a la confrontación como argumento para limitar el ámbito de aplicación de la Regla 65(W) contra los acusados. Hopkinson v. State, 632 P.2d 79, 133 (1981); Miessner v. Municipality of Anchorage, 673 P.2d 285 (1983). Sin embargo, el hecho de no haber llamado una parte a un testigo a testificar no siempre impedirá que el tribunal reciba prueba de referencia bajo las cláusulas residuales. En Iowa se ha sugerido, por ejemplo, que el "test" debiera ser si el contrainterrogatorio hubiese contribuido, en efecto, a incrementar la confiabilidad de la evidencia; Véase también, Beech Aircraft Corp. v. Harvey, 558 P.2d 879 (1976).

NOTIFICACION

Se persigue que la parte contra la que se ofrece la prueba de referencia pueda investigar al declarante y las circunstancias que rodearon la declaración, con miras a preparar la prueba de impugnación que puede presentar bajo la Regla 67. Se ha debatido el asunto de cuán riguroso deba ser el tribunal al considerar el requisito de notificación previa. Existe una interpretación estricta y otra liberal. 1 Chiesa, Práctica Procesal Puertorriqueña, Evidencia, pág. 369 (1985). Normalmente, se estima que este requisito es de estricto cumplimiento; sin embargo, la jurisprudencia no da una respuesta plenamente afirmativa a esta cuestión. Véase la siguiente

jurisprudencia federal: United States v. Oates, 560 F.2d 45 (1977), United States v. Ruffin, 575 F.2d 346 (1978) (ambos a favor del cumplimiento estricto con el requisito de notificación). Véase, sin embargo, United States v. Muscato, 534 F. Supp. 969 (1982); United States v. Iaconetti, 540 F.2d 574 (1976) (a favor de un enfoque más liberal, fundado, en ocasiones, en el concepto de "renuncia" del derecho a la notificación); Véase también en este sentido, United States v. Leslie, 542 F.2d 285 (1976).

De los estados que han adoptado el lenguaje de las reglas federales, sólo en Wyoming se ha permitido la notificación ya en el juicio. Hopkinson v. State, 632 P.2d 79, 131 (1981). Además, ya que las reglas no exigen notificación por escrito (a excepción de las reglas en North Carolina y North Dakota) algunos tribunales han aprobado la notificación informal o constructiva, M. N. D. v. B. M.D., 356 N.W.2d 813 (1984). Ahora bien, aun tolerándose la informalidad, la mera alegación de que la parte contraria tenía conocimiento de la existencia de la prueba, normalmente no ha prosperado. La notificación tiene que comunicar el hecho de que la declaración, en efecto, se presentará en el juicio. State v. O'Brien, 318 N.W.2d 108, 112 (1982); State v. Leisy, 295 N.W.2d 715 (1980).

Algunos tribunales han eximido a una parte del requisito de notificación cuando en la vista de supresión de la prueba ha demostrado que la otra parte tenía conocimiento de que la declaración se ofrecería en evidencia. State v. Barela, 643 P.2d 287 (1982); State v. McCafferty, supra. Véase también, People in Interest of M. W.,

374 N.W. 2d 889 (1985) (no se objetó la falta de notificación); Hopkinson v. State, 632 P.2d 79 (1981) (ausencia de alegación de sorpresa); State v. Just, 675 P.2d 1353, 1364 (1983) (no hubo perjuicio aparente).

En teoría, la falta de notificación precluye que los tribunales apelativos descansen en las excepciones de marras para admitir prueba impropriamente aceptada por el tribunal a quo al amparo de otra excepción. State v. Garvey, 283 N.W.2d 153, 156 (1979). Nótese que se vulnera el requisito de notificación previa cuando se invocan por vez primera en apelación las cláusulas residuales. Véase, sin embargo, M. N. D. v. B. M. D., supra. Claro, si se ordena un nuevo juicio, el defecto de notificación puede ser subsanado. State v. Logue, 372 N.W.2d 151 (1985).

Tres estados han omitido de sus reglas el requisito de notificación previa. En Montana, por ejemplo, se considera "unnecessary because of discovery procedures and the discretion of the court in allowing advance rulings on the admissibility or evidence" (Commission Comment to Mont. R. Evid. 803 (24)). New Hampshire lo eliminó de su Regla 65 (W) equivalente, pero no así de la 64(B)(5). Sobre el requisito de notificación previa en Puerto Rico, consúltese, Pueblo v. Hernández Osorio, 112 D.P.R. 182, 189 (1982).

Por último, debe recordarse que la ausencia de notificación puede adquirir dimensiones constitucionales al amparo de la cláusula de confrontación. State v. McCafferty, supra. El supuesto inverso es más delicado de formular. Obviamente, cuando el proponente es el

acusado, su derecho constitucional a presentar prueba y testigos de defensa pudiera inclinar a su favor la admisibilidad aun en ausencia de notificación previa. Chambers v. State of Mississippi, 410 U. S. 284 (1973).

DETERMINACIONES EXPRESAS

Se persigue imponer cierto control a la discreción y facilitar la revisión judicial. Seis estados requieren que el tribunal haga determinaciones específicas en el "record", en torno a los criterios antes discutidos (Hawaii, Iowa, Nebraska, North Carolina, Oklahoma y South Dakota). Véase, Stamerry v. State, supra; State v. Smith, supra; State v. Brown, 341 N.W.2d 10, 14 (1983). Para un procedimiento aún más elaborado (North Carolina), véase, State v. Smith, 337 S. E. 2d 833, 844 - 847 (1985) (se requieren determinaciones de hechos y conclusiones de derecho en torno a los requisitos de confiabilidad y mayor valor probatorio). Otros estados son menos exigentes en sus requisitos. State v. Brown, supra; State v. Durry, 665 P.2d 165 - 174 - 175 (1983).

Se ha observado lo siguiente en torno a las dudas que estas dos reglas plantean:

"These diverse decisions strongly suggest the need for greater uniformity in the application of the residual exceptions. It is by no means clear, however, that uniformity would be promoted by changes in the rule itself. The rule places several burdens on party wishing to utilize it, and the legislative history indicates that Congress was not opening the door to all hearsay that a federal judge might consider suitable for a jury. There is some reason to believe that certain appellate decisions have too quickly

stretched the rules to protect trial court rulings that would have been difficult to justify under specific hearsay exceptions.

The danger inherent in such stretching is that the limits set forth in the residual rules may tend to lose significance. It seems that greater attention to the details of the residual exceptions and to articulation of reasons why the exceptions are satisfied in particular cases would promote decision-making by trial courts. At some point the Supreme Court may find it desirable to indicate the scope of the residual exception..." Emerging Problems, supra, págs. 290 - 291. (Enfasis suplido).

Regla 65. Excepciones a la regla de prueba de referencia aunque el declarante esté disponible como testigo

Es admisible como excepción a la regla de prueba de referencia aunque el declarante esté disponible como testigo:

(A) Declaraciones contemporáneas a la percepción: Una declaración narrando, describiendo o explicando un acto, condición o evento percibido por el declarante y hecha mientras el declarante percibía dicho acto, condición o evento o inmediatamente después.

(B) Declaraciones espontáneas por excitación: Una declaración hecha mientras el declarante estaba bajo la influencia de excitación causada por la percepción de un acto, evento o condición y la declaración se refiere a dicho acto, evento o condición.

(C) Condición mental, física o emocional: Una declaración sobre el estado mental, emocional o sensación física entonces existente en el declarante incluyendo una declaración sobre intención, plan, motivo, designio, sentimiento mental o emocional, dolor o salud corporal, excepto que se trate de una declaración sobre recuerdo o creencia para probar el hecho recordado o creído, a no ser que ello se relacione con la ejecución, revocación, identificación o términos del testamento del declarante.

(D) Diagnóstico o tratamiento médico: Una declaración hecha para propósitos de tratamiento o diagnóstico médico, y que describa el historial médico o síntomas, dolor, sensaciones, al presente o en el pasado, en la medida en que ello sea pertinente para el

diagnóstico o tratamiento.

(E) Escrito de pasada memoria: Declaración contenida en un escrito o grabación en relación a una materia sobre la cual el testigo una vez tuvo conocimiento, pero al presente no recuerda lo suficiente para permitirle testificar en forma precisa, si el escrito o grabación fue hecho o adoptado por el testigo cuando la materia estaba fresca en su memoria. De admitirse, el escrito o grabación será leído, pero no será recibido como exhibit a no ser que fuere ofrecido por la parte adversa.

(F) Récorde del negocio o actividad: Un escrito hecho como récord de un acto, condición o evento si el escrito fue hecho durante el curso regular de un negocio, en o próximo al momento del acto, condición o evento, y el custodio de dicho escrito u otro testigo declara sobre su identidad y el método de su preparación, siempre que las fuentes de información, método y momento de su preparación fueran tales que indiquen su confiabilidad. El término "negocio" incluye además de negocio propiamente, una actividad gubernamental, profesión, ocupación, vocación u operación de instituciones, ya sea con o sin fines pecuniarios.

(G) Ausencia de asiento en récords de negocios: Evidencia de ausencia en los récords de un negocio del asiento de un alegado acto, condición o evento, cuando se ofrece para probar la no ocurrencia del acto o evento, o la inexistencia de la condición, si el curso del negocio era hacer récords de todos dichos actos, condiciones o eventos en o cerca del momento del acto o condición o

evento y preservarlos, siempre que las fuentes de información y el método y momento de preparación de los récords del negocio fueran tales que la ausencia en el récord es una indicación confiable de que el acto o evento no ocurrió o de la inexistencia de la condición.

(H) Récords e informes oficiales: Evidencia de un escrito hecho como récord o informe de un acto, condición o evento, cuando se ofrece para probar el acto, condición o evento, si el escrito fue hecho en o cerca del momento del acto, condición o evento, por y dentro del ámbito del deber de un empleado público, siempre que las fuentes de información y el método y momento de preparación fueran tales que indican su confiabilidad.

(I) Récord de estadística vital: Un escrito como récord de un nacimiento, muerte fetal, muerte o matrimonio, si la ley requería al que lo hizo presentar el escrito en una oficina pública determinada y el escrito fue hecho y presentado según requerido por ley.

(J) Ausencia de récord público: Un escrito hecho por el custodio oficial de los récords de una oficina pública, haciendo constar que se ha buscado diligentemente y no se ha hallado un récord determinado, cuando se ofrece para probar la ausencia de dicho récord en esa oficina.

(K) Récords de organizaciones religiosas: Declaraciones concernientes al nacimiento, matrimonio, divorcio, fallecimiento, filiación, linaje, raza, parentezco, por consanguinidad o afinidad, u otro hecho similar del historial personal o familiar de una persona, que esté contenida en un escrito hecho como un récord,

ordinariamente llevado, de una iglesia u otra organización religiosa. religiosa.

(L) Certificados de matrimonio, bautismo y otros similares: Una declaración referente al nacimiento, matrimonio, fallecimiento, raza, linaje, parentesco, por consanguinidad o afinidad u otro hecho similar al historial familiar de una persona, si la declaración estuviere contenida en un certificado de quien ofreció la ceremonia correspondiente, efectuó un matrimonio o administró un sacramento, siempre que quien la oficiare fuere una persona autorizada por ley o por los reglamentos de una organización religiosa para celebrar los actos informados en el certificado, y éste fuera expedido por quien lo hizo en el momento y lugar de la ceremonia o sacramento, o dentro de un tiempo razonable después del mismo.

(M) Récorde de familia: Evidencia de asientos en biblias u otros libros o gráficas de familia, inscripciones en anillos, retratos de familia, grabados en urnas, bóvedas o lápidas y otros similares, cuando se ofrece para demostrar el nacimiento, matrimonio, divorcio, fallecimiento, filiación, raza, linaje, parentesco, por consanguinidad o afinidad u otro hecho similar del historial familiar de un miembro de la familia.

(N) Récorde oficiales sobre propiedad: Evidencia del registro oficial de un documento que afecte un derecho o interés en propiedad, mueble o inmueble, para demostrar el contenido del documento original y su otorgamiento, inclusive la entrega por cada persona que aparece otorgándolo, siempre que el registro fuera un récord

oficial de una oficina gubernamental y estuviere autorizado por ley el registro de tal documento en dicha oficina.

(O) Declaraciones en escritos que afectan propiedad: Una declaración contenida en un documento que afecte un derecho o interés en propiedad, mueble o inmueble, si lo declarado era pertinente al propósito del documento, siempre que las transacciones habidas con la propiedad desde que se hizo la declaración no hayan sido incompatibles con la veracidad de la declaración.

(P) Declaraciones en escritos antiguos: Una declaración contenida en un escrito de más de 20 años, siempre que se haya establecido la autenticidad del escrito.

(Q) Listas comerciales y otras compilaciones: Una declaración, contenida en una tabulación, lista, directorio, registro u otra compilación si generalmente dicha compilación es usada y se confía en ella como exacta en el curso de la actividad u ocupación pertinente.

(R) Tratados: Declaraciones contenidas en un tratado, revista o folleto, u otra publicación similar, sobre un tema histórico, médico, científico, técnico o artístico siempre que se establezca, mediante conocimiento judicial o testimonio pericial, que la publicación constituye una autoridad confiable sobre el asunto.

(S) Reputación entre la familia sobre historial personal o familiar: Evidencia de reputación entre miembros de una familia si la reputación concierne al nacimiento, matrimonio, adopción, divorcio, fallecimiento, filiación, raza, linaje, parentezco por

sanguinidad o afinidad, u otro hecho similar' del historial personal o familiar de un miembro de la familia sea por consanguinidad o afinidad.

(T) Reputación sobre colindancias; Historial general o historial personal o familiar: Evidencia de reputación en la comunidad si la reputación concierne a:

(1) colindancias de terrenos o costumbres, que afectan a terrenos en la comunidad, siempre que la reputación surgiera antes de la controversia;

(2) un evento que forma parte del historial general de la comunidad, siempre que el evento fuera notorio o de importancia para la comunidad;

(3) el nacimiento, matrimonio, divorcio, fallecimiento, filiación, raza, linaje o parentesco, por consanguinidad o afinidad, u otro hecho similar del historial personal o familiar, de una persona que residía en la comunidad al tiempo de formarse la reputación.

(U) Reputación sobre carácter: Evidencia de la reputación en la comunidad en que reside una persona o entre un grupo con el cual la persona se asocia, sobre el carácter, o un rasgo particular del carácter de dicha persona.

(V) Sentencia por convicción previa: Evidencia de una sentencia final, tras un juicio o declaración de culpabilidad, declarando a una persona culpable de delito grave, ofrecida para probar cualquier hecho esencial para sostener la sentencia de convicción. La pendencia de una apelación no afectará la admisibilidad bajo esta

regla, aunque podrá traerse a la consideración del tribunal el hecho de que la sentencia de convicción aún no es firme. Esta regla no permite al Pueblo en una acción criminal ofrecer en evidencia la sentencia de convicción de una persona que no sea el acusado, salvo para fines de impugnación de un testigo.

(W) Otras excepciones: Una declaración con suficiente garantía circunstancial de confiabilidad si se determinare que:

(1) Tiene mayor valor probatorio, en relación al punto para lo que se ofrece, que cualquier otra evidencia que el proponente pudiera conseguir mediante esfuerzo razonable.

(2) El proponente notificó a la parte contra quien se ofrece con razonable anterioridad, su intención de ofrecer en evidencia la declaración, informándole los particulares sobre ésta, incluyendo nombre y dirección del declarante.

Regla propuesta

La regla de prueba de referencia no hace inadmisibles, aunque el declarante esté disponible como testigo:...

COMENTARIO GENERAL A LA REGLA 65

El abultado volumen que ya ha adquirido este trabajo, junto a la escasez de tiempo, obligan al Comité a no poder comentar todos los apartados de esta Regla 65. Adviértase, antes que nada, que las excepciones reconocidas en esta regla no están sujetas a requisito alguno de "no disponibilidad del declarante", por lo que el proponente no tiene que establecer la "no disponibilidad" ni hacer esfuerzo alguno para lograr la comparecencia del declarante al

tribunal. Esto incluye la prueba de referencia presentada por el ministerio público como prueba sustantiva contra el acusado, bajo algún apartado de esta regla, lo que suscita, en mayor o menor grado, problemas de confrontación. Con relación a los primeros cuatro apartados de la regla, se separan con sus perfiles particulares unas excepciones que anteriormente aparecían confundidas, o poco diferenciadas, bajo la categoría general de res gestae, ya superada. Ya por su importancia, o por existir al presente dudas en torno a sus respectivos alcances, el Comité decidió comentar los siguientes incisos de la Regla: inciso (E), escrito de pasada memoria; inciso (F), récords del negocio o actividad, inciso (G), ausencia de asiento en récord de negocios; inciso (H), récords e informes oficiales; inciso (J), ausencia de récord público; inciso (R), tratados, e inciso (V), sentencia por convicción previa. No se recomienda enmienda alguna a estos incisos. Sobre una discusión de cada inciso de esta regla, véase l Chiesa, Práctica Procesal Puertorriqueña, Evidencia, págs. 373-441 (1985).

Regla 65(E). Escrito de pasada memoriaCOMENTARIOS

Son tres los requisitos que contempla la regla:

(1) Que el testigo una vez tuvo conocimiento sobre la materia objeto de la declaración. Adviértase que la regla habla de conocimiento, pero no de conocimiento personal. Sin embargo, no hay duda de que "the 'knowledge' required by Rule 803(5) is clearly the same sort of firsthand knowledge that Rule 602 (Regla 38) requires of testifying witnesses. When a statement offered as past recollection recorded repeats information provided by some third person, it raises either a problem in joint authorship or one of double hearsay..." 4 Louisell - Mueller, Federal Evidence, sec. 445, pág. 632 - 633 (1980); United States v. Edwards, 539 F.2d 689, 691 - 692 (1976). La regla concordante de Texas exige expresamente el requisito de conocimiento personal. Aún más, en Michigan se exige que el escrito haya sido preparado por el mismo testigo a base de sus propias observaciones. Van Every v. Southeastern Michigan Transp. Auth., 369 N.W.2d 875, 879 - 880 (1985). Este requisito es excesivo si tenemos en cuenta que la regla también permite que el testigo "adopte" el escrito o grabación. Lo importante bajo la regla es que el testigo que "hace" o "adopta" la declaración cumpla con el requisito de conocimiento personal. En ocasiones ocurrirá que la persona que prepara el escrito no necesite tener conocimiento personal de la materia que contiene, si la persona que lo adopta sí tiene tal conocimiento personal.

(2) Que el declarante, al presente, no recuerde lo suficiente sobre el asunto para poder declarar en forma precisa.

Nuestra regla y la regla federal, siguen el criterio del "recuerdo insuficiente" ("pero al presente no recuerda (el testigo) lo suficiente para permitirle testificar en forma precisa"). Las autoridades están divididas sobre este requisito. Colorado, a pesar de que siguió el modelo federal de reglas de evidencia, descartó de su regla el lenguaje entre paréntesis ya que en aquel estado tradicionalmente nunca fue necesario demostrar un deterioro en la memoria del testigo para que el escrito de pasada memoria fuese admisible. Véase también, Jorden v. People, 376 P.2d 699 (1962), cert. den., 373 U.S. 944 (1963) ("Admissibility of a past recollection recorded does not depend upon the absence of a present recollection"); Chisum v. State, 616 S.W.2d 728, 731 (1981). Otros estados exigen, por el contrario, una ausencia total de memoria sobre la materia. Véase, Jaxon v. Detroit, 151 N. W. 2d 813, 816 (1967); McCormick on Evidence, sec. 302 (Cleary ed. 1984).

Es curioso que la Regla 65(E) - a diferencia de las demás excepciones - habla de "testigo" en lugar de "declarante". Lo que ocurre es que bajo esta excepción -nuevamente a diferencia de las demás excepciones- el autor o el adoptante del escrito tiene que estar testificando en el tribunal, pues precisamente la ausencia de su memoria sobre determinado punto es lo que justifica la excepción. Zenith Radio Corp. v. Matsushita Electric Ind. Co., 505 F. Supp. 1190, 1228 n. 48, confirmado en parte en 723 F.2d 238

(1983), cert. den., 105 S.Ct. 1863 (1985); Federal Advisory Committee Note to Rule 803 (5), in fine. Parecería ser, a la luz de este requisito, que el preámbulo de la Regla 65 ("es admisible como excepción a la regla de prueba de referencia aunque el declarante esté disponible como testigo...") resulta incongruente al aplicarlo a esta excepción. La aparente incongruencia ha sido explicada de la siguiente forma:

"The absence of the word "declarant" in Rule 803(5) makes some sense. It should be noted that, even though the preamble to Rule 803 (Regla 65) uses the word "declarant", that word is not used in most of the exceptions contained in Rule 803. Rule 803 must be read together with Rule 801 (Regla 60; "Definiciones"), and together the Rules make it clear that no hearsay problem arises, and no exception is needed, unless a declarant has made an out-of-court statement that is offered for its truth. Once a statement is identified as hearsay, Rule 803(5) provides a way to admit it under the designated circumstances." 5 American Bar Association, Section of Litigation, State Rules of Evidence Project, Trial Evidence Committee, pág. 61 (1986).

Este asunto, que aparentemente se reduce a un problema de terminología, tiene un origen más serio y parte de consideraciones incluso de ubicación de la excepción. El comentario del Advisory Committee recoge claramente la preocupación.

"Locating the exception at this place in the scheme of the rules is a matter of choice. There were two other possibilities. The first was to regard the statement as one of the group of prior statements of a testifying witness which are excluded entirely from the category of hearsay by Rule 801(d)(1). That category, however, requires that declarant be 'subject to cross-examination,' as to which the impaired memory aspect of the exception raises doubts. The other possibility was to include the exception among those covered

by Rule 804. Since unavailability is required by that rule and lack of memory is listed as a species of unavailability by the definition of the term in Rule 804(a)(3), that treatment at first impression would seem appropriate. The fact is, however, that the unavailability requirement of the exception is of a limited and peculiar nature. Accordingly, the exception is located at this point rather than in the context of a rule where unavailability is conceived of more broadly.

(3) Que el escrito o grabación sea hecho o adoptado por el testigo cuando la materia estaba fresca en su memoria.

Resulta esencial considerar el lapso de tiempo entre la declaración y el suceso a que se refiere la misma. La Regla federal y la nuestra, liberalizan sustancialmente el requisito al exigir solamente que el escrito o grabación haya sido hecho o adoptado por el testigo cuando la materia estaba fresca en su memoria. No obstante, el transcurso de un lapso considerable de tiempo entre la ocurrencia del evento y la confección de un escrito o su adopción, ha sido permitido a discreción del tribunal. United States v. Patterson, 678 F.2d 774 (1982) (10 meses).

La oración final de este inciso dispone que el escrito o grabación podrá ser leído o escuchado, si resulta admisible, pero no será recibido como exhibit a no ser que fuera ofrecido por la parte adversa. Se persigue que la declaración no reciba un peso indebido al admitirse como exhibit. Esta prohibición ha sido adoptada en todas las jurisdicciones menos en Delaware, New Hampshire y Wisconsin. Delaware remitió totalmente la cuestión a la discreción del tribunal, pero según lee el comentario correspondiente de la

(1983), cert. den., 105 S.Ct. 1863 (1985); Federal Advisory Committee Note to Rule 803 (5), in fine. Parecería ser, a la luz de este requisito, que el preámbulo de la Regla 65 ("es admisible como excepción a la regla de prueba de referencia aunque el declarante esté disponible como testigo...") resulta incongruente al aplicarlo a esta excepción. La aparente incongruencia ha sido explicada de la siguiente forma:

"The absence of the word "declarant" in Rule 803(5) makes some sense. It should be noted that, even though the preamble to Rule 803 (Regla 65) uses the word "declarant", that word is not used in most of the exceptions contained in Rule 803. Rule 803 must be read together with Rule 801 (Regla 60; "Definiciones"), and together the Rules make it clear that no hearsay problem arises, and no exception is needed, unless a declarant has made an out-of-court statement that is offered for its truth. Once a statement is identified as hearsay, Rule 803(5) provides a way to admit it under the designated circumstances." 5 American Bar Association, Section of Litigation, State Rules of Evidence Project, Trial Evidence Committee, pág. 61 (1986).

Este asunto, que aparentemente se reduce a un problema de terminología, tiene un origen más serio y parte de consideraciones incluso de ubicación de la excepción. El comentario del Advisory Committee recoge claramente la preocupación.

"Locating the exception at this place in the scheme of the rules is a matter of choice. There were two other possibilities. The first was to regard the statement as one of the group of prior statements of a testifying witness which are excluded entirely from the category of hearsay by Rule 801(d)(1). That category, however, requires that declarant be 'subject to cross-examination,' as to which the impaired memory aspect of the exception raises doubts. The other possibility was to include the exception among those covered

by Rule 804. Since unavailability is required by that rule and lack of memory is listed as a species of unavailability by the definition of the term in Rule 804(a)(3), that treatment at first impression would seem appropriate. The fact is, however, that the unavailability requirement of the exception is of a limited and peculiar nature. Accordingly, the exception is located at this point rather than in the context of a rule where unavailability is conceived of more broadly.

(3) Que el escrito o grabación sea hecho o adoptado por el testigo cuando la materia estaba fresca en su memoria.

Resulta esencial considerar el lapso de tiempo entre la declaración y el suceso a que se refiere la misma. La Regla federal y la nuestra, liberalizan sustancialmente el requisito al exigir solamente que el escrito o grabación haya sido hecho o adoptado por el testigo cuando la materia estaba fresca en su memoria. No obstante, el transcurso de un lapso considerable de tiempo entre la ocurrencia del evento y la confección de un escrito o su adopción, ha sido permitido a discreción del tribunal. United States v. Patterson, 678 F.2d 774 (1982) (10 meses).

La oración final de este inciso dispone que el escrito o grabación podrá ser leído o escuchado, si resulta admisible, pero no será recibido como exhibit a no ser que fuera ofrecido por la parte adversa. Se persigue que la declaración no reciba un peso indebido al admitirse como exhibit. Esta prohibición ha sido adoptada en todas las jurisdicciones menos en Delaware, New Hampshire y Wisconsin. Delaware remitió totalmente la cuestión a la discreción del tribunal, pero según lee el comentario correspondiente de la

regla: "the court should weigh whether the admission as an exhibit would unduly influence the jury". La regla de New Hampshire dispone, en términos más positivos, que el escrito puede ser recibido como exhibit a menos que el tribunal determine que su admisión puede resultar "unduly cumulative or prejudicial". Wisconsin sencillamente eliminó este lenguaje limitativo por lo que el escrito mismo puede recibirse libremente. State ex rel. Huser v. Rasmussen, 267 N.W.2d 285, 290 (1978).

Regla 65(F). Récorde del negocio o actividadCOMENTARIOS

Con este inciso ocurre algo similar a lo que ocurre con el inciso (H) de la regla, que luego comentaremos. Nuestra regla 65(F) se aparta de la Regla 803(6) federal y adopta el lenguaje de las secs. 1270 y 1271 del Código de Evidencia de California. Las diferencias entre nuestra regla y la federal han sido resumidas de la siguiente forma:

1. El término negocio en nuestra regla incluye expresamente "una actividad gubernamental"; no así en la regla federal.
2. Nuestra regla sólo se refiere a "escrito hecho como un récord de"; la regla federal se refiere, más abarcadoramente, a "memorandum, report, record or data compilation, in any form". No creemos que esto tenga el efecto de restringir lo que sea admisible bajo nuestra regla. Sin embargo, el texto de la regla federal es preferible en la medida en que reduce el margen de controversias.
3. Mientras nuestra regla sólo se refiere al récord de un "acto, condición o evento", la regla federal añade opiniones y diagnósticos. Esto es muy importante para las entradas en records médicos o de hospitales. Sin embargo, opinamos que esto no ha de producir diferencia significativa alguna en admisibilidad. De nuevo, sin embargo, el texto federal nos luce superior.
4. La regla federal exige el conocimiento personal de quien prepara el récord o de la persona que transmite la información a quien prepara el récord. Nuestra regla guarda silencio. Esta sí es

una diferencia significativa. Presumiblemente, el aspecto de conocimiento personal, bajo nuestra regla, será factor esencial en la determinación de si "las fuentes de información, método o momento de su preparación fueran tales que indiquen su confiabilidad". Pero la expresión entre comillas también aparece en la regla federal; ésta es, pues, más exigente en cuanto al requisito de conocimiento personal. (Énfasis original), 1 Chiesa, *Práctica Procesal Puertorriqueña*, Evidencia, pág. 395 (1985).

Realmente hay razones para pensar que, en ausencia de jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, es muy incierto el alcance de la regla. La cuestión de interpretación más seria bajo el inciso (F) es la de si la fuente de información, normalmente la persona que transmite cierta información a quien prepara el "récord", debe hallarse bajo la obligación o deber de suministrar dicha información. En Johnson v. Lutz, 170 N.E. 517 (1930) el Tribunal de Apelaciones de New York resolvió que los datos recopilados por un policía que llegó al lugar del accidente, datos que suministró un transeúnte que allí se encontraba, eran inadmisibles al amparo del Model Business Record Act ya que el informante -aunque tenía conocimiento personal de lo acontecido-, no actuaba en el curso ordinario de un negocio o actividad y, por lo tanto, no tenía obligación alguna de suplir la información.

El comentario del Advisory Committee a la Regla 803(b)(6) Federal declara que "The rule follows this lead (se refería al caso de Lutz) in requiring an informant with knowlege acting in the course

of the regularly conducted activity".

El comentario del Law Revision Commission a las secs. 1270 y 1271 del Código de Evidencia de California sigue aparentemente esta misma orientación rigurosa en torno al "business duty".

"The chief foundation of the special reliability of business records is the requirement that they must be based upon the first-hand observation of someone whose job it is to know the facts recorded... But if the evidence in the particular case discloses that the record was not based upon the report of an informant having the business duty to observe and report, then the record is not admissible under this exception, to show the truth of the matter reported to the recorder." McCormick, Evidence Sec. 286 at 602 (1954), as quoted in MacLean v. City & County of San Francisco, 151 Cal. App.2d 133, 143, 311 P.2d 158, 164 (1957).

Applying this standard, the cases have rejected a variety of business records on the ground that they were not based on the personal knowledge of the recorder or of someone with a business duty to report to the recorder. Police accident and arrest reports are usually held inadmissible because they are based on the narrations of persons who have no business duty to report to the police. MacLean v. City & County of San Francisco, 151 Cal.App.2d 133, 311 P.2d 158 (1957); Hoel v. City of Los Angeles, 136 Cal.App.2d 295, 288 P.2d 989 (1955). They are admissible, however, to prove the fact of the arrest. Harris v. Alcoholic Bev. Con. Appeals Bd., 212 Cal.App.2d 106, 23 Cal.Rptr. 74 (1963). Similar investigative reports on the origin of fires have been held inadmissible because they were not based on personal knowledge. Behr v. County of Santa Cruz, 172 Cal.App.2d 697, 342 P.2d 987 (1959); Harrigan v. Chaperon, 118 Cal.App.2d 167, 257 P.2d 716 (1953)".

Sin embargo, ni la jurisprudencia federal, ni la de California, han seguido estos principios al pie de la letra. Varios casos federales han prescindido del requisito del "business duty" cuando la

fueron fuente de información, a pesar de no tener ninguna obligación de suministrarla, ha satisfecho los requisitos de confiabilidad. Después de todo, el texto de la regla lo que exige es que el asiento sea hecho "durante el curso regular de un negocio", mientras que en cuanto a las fuentes, sólo exige que "fueran tales que indiquen su confiabilidad". También se ha dispensado el requisito del "business duty" cuando el asiento se ha ofrecido para probar un asunto que no quisea la veracidad del contenido. Véase, por ejemplo, United States v. Lieberman, 637 F.2d 95, 99-101 (1980); United States v. Saint Prix, 672 F.2d 1077(1982) ("to prove that someone using Hutchinson's name bought the vans, from which the jury could infer that the person using Hutchinson's name was Hutchinson himself..."), id., pág. 1083; Matter of Ollag Constr. Eq. Corp., 665 F.2d 43, 46 (1981); A.B.A., Section of Litigation, Emerging Problems Under the Federal Rules of Evidence, págs. 263-268 (1983).

Las decisiones de los tribunales estatales son menos ambiguas en cuanto al "business duty". En Alaska y Arizona, donde el requisito es expreso, éste se aplica rigurosamente. Véase, por ejemplo, State v. McGann, 645 P.2d 11 (1982), un caso de falsificación de firmas de tarjetas de crédito ("the records contained hearsay from the credit card holders; these card holders were under no business duty to report the information; the card holders actually had an incentive to fabricate in order to avoid paying bills; the record presented a double hearsay problem and they therefore lacked significant guarantees of trustworthiness"). Véase, también, Markiewicz v. Salt

River Valley Users' Ass'n, 576 P.2d 517 (1978) ("a business duty to supply the underlying information is prerequisite to admission"; Thirsk v. Ethicon, 687 P.2d 1315, 1319 (1983).

Ahora bien, cuando en el curso del negocio ha existido un deber de recibir cierta información, verificarla, y luego hacer el correspondiente asiento (se aplica mayormente a la práctica comercial en el caso, por ejemplo, de las facturas) los tribunales estatales y los federales generalmente han admitido el escrito como record del negocio. Véase, Herman v. Steamboat Springs Super & Motel, Inc., 634 P.2d 1005 (1981) ("plaintiff's invoices prepared from employee time sheets were admissible where there was a business duty to keep the time sheets"); Northeast Bank & Trust Co. v. Soley, 481 A.2d 1123 (1984), McCormick v. Mirrored Image, Inc., 454 N.E.2d 1363 (1982); Pfeffer v. Southern Texas Laborers' Pension Trust Fund, 675 S.W.2d 691 (1984); pero véase, Kriejtel v. Industrial Comm'n, 702 P.2d 290 (1985).

Si no existe dicho deber de verificación e información, la prueba generalmente se ha excluido. Tincombe v. Colorado Construction & Supply Corp., 681 P.2d 533 (1984); Owen v. Burn Construction Co., 563 P.2d 91 (1977); People v. Holder, 632 P.2d 607 (1981).

La doctrina federal en ocasiones trata de explicar este "relajamiento" del requisito (y que el Advisory Committee expresamente quiso conservar) en virtud del principio de la "prueba de referencia múltiple".

The name of the person whose first-hand knowledge was the basis of the entry need not even be known so long as the regular practice was to get the information from such a person. Cases which at first glance appear divergent are explicable on the ground of multiple hearsay. If the informant's statement satisfied some other hearsay exception and was then recorded pursuant to the business records rule, no hearsay bar remained. The courts have not, however, always analyzed the problem accurately". 4 Weinstein-Berger, Weinstein's Evidence, sec. 603 (6) (04), pág. 190 (1985); 4 Louisell - Mueller, Federal Evidence, sec. 448, pág. 682 (1980).

En California, el comentario oficial ha corrido una suerte parecida: la admisibilidad de un record bajo la sec. 1271 se juzgará a base de la confiabilidad del escrito, a pesar de que en ocasiones la fuente no tenga un deber ("business duty") de observar y asentar o registrar. Se favorece la discreción del juez de instancia en la apreciación de los requisitos de confiabilidad. Véanse, People v. Williams, 111 Cal. Rptr. 378 (1974); People v. Remiro, 153 Cal. Rptr. 89 (1979); Levy-Zentner Co. v. Southern Pac. Transportation Co., 142 Cal. Rptr. 1 (1977); Rovetti v. City and County of San Francisco, 183 Cal. Rptr. 1 (1982).

Sin duda, en su día, el Tribunal Supremo de Puerto Rico considerará oportuno despejar las dudas en torno al alcance de nuestra regla, sobre todo, con relación al significado que en nuestra jurisdicción tendrá el requisito del deber de anotar o "business duty".

Regla 65(G). Ausencia de asiento en récords de negociosCOMENTARIOS

En rigor, la ausencia de un récord no constituye prueba de referencia bajo la definición de la Regla 60. Lo que ocurre es que, satisfechos los requisitos de la anterior Regla 65(H), la ausencia de un récord o asiento del "evento" "X" es indicio vehemente de que "X" no ocurrió. En puridad, se trata de evidencia circunstancial de gran valor probatorio. El gran valor probatorio se funda en la presencia de los requisitos de los récords del negocio. El paralelo con la prueba de referencia es tal que se incluye este asunto como una excepción a la Regla 61.

Regla 65 (H). Récorde e informes oficialesCOMENTARIOS

El inciso (H) de la regla fue objeto de dudas y preocupaciones en el Comité. Existe la impresión de que los tribunales (y la profesión en general) han mantenido por mucho tiempo sus propios puntos de vista sobre su alcance y de que no existe un mínimo de certidumbre en torno a la prueba que resulta admisible bajo esta excepción.

La regla federal resulta sumamente específica y restrictiva. Nuestra regla se aparta de la Regla 803 (8) y adopta ad verbatim la sección 1280 del Código de Evidencia de California. El Comité se planteó la cuestión de si nuestra regla -por no ser tan precisa- favorecía un enfoque más liberal en la admisión de "records" públicos contra los acusados, con los problemas que esto suscita al amparo del derecho a la confrontación. Surgió la duda, específicamente, de si al apartarnos de la regla federal en este punto, la intención fue la de liberalizar la admisión de prueba de referencia de esta naturaleza. Se decidió estudiar la jurisprudencia y la doctrina de California debido al claro valor persuasivo que deben tener en nuestra jurisdicción. A la vez, el Comité decidió comentar con la concisión que el marco de este informe impone las diferencias básicas entre nuestra regla y la Regla 803 (8) Federal.

La regla federal pretende limitar la admisibilidad de prueba de referencia contra los acusados, especialmente cuando se trata de declaraciones extrajudiciales de policías y otros funcionarios del

orden público identificados con la fiscalía. Bajo esta Regla se reconocen tres categorías de documentos o "records" públicos: (A) "records" de las propias actividades de la agencia u oficina, (B) "records" de materia o asuntos percibidos por los funcionarios correspondientes y (C) informes evaluativos.

En cuanto a la primera categoría -y salvo los informes preparados únicamente con fines de litigación- se habla de la confiabilidad que en general poseen los "records" públicos y de la alta probabilidad de que estos sean fieles. Los mismos no generan mayor dificultad.

La categoría (B) exige que exista una obligación de informar y más aún, en los casos criminales se excluye todo informe policiaco y de otros funcionarios del orden público. Esta disposición específica responde a una enmienda del Congreso. Sin embargo, la jurisprudencia federal -y especialmente la del Noveno Circuito- ha resuelto consistentemente que el Congreso al enmendar la Regla 803 (8) según originalmente propuesta, "did not intended to exclude records of routine, nonadversarial matters..." United States v. Orozco, 590 F.2d 789, 793 (1979); United States v. Hernández Rojas, 617 F.2d 533 (1980).

En el caso normativo United States v. Oates, 560 F.2d 45 (1977), se admitieron como prueba de cargo dos "exhibits" constitutivos de documentos que acreditaban que el químico de la aduana había analizado una sustancia ocupada que luego resultó ser heroína. El químico no estuvo disponible para ser contrainterrogado. El Segundo

Circuito estimó que el informe era inadmisibile tanto bajo el apartado (B) como bajo el apartado (C) de la regla federal. Se concluyó que el informe del químico debía ser considerado más bien como de carácter evaluativo -Regla 803(8)(C)- y no como uno bajo la Regla 803(8)(b). Pero aun considerado bajo este último apartado, se resuelve que el químico de aduana es uno de los funcionarios incluidos bajo la categoría de "other law enforcement personnel" a que alude la Regla Federal 803(8)(b). A juicio del Comité, tanto el informe del químico, como el de autopsia, pertenecen más al tipo o clase de "informes no evaluativos" de la categoría (B), según la ratio de Orozco, Hernández-Rojas y otros casos.

Por otro lado, en United States v. Grady, 544 F.2d 598 (1976), se resolvió que la intención legislativa fue la de impedir que el ministerio público probara su caso a partir de informes policíacos sobre los hechos delictivos, pero no se contemplaba excluir la materia rutinaria como la relativa al número de serie de armas, aunque estuvieran incorporadas al informe policíaco. Se admitieron, pues, records policíacos rutinarios sobre el número de serie y el recibo de ciertas armas.

Hay quien defiende formalmente la tesis de que no se contemplaba excluir los informes de laboratorio del ámbito de aplicación de la Regla 803 (8). Saltzburg & Redden, Federal Rules of Evidence Manual, 836-837 (4th. ed. 1986). La jurisprudencia de los estados que adoptaron la regla federal también coincide en que la enmienda congresional no contemplaba excluir el tipo de informe rutinario

preparado, por ejemplo, por profesionales como el químico o el patólogo (a pesar de que éstos sean empleados del gobierno). Se ha dicho en este sentido que "the adversarial, confrontational risk of misperception and misrecording present at an arrest of a criminal at the scene of the crime is about as far removed from this routine exercise in a police laboratory as it is possible to imagine". State v. Best, 703 P.2d 548, 551 (1985) (Huellas digitales). A veces, distinto al caso de Oates, supra, se ha interpretado que este tipo de funcionarios no son "police officers" u "other law enforcement personnel" dentro del significado de la categoría (B). State v. Manocchio, 497 A.2d 1 (1985) (analiza la regla federal 803(8)). Recuérdese que este tipo de informes de laboratorio podría ser también admisible en Puerto Rico bajo nuestra Regla 65(F) que incluye la actividad gubernamental en la definición de negocio.

En resumen, bajo la categoría (B) de la Regla Federal 803(8) Federal, a pesar de jurisprudencia en contrario, principalmente el caso de Oates, supra, normalmente se admiten informes "rutinarios" -como los de autopsia, del químico, huellas digitales, análisis de laboratorio-, sin menoscabo del derecho del acusado a llamar al declarante (patólogo, químico, e.t.c.) si éste estuviera disponible. Si el declarante no estuviera disponible, habría que considerar el problema de confrontación a la luz de los señalamientos hechos en ocasión de nuestro comentario a la Regla 61.

La categoría (C) de la regla federal incluye los informes que prepara el funcionario a base de investigaciones y no de conocimiento

personal. La regla 803 (8)(C) los permite en los casos civiles y contra el gobierno en los casos criminales, pero los excluye como prueba de cargo contra los acusados.

A base de una interpretación del término "factual finding" (en el sentido de que "factual finding" no se limita a "observed facts" y por lo tanto se refiere al "evaluative report") alguna jurisprudencia federal se ha mostrado bastante liberal en la admisión de opiniones y conclusiones de los funcionarios que han investigado la ocurrencia de un acto, condición o evento, pero que no tienen conocimiento personal de lo informado. Baker v. Elcona Homes Corp., 586 F.2d 551 (1978); véase también, Lloyd v. American Export Lines, 580 F.2d 1179 (1978). Otros tribunales han sido más moderados en su interpretación, Smith v. Ithaco Corp., 612 F.2d 215, 220-223 (1980) (se reserva el derecho a excluir ciertas opiniones). Dallas & Mavis Forwarding Co., v. Stegall, 659 F.2d 721-722 (1981) representa, quizás, la solución de compromiso (se excluyen las opiniones y las conclusiones cuando en el informe no figuran los hechos que las sostienen). American Bar Association, Section of Litigation, Emerging Problems Under The Federal Rules of Evidence, pág. 272 (1983).

En California, en los casos civiles ordinarios, no son admisibles, como norma general, las opiniones y conclusiones del empleado o funcionario público, así como tampoco las descripciones u observaciones de terceras personas para probar la verdad de lo aseverado en el informe. Véase, In re Amanda I., 212 Cal.Rptr. 317, 324, 325 (1985) y casos citados. Véase también, In re Shannon C., 224

Cal.Rptr. 516 (1986), Matter of Jacqueline H., 156 Cal. Rptr. 765, 769 (1979). La admisibilidad de las conclusiones, opiniones y declaraciones de terceros, dependerá de la consideración global de las reglas de prueba de referencia (prueba de referencia múltiple) y sobre todo de la confiabilidad de la prueba. People v. Flaxman, 141 Cal.Rptr. 799, 802 (1977). En torno a los criterios de la confiabilidad, consúltese, State v. Mauke, 328 N.W.2d 799 (1982).

Por último, la admisibilidad bajo la Regla 803(8)(C) federal de las determinaciones de una agencia administrativa, en un pleito civil posterior, dependerá en gran medida de la naturaleza del procedimiento administrativo previo. Por supuesto, cuando están presentes los requisitos sustantivos de la cosa juzgada o del impedimento colateral, se producen unos efectos que desbordan el marco del derecho probatorio. Pagán Hernández v. U.R.P., 107 D.P.R. 720 (1978).

En Chandler v. Roudebush, 425 U.S. 840, 863 n. 39 (1976), el Tribunal Supremo favoreció la admisibilidad, (en un pleito civil posterior), de la materia adjudicada en un procedimiento administrativo previo (estaban envueltas las mismas cuestiones sustantivas). Véase también, Nulf v. International Paper Co., 656 F.2d 553, 563 (1981); Bradshaw v. Zoological Society of San Diego, 569 F.2d 1066, 1068 (1978); United States v. School District of Ferndale, 577 F.2d 1339, 1354-1355 (1978). Por el contrario, las determinaciones de tipo no adjudicativo (como por ejemplo las conclusiones o comentarios subjetivos que contiene un informe a base de cierta información

de carácter técnico recopilada por la agencia) no se han admitido de manera uniforme. Compárese, Robbins v. Whalen, 653 F.2d 47 (1981) con Mckinnon v. Skil Corp., 638 F.2d 270, 278-279 (1981); John McShain, Inc., v. Cessna Aircraft Co, 563 F.2d 632, 635, 636 (1977). En cuanto a este género de prueba, se ha levantado la siguiente voz de alerta:

Rule 803(8)(c) represents a tremendous expansion of the typical public records exception. It has imposed burdens on federal courts that the drafters of the rule may not have fully contemplated. Agency findings can be lengthy and complex. The data relied upon to support those findings may be complicated and extensive. When a claim that a finding is untrustworthy is made, a federal judge may find that reviewing the agency's work is an arduous task. If the report is offered, impeachment and rebuttal evidence may protract litigation. A number of state courts opted for a more restricted version of the public records exception. It should be interesting as more cases are decided to compare the results of the federal rule with those of these states to see whether the liberal approach of the federal rule, combined with its provision that untrustworthy records may be excluded, provides for more efficient litigation than narrower state rules. Emerging Problems..., supra, pág, 274.

Véase también la siguiente bibliografía sobre la regla federal:
Administrative Law-Hearsay Evidence-Uncorroborated Hearsay Evidence will not Support a Factual Finding in Unemployment Compensation Proceedings, 87 Dick. L. Rev. 193-203 (1982); Montgomery, Federal Rules of Evidence 803(8)(c): The Admissibility of Administrative Agency Records and Reports. 1 Rev. Litigation 311-324 (1981); Weissenberger, Hearsay: Business Records and Public Records, 51 U. Cin. L. Rev. 42-723 (1982); Note, The Trustworthiness of Government

Evaluative Reports Under Federal Rules of Evidence 803(8)(c), 96 Harv. L. Rev. 492 (1982); Greene, The Admissibility of Evaluative Reports Under Federal Rule of Evidence 803(8), 68 Ky. L. J. 197-215 (1980); Fine, Evidence Review; Business Records and Government Reports: Hearsay Trojan Horses?, 57 Wis. B. Bull., 10-11 (1984); Grant, The Trustworthiness Standard for the Public Records and Reports Hearsay Exception, 12 W. St. U. L. Rev. 53-91 (1984).

Bajo nuestra regla actual, no existe jurisprudencia del Tribunal Supremo. En Pueblo v. Millán, 110 D.P.R. 171 (1984), el tribunal discutió la admisibilidad del protocolo de autopsia, pero sin hacer referencia a la Regla 65(H). Se admitió el informe por ser un documento público rodeado de las garantías de confiabilidad de que normalmente gozan este tipo de documentos y porque, en aquel caso, los datos consignados en el protocolo estaban corroborados por lo declarado por un testigo presencial. En Pérez Cruz v. Hosp. La Concepción, 115 D.P.R. 721 (1984) se convalida la admisibilidad de un protocolo de autopsia, pero sin hacerse referencia a la Regla 65(H). En De la Cruz v. Toro Sintés, 112 D.P.R. 650 (1982) estaba involucrado un "informe de inspección" preparado por el Servicio de Bomberos de Puerto Rico, y que hacía referencia a la eliminación de ciertos portones en el pasillo de uno de los pisos de un condominio. El tribunal consideró dicho informe con relación al problema del conocimiento judicial. En torno al problema de prueba de referencia el tribunal sólo señaló que "el informe pudo ser objetado a base de la Regla 61 de Evidencia", pero en ningún momento se habló

de su admisibilidad bajo la Regla 65(H).

Adviértase que la Ley Núm. 13 de 24 de junio de 1985, que crea el Instituto de Ciencias Forenses, dispone -artículo 27- que:

"Las copias certificadas de informes (de autopsia y de análisis científicos efectuados por el personal profesional del Instituto) constituirán evidencia prima facie de su contenido y serán admisibles en los tribunales del Estado Libre Asociado de Puerto Rico a menos que cualquiera de las partes, tanto en casos penales como civiles, exprese oportunamente su objeción al tribunal de instancia y solicite que se citen los médicos, científicos o técnicos concernidos."

Sin embargo, la cláusula "a menos que...", le quita toda significación a esta disposición.

La sec. 1280 del Código de Evidencia de California -aunque no resulta ser una norma de tanta meticulosidad técnica como la federal- ha sido interpretada de forma consistente con los derechos del acusado y, en los casos civiles, no es tan liberal como aparenta ser la regla federal. Su alcance queda resumido en la siguiente cita:

" The comment by the Law Revision Commission to Evidence Code Section 1280 seems to indicate that the present law as to trustworthiness of the document will be continued. The present California law, established by the cases, is that the record will be admitted only if the official or other person making the record could testify to the same effect if he were on the stand. This proposition generally involves two-specific requirements. The official must have first-hand knowledge, and the evidence must not amount to statements of opinion and conclusion to which the person could not testify in court. The same criteria are generally applied in the related area if business records. However, in that area two cases have suggested that first-hand

knowledge is not essential to admissibility (aquí se cita un caso relativo a una prueba de sangre). But the statement in both opinions does not appear to be a significant part of the case. In a third case, Ames v. Empire Star Mines Co., documents which the court accepted as official records seemed to contain information of which the public official or his subordinate would not have had first-hand knowledge. This case, however, involved ancient mining claims which could not be proved in any other way, and should probably be restricted to its facts. Apart from these three cases, the weight of authority in California properly requires first-hand knowledge on the part of the persons in the public agency who made the record. Similarly, the cases hold that statements of opinion and conclusion in official records should not be admitted into evidence. It has been suggested that the opinion rule should be relaxed for statements in official records. On the contrary, it seems the rule should be at least as strict, in view of the fact that there is no opportunity for cross examination to test the basis for the opinion. Nevertheless, the new code may allow such statements since none of the language of section 1280 covers the matter. It could be argued that opinions are included in 'method of...preparation' but this would seem to be a rather strained construction.

* * * *

Under the present state of the law, to admit a document in evidence as an official record it must be made such that the officials or employees of the public agency could testify to the same effect if they were personally present on the witness stand. Section 1280 of the new Evidence Code is in large part a codification of this rule, but with the added requirement of close proximity in time. Thus, while much of the California Evidence Code tends toward allowing greater admissibility of evidence, section 1280 will perhaps restrict this particular exception to the hearsay rule and exclude evidence which is now admissible. (Enfasis suplido).

Dutton, The Official Records Exception to the Hearsay Rule in California, 6 Santa Clara L. Rev. (antes Santa Clara Lawyer) 1, c-7 (1965-66).

In re Amanda I., 212 Cal. Rptr. 317, 325-326 (1985) expresa lo siguiente, citando de los tratadistas Jefferson y Witkin:

"Jefferson correctly notes that "a public employee's writing which is based upon information obtained from persons who are not public employees, is generally excluded because the 'sources of information' are not 'such as to indicate its trustworthiness' as required by Evid. C. & 1280. (1 Jefferson, Cal. Evidence Benchbook, supra, sec. 5.1, p. 246.) He similarly notes as to business records that "(g)enerally, if the evidence in a particular case discloses that the entries in a written business record are not based upon the personal knowledge of the recorder or upon the personal knowledge of an informant employee having a business duty to observe accurately and report his observations accurately to the recorder-employee, the business record involved is not considered trustworthy hearsay and is not admissible under the business-record exception to the hearsay rule." (*id.*, sec. 4.1, p. 212; see also Witkin, Cal. Evidence (2d ed. 1966) The Hearsay Rule, & 585, pp. 557. (Enfasis suplido).

En cuanto a los "records" o informes policíacos (incluido el informe de accidente preparado por el oficial investigador en el sitio de los hechos, quien no observó personalmente el accidente) los casos resuelven que no son admisibles las conclusiones y opiniones del oficial. Por el contrario, cuando el informe contiene declaraciones basadas en su percepción, datos que le constan personalmente, los tribunales han admitido la evidencia al amparo de la sec. 1280. Si el informe contiene la declaración de un tercero que no tiene la "obligación" de observar e informar, los tribunales

han resuelto que la información, en cuanto a ese extremo, es inadmisibles. Esta es la norma que impera no sólo en California sino en el conjunto de las jurisdicciones. Véase, Annotation, Admissibility in State Court Proceedings of Police Reports Under Official Record Exception to Hearsay Rule, 31 A.L.R. 4th 913.

El mismo principio aplica a los casos criminales en California. People v. Baeske, 58 Cal. App. 3d 775 (1976). En los pocos casos en que se han admitido las declaraciones de terceras personas, éstas han sido normalmente las de una parte (como una admisión bajo nuestra Regla 62) hechas al oficial al momento del incidente, condición o evento. En otros casos como en Fisk v. Department of Motor Vehicles, 127 Cal. App. 3d 72 (1981), los tribunales han admitido el informe oficial del agente que intervino con un conductor en relación a sus observaciones en torno a la conducta errática y aparente intoxicación del conductor; véase también Mackler v. Alexis, 130 Cal. App. 3d 44 (1982).

En People v. Flaxman, 141 Cal. Rptr. 799, 801, 802 (1977) se expresó, sin embargo, "we should note, in passing, that the inclusion of conclusions and opinions in a record does not render it inadmissible per se. The overriding consideration is whether the record is trustworthy (Evid. Code sec. 1280, subd. (c))".

Al interpretar el dictum antes citado -debidamente ubicado dentro del resto de la jurisprudencia de California- parece ser que tanto las opiniones del empleado público como las declaraciones de terceros contenidas en el record público son inadmisibles prima

facie contra un acusado o contra cualquier parte en un caso civil. En los casos criminales, obviamente, militan razones de índole constitucional. Los informes de autopsia y otros informes de laboratorio también reciben un trato especial en California así como en el resto de las jurisdicciones, donde, como vimos, se consideran "rutinarios" y "no adversativos". Por ejemplo, en California se ha resuelto, de forma idéntica a como se resolvió en Millán Meléndez, supra, que es admisible un protocolo de autopsia, -documento público- esté o no disponible el autor del protocolo. People v. Wardlow, 173 Cal. Rptr. 500, 506 (1981). (En este caso, al igual que en Millán Meléndez, no declaró el autor del protocolo, pero declaró otro patólogo). Véase también sobre huellas digitales, People v. Crosslin, 60 Cal. Rptr. 309 (1967).

Regla 65 (J). Ausencia de récord públicoCOMENTARIOS

A diferencia de la Regla 65(G), aquí sí que hay envuelta prueba de referencia, por lo que es necesario una excepción. Una "certificación negativa", como prueba de la inexistencia del evento en cuestión, es prueba de referencia bajo la Regla 60. La doctrina en Puerto Rico, anterior a la regla, era que se admitía la certificación negativa en virtud de un estatuto que así lo autorizara. Tal es el caso de las certificaciones negativas del Registro Demográfico. Véase Cirino v. A.F.F., 91 D.P.R. 608 (1064). Bajo esta regla 65(J), se admite la certificación negativa del funcionario público, en cuanto a prueba de referencia concierne, independientemente de estatuto particular alguno que establezca que tal certificación constituye evidencia prima facie.

Regla 65(R). TratadosCOMENTARIOS

No hubo consenso en el Comité para enmendar esta regla y adoptar la Regla Federal 803 (18), con o sin modificaciones. El problema con esta Regla 65(R) es que una vez establecido que la publicación constituye una "autoridad" en la materia en cuestión, se admite cualquier parte del "tratado" para probar la verdad de las declaraciones ahí contenidas, aunque no haya perito alguno que asista al tribunal para entender el alcance de tales declaraciones. Bajo la regla federal sólo se admite ese tipo de declaración si un perito descansó en ella en su examen directo o fue contrainterrogado con relación a ella. Más aún, la regla federal en su oración final contiene otra limitación que no fue incluida en la Regla 65(R): "If admitted, the statemets may be read into evidence but may not be received as exhibits". Las siguientes expresiones del ADVISORY COMMITTEE'S NOTE explican las virtudes de la regla federal:

"The rule avoids the danger of misunderstanding and misapplication by limiting the use of treaties as substantive evidence to situations in which an expert is on the stand and available to explain and assist in the application of the treatise if disired. The limitation upon receiving the publication itself physically in evidence, contained in the last sentence, is designed to further this policy."

El Comité recomienda al Tribunal Supremo que reexamine esta regla en el sentido antes indicado.

Regla 65 V. Sentencia por convicción previaCOMENTARIOS

Al considerar el efecto de una sentencia sobre un caso posterior, debe distinguirse el aspecto probatorio del sustantivo. En cuanto al efecto sustantivo, se trata de si una sentencia anterior tiene efecto de cosa juzgada o de impedimento colateral con relación a una acción posterior. En Puerto Rico esto es materia sustantiva -cosa juzgada-, gobernada por los principios establecidos en el Código Civil (artículo 1204 del Código Civil; 31 L.P.R.A. sec. 3343). La doctrina de impedimento colateral se aplica también en casos penales. Pueblo v. Ortiz Marrero, 106 D.P.R. 140, 143 (1977). Cuando una sentencia tiene efecto de cosa juzgada (ya sea en su modalidad defensiva u ofensiva) o de impedimento colateral con relación a una acción posterior, no se suscita problema evidenciario o probatorio sobre la admisibilidad de la sentencia anterior en el pleito posterior, pues éste queda neutralizado por el efecto de la sentencia anterior. Se trata aquí de cuestiones de política pública y equidad. De un lado, existe la necesidad de que los pleitos tengan fin, de otro lado, la de impedir que se obtengan frutos civiles de un acto criminal, como cuando un convicto de incendio malicioso intenta acción civil para recobrar bajo una póliza contra incendio. Eagle Star & British Dominions Ins. Co. v. Heller, 140 S. E. 314 (1927).

Antes de pasar al aspecto probatorio, conviene recordar que hay un área sui generis en materia de cosa juzgada; se trata de la

filiación y los vehículos civil y criminal disponibles para estos casos. El artículo 158 del Código Penal da efectos civiles -inscripción de paternidad en el registro demográfico y obligación de alimentar- a la convicción por incumplimiento de obligación alimenticia. Esto, unido al interés público en asuntos de paternidad y a los quantum de prueba que gobiernan los casos civiles y criminales, ha dado lugar a las siguientes normas:

(1). Una convicción criminal bajo el artículo 158 del Código Penal tiene efecto de cosa juzgada sobre la acción civil posterior en la que el convicto (presunto padre) intenta relitigar el asunto de la paternidad a pesar de habersele probado más allá de duda razonable en la acción penal. Pol Sella v. Lugo Christian, 107 D.P.R. 340 (1977).

(2). Si el alegado padre prevalece en la acción civil de filiación o denegatoria de filiación, por no poder establecerse la paternidad ni por preponderancia de la prueba, la sentencia civil tiene efecto de cosa juzgada sobre la acción penal en la que habrá de establecerse la paternidad más allá de duda razonable. Román v. Fattah, 109 D.P.R. 493 (1980).

(3). Una absolución en la acción penal no tiene efecto de cosa juzgada sobre la acción civil de filiación. Román v. Fattah, supra.

Veamos ahora el aspecto probatorio. Una sentencia ofrecida como prueba de los hechos a que ésta se refiere (ejemplos, que el acusado cometió los hechos imputados, que el acusado es inocente de los hechos imputados, que el demandado fue negligente, etc.) es prueba

de referencia pues es la opinión o creencia de una o más personas (juez o jurados) que no están ahora en corte sujetos a contra-interrogatorio, para explicar la base de su fallo o veredicto. Así pues, la sentencia es prueba de referencia, inadmisibile bajo la Regla 61, salvo excepción aplicable. La regla de excepción que regula esta materia es la 65(V).

Hasta el caso de Toro Lugo v. Ortiz Martínez, 105 D.P.R. 229 (1976) no existía en nuestro ordenamiento jurídico base alguna para admitir una sentencia penal en una acción civil que surgiera de los mismos hechos. Imperaba la norma de total independencia de estas acciones. Ramírez v. Morales, 69 D.P.R. 703 (1949). Igual ocurría con relación a admitir la sentencia civil en el caso penal por los mismos hechos. En Toro Lugo, el tribunal mantiene la independencia entre ambas acciones sólo para permitir el ejercicio de una acción civil, a pesar de que el demandante hubiera sido convicto en la acción penal por los mismos hechos. Es decir, la convicción penal no impide al convicto recurrir a la vía civil como demandante; la convicción criminal no impide al convicto defenderse como demandado en la acción civil; la absolución criminal tampoco impide a la víctima recurrir a la acción civil como demandante, e.t.c. Pero lo resuelto en Toro Lugo está dicho al comienzo mismo de la opinión:

"Los hechos probados en una causa penal, aun cuando no son concluyentes al punto de excluir su relitigación en la acción civil de daños y perjuicios originada en aquéllos, constituyen evidencia prima facie de su existencia, admisible en el pleito civil". (105 D.P.R. 229, 231).

Así pues, en Toro Lugo, se resuelve que la sentencia del caso criminal es admisible en el pleito civil originado en los mismos hechos. Se aduce que no se trata, en modo alguno, de cosa juzgada (pág. 234). A pesar de que en la opinión se habla de "admitir en evidencia dichos documentos" (pág. 235), refiriéndose al "pliego acusatorio, fallo y sentencia obtenidos en la causa criminal" (pág. 234), lo cierto es que de lo que se trata es de la admisibilidad de la sentencia en el sentido de fallo o veredicto de culpabilidad. El pliego acusatorio es importante para estimar qué fue lo que se le imputó al acusado, pero poco sentido tendría admitirlo como evidencia de cada uno de los hechos imputados, pues como es sabido, aparte de los elementos del delito, el pliego acusatorio incluye elementos no esenciales a la acusación, como "corazón pervertido y maligno", e.t.c. La sentencia criminal, cuando es admisible en el pleito civil por los mismos hechos, se acepta como "evidencia prima facie" de los hechos constitutivos del delito en cuestión. Es decir, si se imputa al acusado el delito de violación de una mujer adulta, la sentencia de convicción sería admisible en el pleito civil de daños para probar los elementos esenciales del delito, según imputados en la acusación: que el acusado al momento x, tuvo relaciones sexuales con la mujer Y, que Y no consintió a la relación y que Y no era esposa del acusado al momento X. El pliego acusatorio es importante para establecer la modalidad del delito, pues si hubiera imputado violar a una menor de catorce (14) años, entonces la sentencia de convicción no sería admisible para probar la falta de consentimiento.

Al final de la opinión en Toro Lugo se resume, así el efecto de lo resuelto (pág. 236):

"Resolvemos que estos autos del caso criminal, acusación o denuncia, fallo y sentencia, son admisibles en evidencia en el pleito civil cuando hay un hecho común que da lugar a ambos procedimientos, y constituirán evidencia prima facie de todo hecho común o relevante a las dos acciones".

El Comité entiende que la admisión de la acusación o denuncia se refiere a un elemento que ha de tener en consideración el juez en el pleito civil, para determinar el alcance o efecto de la sentencia de convicción, habida cuenta de que un delito, en muchas ocasiones, puede ser cometido de varias maneras o, lo que es lo mismo, tiene varias modalidades. Así ocurre, por ejemplo, con el delito de apropiación ilegal agravada. Si atendiéramos sólo a la sentencia de convicción, no sabríamos cuál de las modalidades de apropiación agravada -de las señaladas en el artículo 166 del Código Penal- fue la "probada" al acusado; debe considerarse entonces el pliego acusatorio para determinarse la modalidad imputada. Si la modalidad imputada se refiere al valor de los bienes apropiados, entonces tal hecho será parte del efecto de la sentencia de convicción, pero no la particular forma y lenguaje que usó el fiscal en la acusación. Lo mismo ocurriría con el escalamiento agravado (artículo 171 del Código Penal). (Adviértase la dificultad que surgiría si se admitiera, sin más, el pliego acusatorio como prueba de lo imputado, cuando el fallo o veredicto es por un delito menor al imputado, por ejemplo, se imputa asesinato y se obtiene fallo o veredicto de homicidio). El Comité considera que si de la sentencia, el pliego

acusatorio y la ley penal que tipifica el delito en cuestión, no pudieran determinarse los hechos que se interesan probar en el pleito posterior mediante la sentencia de convicción, ésta no debe admitirse bajo la Regla 65(V).

En cuanto a "evidencia prima facie", esto puede tener dos sentidos, a saber:

(1) que la sentencia de convicción sería admisible en el pleito civil, y suficiente para establecer la causa de acción civil -o al menos aquellos elementos de la causa de acción que surjan de la sentencia de convicción- si el juzgador civil le da el valor probatorio suficiente al aquilatar toda la prueba, incluyendo la posibilidad de que sea la única prueba de la parte que se vale de dicha sentencia, pero sin pretender crear una presunción sujeta al efecto fuerte de la Regla 14 de Evidencia.

(2) Que se trata de una verdadera presunción bajo las Reglas 13 y 14 de Evidencia, lo que acarrea que:

(a) Si la parte contraria no presenta prueba alguna para refutar los hechos derivados de la sentencia penal, el juez está obligado a aceptarlos como probados en el pleito civil.

(b) Aunque sea el demandado quien presente a su favor la sentencia criminal, es a la otra parte -el demandante en este caso- a quien corresponde probar por preponderancia de la evidencia que los hechos no ocurrieron como surgen de la sentencia criminal.

El Comité estima que la Regla 65 (V) de Evidencia no tiene el efecto, ni hubo la intención de establecer una norma de valor

probatorio ni de presunciones, sino meramente de admisibilidad en cuanto al problema de prueba de referencia. Sin embargo, el caso de Viuda de Morales v. De Jesús Toro, 107 D.P.R. 826 (1978), apunta claramente a la intención de crear una verdadera presunción controvertible. En ese caso hubo una sentencia de convicción por homicidio voluntario, tras juicio por jurado (la acusación imputaba asesinato). Posteriormente se declaró sin lugar una demanda de daños y perjuicios contra el acusado por los mismos hechos. El Tribunal Supremo revocó y declaró con lugar la demanda. Es esencial este lenguaje:

"Notamos que el juez de instancia no dió el debido peso a la calidad de evidencia prima facie que tiene la convicción del demandado por veredicto de culpabilidad de homicidio". (107 D.P.R. 826, 829).

Y al final de la opinión (pág. 830):

"Cuando la prueba del acusado demandado no supera, como en el presente caso, el valor de evidencia prima facie de la realización de un hecho delictivo que tiene la convicción en el caso criminal, la sentencia en el pleito civil debe ser consistente con el veredicto o fallo recaído en aquél".

La Regla 65 (V) modifica a Toro Lugo en cuanto limita la admisibilidad de la sentencia de convicción a casos de delitos graves. Esta ha sido la norma favorecida por las autoridades y la codificación del derecho probatorio, habida cuenta del poco incentivo -económico y libertario- que tiene un acusado para litigar una denuncia por delito menos grave, particularmente en casos de tránsito. Véase Graham, Admisibility in Illinois of Convictions and

Pleas of Guilty to Traffic Offenses in Related Civil Litigation, 1979, So. Ill. U. L. J. 209; Annotation, 18 A.L.R. 2d 1287; Note 50 Columbia L. Rev. 529; Note, 35 Cornell L. O. 872; McCormick On Evidence, sec. 318 (ed. 1984); 5 Wigmore, Evidence sec. 167 la. (Chadbourn rev. 1974).

En palabras de Weinstein, Weinstein's Evidence, Section 803 (22) (01):

"The offense of which the defendant was guilty must be one "punishable by death or imprisonment in excess of one year". This limitation to convictions of felony grade, measured by federal standards, recognizes that motivation to defend at a lower level may be lacking. In this type of case, particularly if a traffic violation is concerned the accused typically pleads guilty, often without consulting counsel, as a matter of course or convenience. The sensible citizen, even when in the right, pays his fine and goes about his business. In order to effectuate the express policy of Rule 803(22) barring evidence of convictions punishable by imprisonment for less than one year, evidence of guilty pleas in non felony cases should not be allowed as admissions under Rule 801(d)(2), or as statements against interest pursuant to Rule 804 (b)(3)". (énfasis suplido).

Esta cita de Weinstein, aparte de explicar bien por qué excluir la sentencia de convicción por delito menos grave, explica también por qué no debe acudir a otras excepciones a la regla de exclusión de prueba de referencia para permitir la declaración de culpabilidad por delito menos grave como evidencia en la acción civil posterior. Esto es aún más importante en Puerto Rico, por la ausencia de alegación de nolo contendere. Podría tener sentido admitir la declaración de culpabilidad por delito menos grave cuando el acusado

tenga disponible el "nolo contendere" como alegación. Habida cuenta del "policy" que informa la Regla 65 (V), no debe admitirse la declaración de culpabilidad en el caso civil posterior si se trata de delito menos grave. No debe desalentarse una declaración de culpabilidad por delito menos grave, sobre todo en casos de tránsito. A pesar de esta enunciación de carácter general, en el Comité surgieron dudas en torno a la política pública que quiere adelantar esta norma, según expresada en su forma actual. Se recomienda ulterior estudio.

Para aquellos casos en que hubiere suficiente incentivo para litigar, a pesar de tratarse de delito menos grave, la Regla 65 (W) resulta el vehículo adecuado. El caso de homicidio involuntario, que es delito menos grave con pena de grave, debe resolverse a favor de la admisibilidad bajo la Regla 65(W). La regla federal se refiere a delitos con pena de muerte o prisión por más de un año. El Comité estaría a favor de enmendar nuestra regla para que se refiera a delitos con pena mayor de \$500 de multa o más de seis meses de prisión, lo que daría cuenta de delitos como el de homicidio involuntario.

La Regla 65 (V) debe, pues, mantenerse como está, en cuanto a incluir la sentencia de convicción por delito menos grave, (cuando se trata de impugnación bajo la Regla 46, la sentencia de convicción puede ser por delito menos grave) tal como hace la Regla Federal 803 (22), la sección 1300 del Código de Evidencia de California, la mayoría de las reglas estatales, y como es recomendado por las autoridades.

Por supuesto, una sentencia de absolución o una sentencia en un caso civil, no es admisible bajo esta regla.

En cuanto al modo de probar la sentencia de convicción, puede recurrirse a prueba formal o al conocimiento judicial, bajo la Regla 11 (A)(2). En este sentido, el escolio 5 de Toro Lugo, en cuanto excluye el conocimiento judicial, queda superado por la Regla 11(A)(2) y la doctrina.

Regla 65(W).

COMENTARIOS

Véase el Comentario a la Regla 64(b)(5), similar a esta Regla 65(W).

Regla 66. Prueba de referencia múltiple

Es admisible prueba de referencia que contiene a su vez prueba de referencia si tanto la prueba de referencia principal como la subordinada o incluida caen en el ámbito de alguna excepción a la regla de prueba de referencia.

COMENTARIOS

El Comité estima que no es necesario ulterior comentario a esta regla que no sea señalar lo obvio: la admisibilidad de prueba de referencia múltiple depende de que haya una excepción para cada una de las instancias de prueba de referencia incluidas en el testimonio, escrito o grabación en cuestión. El caso de los récords del negocio, particularmente los récords médicos o de hospitales, constituye el caso típico de prueba de referencia múltiple.

Así, un informe o récord del hospital que contiene declaraciones de un paciente sobre su historial personal o familiar, o sobre declaraciones para diagnóstico o tratamiento médico, es admisible sin necesidad de comparecer a corte la persona que hizo el récord y ante quien declaró el paciente, así como sin comparecer el propio paciente, pues el problema de prueba de referencia en cuanto al informe, como tal, se subsana bajo la Regla 65(F) -récords de negocio-, mientras que las declaraciones del paciente están cubiertas por la Regla 65(D) y también por la Regla 64(B)(4) si no estuviera disponible como testigo.

Regla 67. Credibilidad del declarante

Cuando se admite en evidencia, conforme a este Capítulo, una declaración que sea prueba de referencia, la credibilidad del declarante puede ser atacada y, si atacada, puede ser sostenida por cualquier evidencia que sería admisible a esos fines si el declarante hubiera prestado testimonio como testigo. Evidencia de declaraciones o conducta del declarante -en cualquier momento- inconsistente con su declaración admitida a pesar de ser prueba de referencia, no estará sujeta a requisito alguno de confrontación previa, para dar oportunidad al declarante de explicar o negar la declaración o conducta inconsistente. Si la parte contra la cual se ha admitido prueba de referencia llama al declarante de ésta como testigo, éste queda sujeto a ser examinado por dicha parte como si estuviera bajo contrainterrogatorio.

COMENTARIOS

De nuevo, el Comité estima que no es necesario mayor comentario sobre esta regla. La idea central es que la parte afectada por la admisión de prueba de referencia en su contra -con algún menoscabo al derecho a confrontación- debe tener la más plena oportunidad de impugnar la credibilidad del "declarante" (a que alude la Regla 60). En el caso de impugnación mediante declaraciones anteriores del declarante de referencia, no es necesario cumplir con los requisitos de la Regla 47.

CAPITULO IXCONTENIDO DE ESCRITOS, FOTOGRAFIAS Y GRABACIONESCOMENTARIO GENERAL

Este capítulo regula la Regla de la Mejor Evidencia, Reglas 69(A), 70 a 74, y la Regla de la Prueba Extrínseca "Parol Evidence Rule" (Regla 69(B)). La Regla de la Mejor Evidencia estaba reconocida en nuestro ordenamiento anterior a las Reglas de 1979, y tenía su base estatutaria en el artículo 386 del Código de Enjuiciamiento Civil de 1933 (32 L.P.R.A. sec. 1667) que reproducía el artículo 24 de la Ley de Evidencia de marzo de 1905. El texto de dicho artículo aparece en 32 L.P.R.A. 667; 3 Práctica Forense Puertorriqueña, Edición 1964, Equity Publishing Co. Para un análisis de la doctrina anterior a las Reglas de 1979, véase D. Nevares Muñiz, Dos Reglas Evidenciarias: La Mejor Evidencia y La Evidencia Extrínseca, 40 Rev. Col. de Abo., pág. 47 a 63 (febrero 1979).

Las disposiciones sobre la Regla de la Mejor Evidencia incluidas en el Capítulo IX fueron tomadas del artículo X de las Reglas de Evidencia Federales, Reglas 1001 a 1008. Las principales diferencias entre nuestro Capítulo IX y el Capítulo X de las Reglas Federales son que nuestra Regla 69(B) (Regla de la Prueba Extrínseca o "Parol Evidence Rule"), no tiene equivalente en las reglas federales y el hecho de que las Reglas del 1979 no incorporaron la Regla 1008 Federal. Esta regla delimita las funciones del juez y el jurado en algunas determinaciones preliminares a la admisibilidad de prueba que pueden surgir en el contexto de la Regla de la Mejor Evidencia.

Las Reglas de Evidencia Federales sobre la Mejor Evidencia no han presentado problemas significativos en su utilización o interpretación. Véase A.B.A., Section of Litigation, Emerging Problems Under the Federal Rules of Evidence, pág. 324 a 349 (1983). Aunque la doctrina relativa a la Regla de la Mejor Evidencia sufrió cambios sustanciales bajo las Reglas de Evidencia de 1979, no hay información que sugiera que se hayan suscitado problemas de aplicación o interpretación a partir de su vigencia. Por esta razón, el Comité considera que no es necesario proponer enmiendas substantivas a la Regla de la Mejor Evidencia.

El Capítulo IX incluye, en la Regla 69(B), la doctrina sobre el "parol evidence rule" o regla de la prueba extrínseca sobre el contenido de un convenio. Esta regla, que tiene como antecedente el antiguo artículo 25 de la Ley de Evidencia, (32 L.P.R.A. sec. 1668), fue objeto de cambios significativos en la Regla 69(B) según aprobada. Las Reglas, según sometidas por el Tribunal Supremo a la Asamblea Legislativa, no incorporaban la Regla de la Prueba Extrínseca "por entender que la misma es un principio de derecho sustantivo en materia de obligaciones y contratos y no un principio procesal de derecho probatorio que debe ser incorporado a las Reglas de Evidencia". Comentario oficial a la Regla 69 de Evidencia, Edición Colegio de Abogados, pág. 118 (1979). La Asamblea Legislativa, sin embargo, la incluyó en la Regla 69(B).

La jurisprudencia posterior a las Reglas de 1979 ha interpretado esta norma y refleja la existencia de ambigüedades y problemas de

aplicación que permiten cuestionar la sabiduría de mantener vigente esta doctrina. Por esta razón, y según se explicará en los comentarios a la Regla 69(B), el Comité recomienda eliminar el inciso (B) de la Regla 69 para derogar la Regla de Prueba Extrínseca.

Se procede, ahora, a comentar brevemente las reglas de este Capítulo.

Regla 68. Definiciones

Para propósitos de este Capítulo los siguientes términos tendrán el significado que a continuación se indica:

(A) Escritos o grabaciones: consiste en cartas, palabras letras, o números, o sus equivalentes, por medio de escritura manual, maquinilla, grabación mecánica o electrónica, micrografía; microfilmación u otra forma de compilación de datos.

(B) Fotografías: incluye la reproducción mediante fotografías; incluye películas de rayos X, películas cinematográficas y video-magnetofónicas.

(C) Original: el original de un escrito o grabación es el escrito o grabación mismo o cualquier contraparte de éstos, siempre que la intención de la persona que los ejecuta o emita sea que éstos tengan el mismo efecto que aquéllos. El original de una fotografía incluye su negativo y cualquier ejemplar positivo obtenido de éste. Es también un original, el impreso legible que refleje con precisión la información que haya sido almacenada o acumulada en una computadora o artefacto similar.

(D) Duplicado: es la copia o imagen producida por la misma impresión que el original, o por la misma matriz o por medio de fotografía, incluyendo ampliaciones y miniaturas, o por grabaciones mecánicas o electrónicas o por reproducciones químicas o por otras técnicas equivalentes que reproduzcan adecuadamente el original.

COMENTARIOS

Según indicado en el Comentario a las Reglas de 1979, esta regla

establece un alcance amplio para la Regla de la Mejor Evidencia ya que se extiende a escritos, fotografías y grabaciones en todas las formas en que éstos puedan producirse por la tecnología contemporánea. La única interrogante que se ha presentado sobre la Regla equivalente en la jurisdicción federal es si aplica a inscripciones en objetos o bienes muebles o inmuebles. Se incluyen inscripciones en tablillas, papel, moneda, tumbas, motores de vehículos y letreros sitos en bienes inmuebles. Se ha señalado que la doctrina tradicional en la jurisdicción federal y en las jurisdicciones estatales no extendía de forma estricta la Regla de la Mejor Evidencia a inscripciones en objetos. Por el contrario, se dejaba a la discreción judicial determinar en qué medida la regla debía aplicarse tomando en consideración la razón de ser de la doctrina y el ofrecimiento de prueba en particular. (véase: McCormick, Evidence, sec. 232, pág. 705-706, 3ra ed. 1984).

La Regla 68, de su faz, podría extenderse a inscripciones en objetos. Se ha argumentado que es preferible retener la discreción judicial en la determinación de la admisibilidad de prueba secundaria sobre una inscripción en un objeto que no sea un documento. (American Bar Association, Section of Litigation, Emerging Problems Under the Federal Rules of Evidence, pág. 326-328 (1983). El Tribunal podría, en su discreción, admitir la prueba secundaria específicamente si es sobre un hecho colateral o podría requerir la presentación del objeto con la inscripción original. También podría llevar a cabo una inspección ocular. Es importante reconocer que el

proponente tiene la opción de ofrecer una fotografía sobre la inscripción. La fotografía sería admisible como duplicado bajo las Reglas 68(D) y 73.

En nuestra Regla 68(A) oficial es necesario corregir un error de traducción ya que la palabra "letters" de la Regla Federal fue traducida como "cartas" y no como "letras", que es la traducción correcta. Algunas ediciones no oficiales de las Reglas se han percatado de este error y han corregido el mismo. Véase, por ejemplo, la edición del Colegio de Abogados (1979), pág. 116.

Regla 69(A). Regla de la mejor evidencia y de la evidencia extrínseca

(A) A menos que un estatuto o estas reglas dispongan otra cosa, para probar el contenido de un escrito, grabación o fotografía se requiere la presentación del escrito, fotografía o grabación original.

COMENTARIOS

Esta regla establece la regla de exclusión de la Regla de la Mejor Evidencia. Requiere que para probar el contenido de un escrito, grabación o fotografía se ofrezca el original. La regla no ha presentado problemas significativos. La única ambigüedad estriba en determinar cuándo es que se está tratando de probar el contenido del escrito, grabación o fotografía mediante prueba secundaria. La regla no excluye prueba sobre un hecho del cual un testigo tiene conocimiento personal aunque el hecho conste en un escrito. Así, por ejemplo, la persona que presencié un contrato oral debería poder testificar sobre los términos de la contratación aunque éstos consten en un escrito.

De forma similar, el testigo que tiene conocimiento personal sobre convicciones o sobre grados obtenidos podría testificar sobre ese hecho sin que pueda ser objetado ya que dicho testimonio, no es prueba secundaria sobre el contenido de la sentencia o diploma, sino prueba testifical basada en conocimiento personal sobre el hecho de la convicción o graduación. Para un ejemplo en nuestra jurisdicción véase Pueblo v. Rivera, 29 D.P.R. 79 (1921): (la persona que expide una licencia a favor de otra puede declarar sobre su contenido ya

que tiene conocimiento personal sobre el contenido de la licencia.

La norma general es que un testigo puede declarar sobre un hecho que le conste de conocimiento personal aunque el hecho también surja de un escrito. Véase Colondres v. Bayron, 114 D.P.R. 833 (1983).

De forma similar es posible que una persona declare sobre unos hechos de los que tiene conocimiento personal, aunque éstos consten en una grabación o fotografía. De hecho, usualmente, las fotografías se ofrecen como prueba ilustrativa de un testimonio. En esos casos la Regla de la Mejor Evidencia no aplica ya que no se está tratando de probar el contenido de la fotografía con el testimonio, sino precisamente lo contrario: ilustrar un testimonio con una fotografía. Por otro lado, quien no presencié el evento en cuestión y sólo conoce de él por razón de que leyó un documento en el cual consta el hecho, no tiene conocimiento personal sobre el hecho y no puede testificar sobre el contenido del documento. Su testimonio sería prueba secundaria.

Con alguna frecuencia se confunde la Regla de la Mejor Evidencia con las determinaciones sobre qué prueba tiene mayor valor probatorio para establecer un hecho. Aunque usualmente el original de un documento, grabación o fotografía resulta ser la prueba de mayor valor probatorio, la Regla de la Mejor Evidencia no requiere que se ofrezca la prueba de mayor valor probatorio sobre cualquier hecho. Así, por ejemplo, si fuera admisible prueba sobre el hecho de que el acusado no ha cometido delitos, la Regla de la Mejor Evidencia no requiere que se ofrezca el record de la policía sobre antecedentes

penales. Véase Pueblo v. Franceschini, 110 D.P.R. 794 (1981). Si la prueba no es inadmisibile por razón de alguna otra regla de exclusión (por ejemplo: la prueba de carácter), el acusado podría testificar sobre el hecho de que nunca ha cometido un acto delictivo y no podría objetarse su testimonio aduciendo que la mejor evidencia sería el certificado sobre antecedentes penales.

Las consideraciones sobre el valor probatorio de la prueba ofrecida son materia de las reglas concernientes a la evaluación de la suficiencia de la prueba, incluyendo la Regla 10(G), la Regla 16(6) y algunas reglas de exclusión, como la Regla 19; pero la Regla de la Mejor Evidencia no requiere que se ofrezca la prueba con mayor valor probatorio excepto en las circunstancias en que aplica y se requiere el original de un documento, grabación o fotografía y dicho original resulta ser la prueba de mayor valor probatorio. Aunque ofrecer prueba más débil pudiendo ofrecer prueba más fuerte puede tener efecto negativo significativo, bajo las Reglas 10(G) y 16(5) y (6) véase por ejemplo, Pueblo v. Andino León, 110 D.P.R. 893 (1974), la Regla de Mejor Evidencia no haría inadmisibile la prueba más débil, ni requiere que se ofrezca la más fuerte.

Regla 69(B)

(B) Cuando en un convenio oral o escrito, ya sea público o privado, se hayan incluido todos los términos y condiciones que constituyen la verdadera y última intención de las partes, se considerará que éste es uno integrado, por lo que no cabrá entre los convinientes o sus sucesores en interés, evidencia extrínseca al contenido del mismo excepto en los siguientes casos:

- (1) Cuando una equivocación o imperfección en el convenio sea alegada en el litigio;
- (2) Cuando la validez del convenio constituye el hecho controvertido.

Esta regla no excluye otra evidencia de circunstancias bajo las cuales fuere hecho el convenio, o con las cuales se relacionare como lo son la situación del objeto a que se contrayere o la de las partes, o para probar ilegalidad o fraude.

COMENTARIOS

Este inciso codifica la regla de la prueba extrínseca, "parol evidence rule". El Tribunal Supremo, al proponer las Reglas de Evidencia a la Asamblea Legislativa, decidió no proponer regla alguna sobre esta materia. La Asamblea Legislativa, sin embargo, incorporó estas disposiciones en el capítulo relacionado con la Regla de la Mejor Evidencia. Las razones que tuvo la Asamblea Legislativa para mantener estas normas de derecho sustantivo como parte del derecho probatorio no surgen del historial legislativo. Tampoco surge el origen, o razón de ser, del texto específico

incorporado en el primer párrafo de la Regla 69(B).

La regla incorporó las disposiciones del anterior artículo 25 de la Ley de Evidencia (32 L.P.R.A. sec. 1668) pero realizó cambios al extender el alcance de la Regla a convenios orales y al modificar la descripción de las circunstancias en que la regla aplica. El antiguo artículo 25 de la Ley de Evidencia (1905) proveía:

"Cuando las condiciones de un convenio se hayan consignado en un documento se considerará que contiene éste todas dichas condiciones, por lo que no cabrá entre las partes y sus representantes o sucesores en interés, evidencia alguna de las condiciones del convenio, fuera de lo contenido en el documento, excepto en los siguientes casos:

1. Cuando una equivocación o imperfección en el documento fuera alegada en el litigio.
2. Cuando la validez del convenio constituyere el hecho controvertido.

Pero esta sección no excluye otra evidencia de circunstancias bajo las cuales fuere hecho el convenio o con las cuales se relacionare, según lo definido en la sec. 1671 de este título, o para explicar una ambigüedad extrínseca o probar ilegalidad o fraude. La palabra convenio incluye: escrituras y testamentos, así como contratos.

El Comité hace gran hincapié y pone el mayor énfasis en la necesidad de eliminar el "parol evidence rule" de las reglas de evidencia. Hay dos razones imperiosas para eliminar la Regla 69(B) y una tercera de menor alcance.

En primer lugar, cualquier versión de esta regla no es una norma de derecho probatorio, con cabida en las Reglas de Evidencia, sino una norma de derecho sustantivo. Wigmore ha explicado esto con gran claridad:

"First and foremost, the rule is in no sense a rule of Evidence, but a rule of substantive law. It does not exclude certain data because they are for one or another reason untrustworthy or undesirable means of evidencing some facts to be proved. It does not concern a probative mental process - the process of believing one fact on the faith of another. What the rule does is to declare that certain kinds of fact are legally ineffective on the substantive law; and this is of course (like any other ruling of substantive law) results in forbidding the fact to be proved at all...

...But this prohibition of proving is merely the dramatic aspect of the process of applying the rule of substantive law. When a thing is not to be proved at all, the rule of prohibition does not become a rule of Evidence merely because it comes into play when the counsel offers to 'prove' it or 'give evidence' of it; otherwise, any rule of law whatever might be reduced to a rule of Evidence...

Let us dismiss, then, once for all, any notion that the Parol Evidence rule, in any of its aspects, is concerned with any precautions or limitations based on probative value, or indeed with any regulation of evidence in the legitimate sense of the word". (IX Wigmore, Sec. 2400, tercera edición, página 3-4, 1940).

En Puerto Rico, antes y después de las reglas, el Tribunal Supremo ha expresado que el "parol evidence rule" es norma de derecho sustantivo y no de derecho probatorio: Morales v. Díaz, 24 D.P.R. 739, 743 (1917); Marina Ind. Inc., v. Brown Bovesi Corp., 111 D.P.R. 64 (1983). El profesor Chiesa, firme partidario de erradicar esta regla del derecho probatorio, observa que el Tribunal Supremo no incluyó esta Regla 69(B) en las reglas de evidencia que sometiera a la Asamblea Legislativa a principios del año 1979, justamente en su empeño de excluir de las reglas toda norma de derecho sustantivo

o toda norma que no fuera estrictamente de derecho probatorio. Chiesa, *Práctica Procesal Puertorriqueña*, Vol. 1, Evidencia, pág. 472 (1986).

Pero hay una segunda razón para la eliminación de la regla de evidencia extrínseca en su versión actual de la Regla 69(B). Esta extendió la norma a convenios orales y la restringe a convenios integrados, esto es, a aquellos en que se han "incluido todos los términos y condiciones que constituyen la verdadera y última intención de las partes". Pero esto da al traste con la utilidad que tenía la norma en su versión bajo la ley anterior en Puerto Rico. Bajo ésta, se creaba una especie de presunción de que cuando se reducía un convenio a escrito, en cualquier forma de documento, éste contenía todos los términos y condiciones del convenio. Esto era de utilidad, pues cuando las partes y sus abogados, tras mucho esfuerzo y negociación, llegaban a firmar el documento contractual con todas las cláusulas contenidas, se sentían protegidos, bajo la norma, contra evidencia extrínseca -oral o de otra índole- para variar los términos del convenio, según expresados en el documento. Bajo la actual Regla 69(B), la aplicación de la regla -aparte de extenderse a convenios no reducidos a escrito- exige, como condición que "se hayan incluido todos los términos y condiciones que constituyen la verdadera y última intención de las partes". La norma anterior, 32 L.P.R.A., sec. 1668, establecía que "cuando las condiciones de un convenio se hayan consignado en un documento, se considerará que contiene éste todas dichas condiciones", lo que justificaba la existencia de la norma, independientemente de su naturaleza sustantiva o

probatoria. El profesor Chiesa, comentando el requisito, bajo la regla actual, de que se hayan incluido todos los términos y condiciones del convenio, observa (supra, págs. 474-475):

"Esto no significa nada. Sólo quiere decir que la regla no aplica cuando es inaplicable. Si la regla sólo aplica a convenios integrados, no aplica a convenios no integrados. De ahí que sea usualmente desestimada la objeción contra evidencia extrínseca a base de que la regla de la evidencia extrínseca prohíbe variar los términos de un contrato escrito. Ese es el efecto y no la premisa para aplicar la regla. Wigmore ha explicado esto con gran acierto y agudeza (IX Wigmore Sec. 2431, 3ra. ed., pág. 102): It is not uncommon to speak of the present rule as a rule against 'varying the terms of the writing' No doubt that is precisely the result of applying the rule. But it can never serve as a test to determine in the first instance whether the rule is applicable. The applicability and the effect of the rule are distinct things. To employ this phrase as a test is to reason in a circle; for it is to attempt to decide whether something conceded to be different from the writing ought to be excluded by showing that it is different. All the phrases about transactions that 'vary' or 'contradict,' or are 'inconsistent,' involve the same futility. The fundamental question is as to the intent of the parties to restrict the writing to specific elements or subjects of negotiation (ante, Sec. 2430, par. 3); and if that intent existed, then the other subjects of negotiation can be established, even though they be (as they usually are) different from the writing."

Como tercera justificación para eliminar la regla puede mencionarse que las excepciones a la prohibición de la evidencia extrínseca son tan numerosas que han reducido la norma a "casi nada" por así decirlo. El profesor Chiesa resume así las excepciones a la norma bajo la actual regla 69(B):

1. no se han incluido todos los términos y condiciones del convenio,
2. el convenio no recoge la verdadera intención de las partes,
3. el convenio no representa la última intención de las partes,
4. se alega una imperfección o equivocación en el convenio,
5. la validez del convenio constituye el hecho en controversia,

y,

6. la evidencia extrínseca se refiere a las circunstancias bajo las cuales fuere hecho el convenio o con las cuales se relacionare, como la situación del objeto a que se contrayere, o la intención de las partes, o para probar ilegalidad o fraude. (Chiesa, supra, pág. 474; a renglón seguido el autor considera cada excepción, haciendo referencia a la jurisprudencia correspondiente, pág. 474-476).

Por supuesto, la derogación de la Regla 69(B) no afecta, en modo alguno, a las normas estatutarias y jurisprudenciales sobre interpretación de contratos, centradas en el principio cardinal de que debe respetarse el claro texto de las cláusulas convenidas y resolverse las dudas a base de la intención de las partes contratantes. Adviértase que están aún en vigencia provisional -en virtud de la actual Regla 84(B)- los artículos 30 y 32 de la ley de 1905, 32 L.P.R.A. secs. 1673 y 1675, que se refieren a normas de interpretación de documentos, incluyendo contratos.

Finalmente, valga señalar la observación del profesor Chiesa, supra, de que el hecho de que la norma que nos ocupa sea de naturaleza sustantiva y no probatoria, tiene dos consecuencias

significativas:

1. No son aplicables las restricciones establecidas en las Reglas 4 y 5 de Evidencia sobre efecto de error. Esto significa que, aunque no se hiciera oportuna y correcta objeción en instancia, podrían considerarse en revisión o apelación cuestiones relativas a esta norma, por tratarse de cuestiones de derecho sustantivo y no meramente de admisión o exclusión de prueba.

2. El problema, por ser uno de derecho civil sustantivo, se rige primeramente por el "derecho civil", y no por el "common law" o el derecho anglosajón. Por supuesto, las controversias deben ser atendidas, en primer lugar, bajo el Código Civil o los estatutos correspondientes.

El Comité, en suma, considera que es imperativo derogar la Regla 69 (B).

Regla 70. Admisibilidad de otra evidencia del contenido, que no sea el original mismo

Será admisible otra evidencia del contenido de un escrito, grabación o fotografía que no sea el original del mismo cuando:

(a) El original se ha extraviado o ha sido destruido, a menos que el proponente lo haya perdido o destruido de mala fe.

(b) El original no puede ser obtenido por ningún procedimiento judicial disponible ni de ninguna otra manera.

(c) El original está en poder de la parte contra quien se ofrece y ésta no produce el original en la vista a pesar de haber sido previamente advertida de que se necesitaría producirlo en la vista.

(d) El original no está íntimamente relacionado con las controversias esenciales y resultare inconveniente requerir su presentación.

COMENTARIOS

Esta regla establece las excepciones a la Regla de la Mejor Evidencia. En la jurisdicción federal la regla equivalente, Regla 1004, no ha presentado problema significativo alguno. American Bar Association, Section of Litigation, Emerging Problems Under the Federal Rules of Evidence, pág. 331 a 336 (1983). A continuación se exponen algunos señalamientos que se han hecho en torno a esta regla.

Se ha sugerido que el lenguaje del inciso (C) de la Regla no debe ser interpretado de forma estricta, ya que podría ser oneroso requerirle a una parte que lleve a cabo gestiones costosas para

obtener el original de un documento mediante procedimientos judiciales. Los esfuerzos para obtener el original bajo el inciso (C) deben ser razonables a la luz de las circunstancias del caso. Id. pág. 335. Se ha sugerido, también, que el inciso (C) debe interpretarse como incorporando la frase "en la medida en que sea razonable y práctico" de manera que no se requieran esfuerzos fútiles u onerosos. J. Winstein & Berger, Weinstein's Evidence, sec. 1004 (2) (01) (1985).

Una característica importante de esta regla es el hecho de que no establece preferencia por ningún tipo de prueba secundaria. Por supuesto, el proponente tratará de presentar la mejor evidencia para no tener que pechar con la presunción de la Regla 10(G). Una vez se cumple con el testimonio de base para establecer una excepción bajo la Regla 70, cualquier tipo de prueba secundaria es admisible. Se ha señalado que antes de las Reglas de 1979 en nuestra jurisdicción la doctrina era igual ya que se seguía la llamada "Regla Inglesa" en virtud de la cual no existen grados de evidencia secundaria y "por lo tanto podrá presentarse evidencia oral o de otra índole sin demostrar antes la ausencia de copias en existencia y tampoco habrá preferencias en cuanto a las diferentes clases de copias", véase Nevares Muñiz, D., Dos Reglas Evidenciarias: La Mejor Evidencia y La Evidencia Extrínseca, 40 Rev. Col. Abo. 47, 59 (1979).

Regla 71. Récorde y documentos públicos

El contenido de un récord público u otro documento que esté bajo la custodia de una entidad u oficina pública puede ser probado mediante copia certificada del original expedida por funcionario autorizado, o copia declarada correcta o fiel por un testigo que la haya comparado con el original. Si ello no es posible, a pesar del ejercicio de razonables diligencias por parte del proponente, otra evidencia secundaria del contenido del original será admisible.

COMENTARIOS

Esta regla permite que en el caso de documentos públicos no se ofrezca el original. Según indicado en el comentario oficial a las Reglas de 1979 la regla descansa en razones de conveniencia y confiabilidad. A diferencia de lo establecido en la Regla 70, esta regla establece una jerarquía de prueba secundaria: requiere como prueba una copia certificada del original expedida por funcionario autorizado o copia declarada correcta o fiel por un testigo que la haya comparado con el original.

En la jurisdicción federal la Regla 1005 ha presentado dudas respecto a qué otra prueba secundaria, sobre el récord público, es admisible que no sea la expresamente admisible bajo la Regla. Algunos comentaristas sugieren que en ausencia de las copias admisibles bajo la regla debe ofrecerse el original antes de ofrecer otra prueba secundaria. Véase: 5 Weinstein & M. Berger, Weinstein's Evidence, sec. 1005 (06); otros entienden que no es necesario ofrecer el original; véase S. Saltzburg & K. Redden,

Federal Rules of Evidence Manual, 1064 (4ta ed., 1986). El lenguaje de la Regla Federal, en cuanto a este punto, es idéntico al de nuestra regla.

Adviértase que, con relación a documentos que no son públicos pero que están bajo la custodia de o archivados en una entidad pública, existe diferencia entre nuestra regla y su contraparte federal, Regla 1005. Esta se refiere a "official record or a document authorized to be recorded or filed and actually recorded or filed", mientras que nuestra regla se refiere a "un récord público u otro documento que esté bajo la custodia de una entidad u oficina pública", con omisión de lo relativo a autorización para el registro o archivo del documento en una oficina gubernamental. Esta diferencia explica, en parte, la jurisprudencia federal que sostiene que el mero hecho de estar bajo la custodia de una entidad pública no convierte a un documento, sin más, en público o uno cubierto por esta regla. Véase Amoco Production Co. v. United States, 619 F. 2d 1383 (10th Cir. 1980). Nótese que la sección 1506 del Código de Evidencia de California dispone que "a copy of a writing is not made inadmissible by the best evidence rule if the writing is a record or other writing that is in the custody of a public entity". Nuestra regla sigue sustancialmente esta versión y no la de la regla 1005 de las Reglas Uniformes de 1974, que sigue el texto de la Regla Federal.

Aunque el historial de la Regla 71 no indica la razón para el texto seguido, no parece haberse alterado el estado de derecho bajo la ley anterior, incisos (3) y (4) del artículo 24 de la ley de

1905, 32 L.P.R.A. sec. 1667. Más aún, el Comité estima que no hay cambio significativo, en cuanto a aspectos esenciales, entre el referido artículo, en su totalidad, de la ley derogada y las actuales Reglas 70 y 71. Para beneficio del lector, transcribimos el artículo derogado:

No puede haber evidencia del contenido de un escrito, fuera del propio escrito, excepto en los casos siguientes:

1. Cuando el original se hubiere extraviado o destruido, o estuviere fuera de la jurisdicción del tribunal; en cuyos casos habrá antes que probar tales hechos.
2. Cuando el original obrare en poder de la parte contra quien se ofreciere la evidencia, y dejare ésta de presentarlo, después de haber sido notificada convenientemente.
3. Cuando el original hubiere sido registrado, y una copia certificada del registro se estimare evidencia por este Código u otro estatuto.

En los casos mencionados en los párrafos tres y cuatro, deberá presentarse copia certificada del original o del registro: en los mencionados en los párrafos uno y dos, bien una copia, o evidencia oral del contenido.

Sobre los problemas que ha suscitado esta regla en la jurisdicción federal -particularmente la relación de la excepción establecida en ella con otras excepciones a la regla de la mejor evidencia, especialmente el original extraviado, destruido o no disponible y los duplicados- véase A.B.A., Section of Litigation, Emerging Problems Under the Federal Rules of Evidence, págs. 337-342 (1983).

Regla 72. Originales voluminosos

El contenido de escritos, grabaciones o fotografías, que en virtud de su gran volumen o tamaño no puedan ser examinados convenientemente en la sala del tribunal, podrá ser presentado mediante esquemas, resúmenes o cómputos, o cualquier otra evidencia similar. Los originales o duplicados deben ser puestos a la disposición de las otras partes para ser examinados o copiados, en tiempo y lugar razonables.

El tribunal podrá ordenar que se produzcan en sala los originales o duplicados.

COMENTARIOS

Esta regla es idéntica a la Regla Federal 1006. En la esfera federal se han suscitado los siguientes problemas.

En primer lugar, el uso de resúmenes por una parte pone a la parte contraria en una desventaja indebida si no ha tenido la oportunidad de examinar los mismos con suficiente antelación al juicio. Se argumenta que los resúmenes preparados por las partes pueden estar preñados de premisas argumentativas o sin fundamentos en los hechos. Por esta razón, se ha sugerido requerir el intercambio de resúmenes antes del juicio. La jurisprudencia federal, sin embargo, no ha adoptado esta posición por no surgir de la regla. Por otro lado, en algunas jurisdicciones la regla así lo requiere. Véase, por ejemplo, la versión de Florida, la cual requiere que la parte que interese ofrecer un resumen debe darle oportuna notificación escrita a las partes contrarias y poner el resumen y la data en que se

base a la disposición de las partes para examinar o copiar. Flo. Stat. Ann. sec. 90.956.

Un segundo problema bajo la Regla es la ambigüedad respecto a la admisibilidad, como exhibits, de los resúmenes. Ha sido señalado que si la data en que descansa el resumen es admisible, los resúmenes lo son aunque el tribunal puede excluirllos en el ejercicio de su discreción. Aunque el lenguaje de la Regla y la jurisprudencia mayoritaria sostienen esta interpretación, subsiste alguna ambigüedad y podría ser deseable enmendar la regla para proveer claramente al respecto. Véase American Bar Association, Section of Litigation, Emerging Problems Under the Federal Rules of Evidence, pág. 346 - 347 (1983).

También se le ha reconocido discreción al tribunal para permitir el uso de resúmenes e ilustraciones gráficas para ilustrar prueba que se ha ofrecido previamente. Véase Pueblo v. Corales Irizarry, 107 D.P.R. 481, 493 - 494 (1978); U.S. v. Souldard, 730 F. 2d 1292 (1984).

Regla 73. Duplicados

Un duplicado es tan admisible como el original a no ser que surja una genuina controversia en torno a la autenticidad del original o que, bajo las circunstancias del caso, sea injusto admitir el duplicado en lugar del original.

COMENTARIOS

Esta regla es idéntica a la Regla Federal 1003. Se admiten duplicados, según definidos en la Regla 68(D), sin necesidad de ofrecer el original. Se señala que esta regla, que introdujo cambio significativo en el derecho probatorio no ha presentado problemas. Véase American Bar Association, Section of Litigation, State Rules of Evidence Project - Trial Evidence Committee, Cap. 67, Regla 67 (Draft 1986). Bajo la doctrina anterior los duplicados eran tratados como prueba secundaria y sólo eran admisibles si se daban algunas de las excepciones a la Regla; véase Pueblo v. Corales Irizarry, 107 D.P.R. 481, 487-488 (1978). En la actualidad el duplicado es admisible y, a menos que de su faz sea causa de sospecha o falta de confiabilidad, la parte que desee oponerse a su admisibilidad, tiene la carga de establecer que hay una controversia genuina respecto a la autenticidad del original o que por alguna otra razón es injusto admitir el duplicado; véase American Bar Association, Section of Litigation, State Rules of Evidence Project-Trial Evidence Committee, Cap. 67, Regla 67 (Draft 1986); Saltzburg & Redden, Federal Rules of Evidence Manual, pág. 1053 (4ta ed. 1986). Para ejemplos de situaciones en las que el duplicado no

se admitió, véase Ruberto v. Commissioner, 774 F. 2d 61 (1985),
Amoco Prod. Co. v. U. S., 619 F. 2d 1383 (1980).

Regla 74. Testimonio o admisión de parte

El contenido de escritos, grabaciones o fotografías puede ser probado por el testimonio o deposición de la parte contra quien se ofrece o por su admisión escrita, sin necesidad de producir el original.

COMENTARIOS

Esta regla es idéntica a la Regla Federal 1007. Se limita su alcance a admisiones escritas o bajo juramento. Esto reduce la posibilidad de errores en la comunicación de la información. En esos casos la admisión se ofrece sin necesidad de producir el original. Una admisión oral podría ofrecerse como prueba secundaria si hay una excepción al alcance de la Regla 69(A), Saltzburg & Redden, Federal Rules of Evidence Manual, pág. 1076, (4ta. ed. 1986).

CAPITULO X

AUTENTICACION E IDENTIFICACIONCOMENTARIO GENERAL

Las reglas de este Capítulo, Reglas 75 a 79 establecen los principios básicos sobre la autenticación e identificación. En general este capítulo sigue el Capítulo IX de las Reglas Federales de Evidencia, Reglas 901 a 903. Las reglas federales de autenticación e identificación no han presentado problemas significativos de aplicación o interpretación. De forma similar, nuestra jurisprudencia no refleja la existencia de problemas que ameriten enmiendas en este momento, salvo una enmienda a la Regla 79 que obedece a corregir un evidente error de falta de texto. Las principales interrogantes respecto a estas reglas las señalamos a continuación al discutir brevemente cada una de ellas.

Regla 75. Requisito de autenticación e identificación

El requisito de autenticación o identificación como una condición previa a la admisibilidad se satisface con la presentación de evidencia suficiente para sostener una determinación de que la materia en cuestión es lo que el proponente sostiene.

COMENTARIOS

Esta regla es idéntica al inciso (a) de la Regla 901 Federal. La regla reconoce el requisito de autenticación o identificación como condición previa a la admisibilidad de prueba. Hay alguna ambigüedad respecto al alcance preciso de los términos autenticación e identificación. Su alcance principal usualmente se refiere al ofrecimiento de prueba demostrativa especialmente documentos y otros objetos que constituyen prueba real en el caso en que se ofrecen. En este contexto, usualmente, el termino autenticación se utiliza en relación a documentos e identificación en relación a otros objetos. En alguna medida, sin embargo, el término identificación también se utiliza, frecuentemente, como el testimonio de base requerido para permitir una opinión respecto a la naturaleza o identidad de una percepción. Así, por ejemplo, se habla de identificar una voz, un olor, un sabor e inclusive una percepción visual que quiere identificarse mediante una generalización vis-a-vis una descripción de sus características según percibidas. Un ejemplo de este uso del concepto identificación se da en el contexto de la identificación del acusado. Esta ambigüedad puede atribuirse a la relación estrecha entre los requisitos de conocimiento personal y los requisitos de

autenticación e identificación. Independientemente de las consideraciones y distinciones teóricas, lo importante es recordar que ambos son requisitos para la admisibilidad de la prueba.

Otra ambigüedad en la doctrina relacionada con esta regla surge respecto a la prueba demostrativa ilustrativa: fotografías, gráficas, modelos y otros. Como se sabe esta prueba es distinta a la demostrativa real ya que usualmente se ofrece para ilustrar o asistir al juzgador en la apreciación de otra prueba. En general la doctrina de autenticación e identificación no se ha aplicado a estos ofrecimientos de prueba y usualmente se han establecido unos requisitos particulares para los mismos. Así por ejemplo, se ha establecido que las fotografías son admisibles para ilustrar el testimonio de un testigo, Pueblo v. Torres, 75 D.P.R. 231, 235 (1953). Con posterioridad a las Reglas de Evidencia de 1979 el Tribunal Supremo ha sugerido que bajo las reglas, las fotografías "son admisibles cuando han sido debidamente identificadas o autenticadas . . . , Pueblo v. González Colón, 110 D.P.R. 812, 821, nota al calce 3, (1981). Esta ambigüedad no debe tener impacto significativo respecto a la admisibilidad ya que ambos criterios van dirigidos a propiciar que la fotografía sea pertinente. Al considerarse el "testimonio de base" que requiere la admisión de una fotografía, deben distinguirse los varios usos que se puede dar a la fotografía. De ordinario, la fotografía se ofrece como evidencia demostrativa ilustrativa, no real. Véase el comentario a la Regla 80 (para una explicación de la diferencia entre la evidencia real e ilustrativa). En este caso

ordinario, la fotografía meramente ilustra el testimonio de un testigo. La única "prueba de base" es establecer que la fotografía representa adecuadamente la escena u objeto a que alude el testimonio. En McCormick se expresa esto en los siguientes términos (pág. 671, ed. 1984):

"The principle upon which photographs are most commonly admitted into evidence is the same as that underlying the admission of illustrative drawings, maps and diagrams. Under this theory, a photograph is viewed merely as a graphic portrayal of oral testimony, and becomes admissible only when a witness has testified that it is a correct and accurate representation of relevant facts personally observed by the witness. Accordingly, under this theory, the witness who lays the foundation need not be the photographer nor need he know anything of the time, conditions, or mechanisms of the taking. Instead he need only know about the facts represented or the scene or objects photographed, and once this knowledge is shown he can say whether the photograph shown correctly and accurately portrays these facts. Once the photograph is thus verified it is admissible as a graphic portrayal of the verifying witness' testimony into which it is incorporated by reference."

En otras ocasiones, la fotografía juega un papel más central, más cercano a la evidencia real, sólo que de "segundo orden", por así decirlo. Tal es el caso de la fotografía o película de la cámara del banco que capta el momento del asalto. Aquí es necesario "autenticar" la fotografía en el sentido de la Regla 75. El medio usual de autenticación sería entonces similar al contemplado por la Regla Federal 901(b)(9): "evidence describing a process or system used to produce a result and showing that the process or system produces an accurate result." Hay otro tercer uso de la fotografía,

esta vez como evidencia real, pues la fotografía es el objeto mismo en controversia. Tal es la situación de una fotografía alegadamente obscena, ofrecida en un caso penal por delito de obscenidad. Aquí, de nuevo, hay que autenticar bajo la Regla 75 y demostrar que la fotografía ofrecida es, justamente, lo que el fiscal alega: la distribuida por correo por el acusado, por ejemplo.

Lo dicho aquí sobre fotografía ofrecida como prueba ilustrativa sería aplicable a otra prueba ilustrativa, la cual tradicionalmente se admite si el tribunal entiende que dicha prueba ilustrativa es de ayuda en la apreciación de la prueba, véase McCormick, Evidence, pág. 668, 3d. Ed. (1984). Este criterio de admisibilidad ciertamente va dirigido a lograr que la prueba ofrecida "tienda a hacer más probable o menos probable un hecho en controversia." Aunque esta ambigüedad no es significativa desde el punto de vista de la admisibilidad de la prueba, eventualmente podría ser deseable promulgar una regla que provea respecto a este tipo de prueba ilustrativa ya que la ambigüedad en la clasificación puede afectar otros aspectos del proceso probatorio. Un ejemplo lo sería la división de funciones entre el juez y el jurado en este tipo de determinación preliminar.

En la jurisdicción federal se ha levantado una interrogante similar en el contexto de la Regla 901(a), idéntica a nuestra Regla 75. Algunos comentaristas han cuestionado el efecto de la regla al convertir en determinaciones de pertinencia, reglas que anteriormente se consideraban principalmente como normas de exclusión

sujetas a la discreción del tribunal. Se ha señalado que algunas determinaciones de admisibilidad que pueden considerarse incluidas en la Regla 901(a) y que por lo tanto son determinaciones sobre la pertinencia y como tales sujetas al criterio de la Regla 104(b), (Regla 9(b) nuestra), anteriormente eran normas sujetas a la determinación de admisibilidad del tribunal y, por lo tanto, incluidas en la Regla 9(A). Véase sobre esto A.B.A., Section of Litigation, Emerging Problems Under the Federal Rules of Evidence, p. 314 (1983), S. Saltzburgs K. Redden, Federal Rules of Evidence Manual, p. 1006, 1009 (Fourth Edition - 1986). Otros comentaristas, sin embargo, consideran que la regla codifica la doctrina liberal a favor de facilitar la autenticación. Véase A.B.A., Section of Litigation, Emerging Problems Under the Federal Rules of Evidence, p. 314 (1983), J. Weinstein & M. Berger, Weinstein's Evidence, sección 901 (a) (02) (supp. 1985).

Este aspecto de interpretación de la regla parece ser más susceptible de atenderse mediante decisiones judiciales que definan la relación entre los principios establecidos en la Regla 75 y la Regla 9(b) que con reglas específicas en el contexto de este capítulo. Este es el enfoque que surge en nuestra jurisdicción en el caso de Pueblo v. Bianchi, 86 J.T.S. 57, en relación a la doctrina de la cadena de la prueba. En Bianchi, el Tribunal Supremo resuelve que la admisibilidad de evidencia demostrativa, cuya autenticación requiera cadena de custodia, debe determinarse bajo la Regla 9(A).

Otra norma especial de admisibilidad relacionada con la

autenticación e identificación, en relación con la cual será necesario determinar su estatus actual, es la norma relacionada con las grabaciones. En Pueblo v. Hernández Santiago, 97 D.P.R. 522 (1969) nuestro tribunal adoptó una norma estricta para la admisibilidad de grabaciones. Indicó el tribunal a las páginas 535, 536:

"Para que estas grabaciones sean admisibles en evidencia deben ser debidamente tomadas, identificadas y autenticadas como una reproducción fiel y correcta de las manifestaciones proferidas... (citas omitidas). A esos efectos debe demostrarse: (1) que la máquina grabadora era capaz de tomar el testimonio; (2) que el operador de la máquina era competente para operarla; (3) que la grabación es auténtica y correcta; (4) que no se han hecho cambios, adiciones o eliminaciones a la grabación; (5) la forma en que ha sido conservada la grabación; (6) la identificación de las personas que hablan en la grabación; y (7) que el testimonio se produjo libre y voluntariamente."

Aunque aparentemente el uso de las grabaciones y otra tecnología contemporánea como las películas videomagnetofónicas ha aumentado, (véase por ejemplo Pueblo v. Arreche Holdum, 114 D.P.R. 99, (1983) y Pueblo v. Luzón, 113 D.P.R. 315, (1982)), el Tribunal Supremo no ha tenido la necesidad de articular un estándar de admisibilidad respecto a las mismas y el caso de Pueblo v. Hernández Santiago, *supra*, no ha sido citado. En la jurisdicción federal algunas cortes de circuito han reiterado la continua aplicabilidad de la regla estricta para autenticar grabaciones, véase U.S. v. Harrell, 788 F. 2d 1524 (1986). Compárese con U.S. v. Rengifo, 789 F. 2d 975 (1er Cir. 1986). En rigor, la autenticación de una grabación es asunto gobernado por la Regla 75. Lo establecido en Hernández, *supra*, es un ejemplo o guía que resulta suficiente, aunque no necesario, para

autenticar la grabación.

De forma similar a las fotografías y grabaciones, si surgen controversias, será necesario precisar, caso a caso, el testimonio de base requerido para autenticar múltiples ofrecimientos de prueba tales como records de computadoras, fotografías o películas video-magnetofónicas tomadas por cámaras que operan automáticamente y, otras. Evidentemente, respecto a muchos de estos ofrecimientos no surgen controversias ya que las partes usualmente tratan de ofrecer el testimonio de base más completo posible de manera que el juzgador le reconozca a la prueba el mayor valor probatorio posible.

Veamos, por último, dos aclaraciones básicas que consideramos esenciales en relación a la doctrina de autenticación e identificación. En primer lugar, hay que recordar que la autenticación o identificación es un requisito de admisibilidad de toda prueba documental y de otros tipos de objetos. Aunque el comentario oficial de la Regla 75 de 1979 expresa: "con todo lo avanzado que está el descubrimiento de prueba no se justifica requerir en todos los casos prueba de autenticación", nuestro Tribunal Supremo, con posterioridad a las Reglas de 1979, ha reiterado la doctrina tradicional que hace inadmisibile un documento que no ha sido autenticado. Pueblo v. Lebrón González, 113 D.P.R. 81 (1982). Esto no evita que las partes utilicen los procedimientos para descubrir prueba y obtengan admisiones que hagan innecesaria la autenticación o identificación de cierta prueba. De igual forma, en casos civiles, el tribunal tiene amplia discreción para requerir a las partes la estipulación de

hechos que razonablemente no pueden ponerse en controversia. En puridad, el lenguaje del referido comentario es ambiguo en cuanto se presta a equívocos. La autenticación es condición necesaria de pertinencia y ésta de admisibilidad. Lo que ocurre es que, a veces, hay presunción de autenticidad (Regla 79) y otras veces ya se ha estipulado la autenticidad.

Una segunda aclaración atañe al alcance de la autenticación e identificación. Este requisito es una condición a la admisibilidad de prueba. Aun en el caso de la autenticación o identificación prima facie, el cumplimiento con este requisito no hace necesariamente admisible una prueba. La prueba debe, además de ser auténtica, ser pertinente en el sentido de ofrecerse para establecer un hecho que el derecho sustantivo requiere establecer. Además, la prueba puede estar sujeta a exclusión por otras reglas tales como la Regla de la Prueba de Referencia, Regla de la Mejor Evidencia, Privilegios y otras, por lo que podría ser inadmisibles aunque sea auténtica.

Regla 76. Instancias de autenticación e identificación

De conformidad con los requisitos de la regla anterior y sin que se interprete como una limitación, son ejemplos de autenticación o identificación los siguientes:

(A) Autenticidad mediante evidencia de la letra: Un escrito podrá autenticarse mediante evidencia de que la letra del autor es genuina. A esos fines, un testigo no perito podrá expresar su opinión sobre si un escrito es de puño y letra del presunto autor a base de su familiaridad con la letra del presunto autor, si dicha familiaridad no se adquirió con miras al pleito. La autenticidad podrá demostrarse también mediante la comparación o cotejo que haga el juzgador o un testigo perito del escrito en controversia con otro escrito debidamente autenticado.

(B) Identificación de voz: La voz de una persona podrá identificarse, ya sea escuchada directamente o a través de grabación o de otro medio mecánico o electrónico, por opinión formada a base de haberse escuchado dicha voz en alguna ocasión bajo circunstancias que la vinculan con la voz de la referida persona.

(C) Conversaciones telefónicas: Podrán autenticarse o identificarse conversaciones telefónicas mediante evidencia de que se hizo una llamada al número asignado en ese momento por la compañía telefónica a una persona o negocio en particular, cuando:

(1) En el caso de una persona, las circunstancias, incluyendo autoidentificación, demuestran que la persona que contestó fue a la que se llamó.

(2) En el caso de un negocio, la llamada fue hecha a un establecimiento comercial y la conversación fue en relación a un negocio razonablemente susceptible de ser discutido por teléfono.

(D) Escritos antiguos: Cuando se determina que un escrito tiene por lo menos 20 años a la fecha en que se ofrece y que generalmente es tratado y respetado como auténtico por personas interesadas en conocer su autenticidad, y que al ser descubierto se hallaba en un sitio en que probablemente se hallaría de ser auténtico, el escrito quedará suficientemente autenticado, salvo que esté en condiciones tales que cree serias dudas sobre su autenticidad.

(E) Escritos en contestación: Un escrito podrá autenticarse con evidencia de que el escrito fue recibido en contestación a una comunicación enviada a la persona que la parte que presenta la evidencia alega es el autor del escrito.

(F) Contenido de escritos: Un escrito podrá autenticarse con evidencia de que el escrito se refiere a, o contiene, asuntos que no es probable fueren conocidos por otra persona que no sea la que la parte que presenta la evidencia alega ser el autor del asunto.

(G) Autenticación mediante admisión: Un escrito u otro material puede ser autenticado mediante evidencia de que la parte contra quien se ofrece admitió su autenticidad en cualquier momento, o mediante evidencia de que ha sido aceptado como auténtico por la parte contra la cual se ofrece.

(H) Testamentos: Un testamento hecho en Puerto Rico se autenticará de acuerdo con lo dispuesto en las leyes aplicables.

COMENTARIOS

Veamos las principales características de esta regla. Se establecen aquí una serie de ejemplos de autenticación o identificación de escritos y otros ofrecimientos de prueba. Los ejemplos de la regla ilustran el hecho de que la autenticación o identificación, al igual que cualquier otro hecho, puede probarse de forma directa o circunstancial. Lo importante es que haya prueba suficiente para sostener una determinación de que "la materia en cuestión es lo que el proponente sostiene".

Aunque la propia regla establece que sólo provee ejemplos y que sus disposiciones no deben interpretarse como una limitación, en la jurisprudencia federal la Regla 901(b), la cual es similar a la nuestra, ha generado confusión respecto a si la regla requiere que un ofrecimiento de prueba para el cual hay un ejemplo de autenticación en esta regla, cumpla estrictamente con el lenguaje de ésta. Por ejemplo, ¿podría autenticarse un escrito con un testigo no perito cuya familiaridad con la letra del presunto autor se haya adquirido con miras al pleito?, o ¿estaría esto absolutamente prohibido por la Regla 76(A)?

Se informa que la jurisprudencia federal se ha dividido respecto a esta pregunta. A.B.A., Section of Litigation, Emerging Problems Under the Federal Rules of Evidence, págs. 316 - 317 (1983). Este problema, sin embargo, no se ha presentado en nuestra jurisprudencia apelativa ni en la de los estados que tienen reglas similares. Véase A.B.A., Section of Litigation, State Rules of Evidence Project.

-Trial Evidence Committee, Cap. 62, Regla 62.3 (Draft 1986). La mejor contestación parece ser que respecto a esta ambigüedad, al igual que con relación al efecto de la regla sobre la discreción del tribunal al juzgar la suficiencia de la prueba en la determinación preliminar de la autenticación, el tribunal retiene discreción para decidir si hay prueba que cumple con los requisitos de la regla o si otra prueba, que se aparta de la forma usual de autenticar, (por ejemplo un testigo no perito que adquirió su familiaridad con la letra del presunto autor con miras al litigio) es prueba que cumple con la Regla 75 y la Regla 9(B).

Según indicamos, nuestra Regla 76 es similar a la Regla 901(b), pero no idéntica. Veamos. El inciso (A) de nuestra regla establece ejemplos del testimonio de base que permitiría autenticar un documento mediante prueba de la letra del autor. Se incluyen tres instancias. Primeramente, mediante prueba de que la letra del autor es genuina. Esta disposición está tomada de la Sección 1415 del Código de Evidencia de California. En segundo lugar, se provee la autenticación mediante la opinión de un testigo no perito si cumple con ciertos requisitos. En tercer lugar, se permite la autenticación mediante la comparación o cotejo del escrito en cuestión con uno autenticado. Dicha comparación puede hacerse por un testigo perito o sometiéndola directamente al juzgador de hechos para su determinación. Estas últimas dos instancias fueron tomadas de la Regla 901(b)(2) y (901)(b)(3) Federal.

El inciso (B) de la Regla establece una forma de identificar una

voz; el mismo fue tomado de la Regla 901(b)(5) Federal.

El inciso (C) establece un testimonio de base que debería ser suficiente para identificar una llamada telefónica. Este inciso fue tomado de la Regla 901(b)(6) literalmente.

El inciso (D) establece un ejemplo de autenticación circunstancial a base del tiempo transcurrido desde la redacción de un escrito y otras circunstancias sobre el mismo. La doctrina que establece este ejemplo es sustancialmente igual a la Regla 901(b)(8). La regla federal, sin embargo, aclara que aplica a compilaciones de datos en cualquier forma. A nuestra regla podría dársele el mismo alcance, pero no se provee expresamente al respecto. Otra diferencia es que el testimonio de base de nuestra regla requeriría establecer que el escrito generalmente es tratado y respetado como auténtico por personas interesadas en conocer su autenticidad. La regla federal no requiere este elemento de testimonio de base.

El inciso (E) de nuestra regla es idéntico a la Sección 1420 del Código de Evidencia de California. No tiene equivalente en la jurisdicción federal y establece otra forma circunstancial de autenticación.

El Inciso (F) es idéntico a la Sección 1421 del Código de Evidencia de California. No tiene equivalente en la jurisdicción federal. Permite autenticar un escrito de forma circunstancial estableciendo que por su contenido no es probable que fuera conocido por otras personas.

El inciso (G) no tiene equivalente en la jurisdicción federal.

Aclara que un escrito u otro objeto puede ser autenticado mediante prueba de que la parte contra la cual se ofrece admitió su autenticidad o lo aceptó como auténtico.

Evidentemente, la regla se refiere a dos modos en que debe estimarse que la parte contra la que se ofrece la evidencia admitió autenticidad. La regla, tomada de la Sección 1414 del Código de Evidencia de California, debe ser entendida así:

Un escrito u otro material puede ser autenticado mediante evidencia de que la parte contra quien se ofrece admitió su autenticidad en cualquier momento o trató al documento como auténtico.

Véase que la regla trata de codificar dos instancias de admisiones de autenticidad: la admisión expresa y la admisión tácita mediante conducta.

El inciso (H) no tiene equivalente en la jurisdicción federal o en California. Fue tomado del Proyecto de Reglas de Evidencia de Puerto Rico de 1958, Regla 602.

Las diferencias restantes entre nuestra Regla 76 y la Regla 901(b) Federal estriban en varias disposiciones de la regla federal que no fueron incluidas en nuestra regla. Así, pues, la regla federal establece como ejemplos de autenticación: el testimonio de un testigo en el sentido de que una materia es lo que se alega que es, Regla 901(b)(1); autenticación mediante la apariencia, contenido, substancia, patrones internos u otras características distintivas tomadas en conjunción con las circunstancias, Regla 901(b)(4); autenticación mediante prueba que describe un proceso o sistema usado para producir un resultado y que establece que el sistema o

proceso produce resultados confiables, Regla 901(b)(9). Aunque nuestra Regla 76 no provee respecto a estos casos de autenticación, evidentemente son otras instancias de autenticación permisibles como testimonio de base ofrecido bajo la Regla 75. Por lo tanto, estas omisiones en nuestra regla afectan la forma y no el contenido de nuestra doctrina de autenticación e identificación.

De forma similar la Regla 901(b)(7) provee, como un ejemplo de autenticación de records o informes públicos, prueba para establecer que un asunto que se ofrece es uno que la ley autoriza que se registre o archive (recorded or filed) y que de hecho fue registrado o archivado en una oficina pública; o es un aparente record público (purported public record), informe, declaración o datos compilados de cualquier forma que proviene de la oficina pública donde se guardan documentos de esa naturaleza.

Nuestra regla no establece un ejemplo de autenticación de records públicos, aunque establece casos de autenticación prima facie de records públicos bajo la Regla 79(B), (C) y (E). Esta omisión no afecta la doctrina ya que un record público podría autenticarse bajo la Regla 75 con un testimonio de base similar al establecido en la Regla 901(b)(7) Federal. No hay razón para interpretar que la única forma de autenticar un record público es con prueba que convertiría al record en uno auténtico de su faz bajo la Regla 79. Sin duda una forma de autenticar un record público sería mediante prueba de la custodia del record; eso es lo que la Regla Federal 901(b)(7) permite y sería admisible bajo nuestra Regla

75 aunque no haya un ejemplo específico al respecto en la Regla 76. Sin embargo, en otras jurisdicciones estatales en que existen reglas similares a las federales y a las nuestras, los tribunales requieren un testimonio de base estricto, cuando se trata de autenticar un record público mediante el custodio o algún otro testigo. Se indica que esto responde a la existencia de reglas equivalentes a nuestras Reglas 65(H), 79 y 71 las cuales eliminan las barreras de prueba de referencia, autenticación y mejor evidencia a la admisibilidad de records públicos y son la forma preferible de ofrecer los mismos. Véase A.B.A. Section of Litigation, Trial Evidence Committee, State Rules of Evidence Project, Cap. 62, Sec. 62.3, (Draft 1986) y casos allí citados. Para un caso en que se admite un record público como auténtico bajo la Regla 901(b)(7) y no mediante autenticación prima facie véase, United States v. Wildon, 535 F.2d 521, Cert denied, 429 U.S. 850 (1976).

Regla 77. Testigos instrumentales

(A) A menos que un estatuto disponga lo contrario, el testimonio de un testigo instrumental no se requerirá para autenticar un escrito.

(B) Si el testimonio de un testigo instrumental se requiere por estatuto para autenticar un escrito y el testigo instrumental niega o no recuerda el otorgamiento del escrito, éste puede ser autenticado mediante otra evidencia.

COMENTARIOS

Evidentemente, un escrito puede ser autenticado por el testimonio de un testigo instrumental (testigo firmante). Esta Regla 77 aclara que, salvo exigencia estatutaria, el escrito puede ser autenticado sin el testimonio del testigo instrumental -apartado (A). Es decir, si no hay estatuto que requiera la autenticación por el testimonio del testigo instrumental, el proponente puede optar por utilizar el testigo instrumental para autenticarlo, pero puede también autenticarlo de cualquier otra manera -por ejemplo, valiéndose de alguna de las ilustraciones de la Regla 76-, sin necesidad del testimonio del testigo instrumental. Más aún, si algún estatuto exigiera el testimonio del testigo instrumental, a fines de autenticar el escrito, el inciso (B) de esta regla permite que se autentique de otra manera, si el testigo instrumental niega o no recuerda el otorgamiento del escrito. Lo mismo es satisfacer la Regla 75.

La Regla 77(A) es similar a la Regla Federal 903 e idéntica a la Sección 1411 del Código de Evidencia de California. La Regla 77(B) no tiene equivalente en la jurisdicción federal y es idéntica a la Sección 412 del Código de Evidencia de California.

Regla 78. Testigos del otorgamiento

Un escrito puede ser autenticado por cualquiera que presencié la preparación u otorgamiento del escrito, incluyendo a los testigos instrumentales.

COMENTARIOS

Esta regla permite que se autentifique un escrito mediante el testimonio de cualquier testigo del otorgamiento, incluyendo a los testigos instrumentales, si los hubiera. Así, pues, aunque no haya estatuto especial que requiera el testimonio de un testigo instrumental para autenticar un escrito, el proponente puede valerse del testigo instrumental. El "testigo del otorgamiento" tiene conocimiento personal del acto pero no firma como testigo. Sólo el firmante es "testigo instrumental".

Aunque no hay regla federal equivalente, esta Regla 78 cabe dentro de la Regla Federal 901(b)(1) que permite autenticar mediante el testimonio de un testigo con conocimiento. La regla es idéntica a la Sección 1413 del Código de Evidencia de California. La ausencia de jurisprudencia es indicativa de los pocos problemas de interpretación que ha generado esta regla.

Regla 79. Autenticación prima facie

No se requerirá evidencia extrínseca de autenticación como condición previa a la admisibilidad de:

(A) Documentos Reconocidos: Documentos acompañados de un certificado de reconocimiento o de prueba, si el certificado cumple con los requisitos pertinentes en ley relativos a certificaciones, particularmente con las disposiciones sobre derecho notarial.

(B) Documentos públicos bajo sello oficial: Documentos bajo sello si éste aparenta ser el sello oficial de:

- (1) el Estado Libre Asociado de Puerto Rico, o
- (2) los Estados Unidos de América
- (3) un estado, territorio o posesión de los Estados Unidos de América, o

(4) un departamento, agencia pública, corporación pública, o funcionario público de cualquiera de las entidades enumeradas en los incisos 1, 2 y 3 anteriores.

Dichos documentos deben estar firmados por la persona que aparenta ser la que los otorga.

(C) Documentos públicos suscritos por funcionarios públicos: Documentos, aunque no estén bajo sello, presuntamente firmados en su capacidad oficial por un funcionario público de cualquiera de las entidades enumeradas en los incisos (1), (2) y (3) del apartado (B) de esta regla, siempre que tales documentos sean acompañados por una certificación bajo sello expedida por funcionario público competente dando fe de que la firma es genuina y es la de un funcionario con

capacidad oficial para suscribir los documentos.

(D) Documentos públicos extranjeros: Documentos presuntamente firmados en su capacidad oficial por un funcionario o su asistente de una nación reconocida por el poder ejecutivo de los Estados Unidos y el documento en que aparece la firma estuviere acompañado de una certificación, expedida por funcionario consular competente, atestando que el documento es válido y existente en la nación extranjera.

(E) Copias certificadas de records y documentos públicos: Copias de un record oficial, o parte de éste, o de un documento archivado en una oficina pública conforme a disposición de ley o reglamento público, si están certificadas como correctas por el custodio o por la persona autorizada en ley para expedir ese tipo de certificación, siempre que la certificación cumpla con los requisitos establecidos en los incisos (B), (C) o (D) de esta regla, o con cualquier ley o reglamento público pertinente.

(F) Publicaciones oficiales: Libros, folletos u otras publicaciones presuntamente emitidas por autoridad pública.

(G) Periódicos o revistas: Material impreso que presuntamente sean periódicos o revistas.

(H) Etiquetas comerciales: Inscripciones, marbetes, etiquetas, u otros análogos, presuntamente fijados en el curso de los negocios y que indican propiedad, control y origen.

Regla 79(D) propuesta

(D) Documentos públicos extranjeros. Documento presuntamente

otorgado o firmado en su capacidad oficial por una persona autorizada por las leyes de un país extranjero para su otorgamiento o certificación, y acompañado de una certificación final en cuanto a la autenticidad de la firma y la posición oficial (A) de la persona que lo otorga o certifica, o (B) de cualquier funcionario oficial cuyo certificado de autenticidad de la firma y de la posición oficial se refiere al otorgamiento o certificación o se encuentra en una cadena de certificados de autenticidad de la firma y la posición oficial relacionadas con el otorgamiento o certificación. La certificación final podrá ser expedida por un secretario de embajada o legación, cónsul general, cónsul, vice cónsul, o agente consular de los Estados Unidos, o un funcionario diplomático o consular del país extranjero acreditado ante los Estados Unidos o por autoridad competente en virtud del tratado de la Convención de la Haya de 5 de octubre de 1961. Si se le ha concedido a todas las partes una oportunidad razonable para investigar la autenticidad y exactitud de los documentos oficiales, el tribunal podrá, por justa causa, ordenar que sean tratados como presuntamente auténticos sin la certificación final o permitir que sean probados mediante un resumen certificado con o sin la certificación final.

COMENTARIOS

Esta regla establece los principales casos de autenticación o identificación prima facie en nuestro ordenamiento probatorio. La regla es virtualmente idéntica a la Regla 902 Federal. Los incisos (A), (D) y (E) de la Regla son algo diferentes a los incisos (8), (3)

y (4) de la regla federal. Las diferencias parecen ser mayormente de forma y originadas en un intento de hacer más clara nuestra regla. Los incisos restantes de nuestra regla, (B), (C), (F), (G) y (H) son idénticos a los incisos (1), (2), (5), (6) y (7) de la regla federal.

En particular, el inciso (D) pretende liberalizar el procedimiento para autenticar documentos públicos extranjeros. Sin embargo, el texto actual omite incluir la llamada "cadena de certificaciones" que permite certificar como auténticos dichos documentos. A estos efectos se propone enmendar este inciso (D):

Para ello se utilizó como modelo la Regla 902(3) Federal. Debe mencionarse que la sec. 1454 del Código de Evidencia de California también provee para la autenticación de documentos mediante esta cadena de autenticaciones. Un caso que ejemplifica este procedimiento es In re Chichernea's Estate, 424 P.2d 687 (1967).

Por otro lado es menester señalar que en la Convención de la Haya de 5 de octubre de 1961 se suscribió un procedimiento especial denominado "apostilla" para la autenticación de documentos públicos extranjeros. Los Estados Unidos ratificaron dicho tratado que entró en vigor el 15 de octubre de 1981. Este procedimiento simplifica el proceso para autenticación. La A.B.A. así lo menciona al comentar la Regla 79 en Emerging Problems Under Federal Rules of Evidence, a la pág. 322. Es por esta razón que se hace referencia a dicho tratado en la propuesta enmienda al apartado (D).

La regla federal incluye dos incisos no incluidos en nuestra regla, incisos (9) y (10). El inciso (9) provee para la autenticidad prima facie de documentos mercantiles e instrumentos negociables en la medida en que así lo establece la ley mercantil general. Se informa que este inciso es aplicable a casos en que la autenticidad del documento mercantil no forma parte de elemento de la reclamación o defensa sino que es pertinente a un aspecto secundario de una acción de diversidad de ciudadanía o una acción federal. En esos casos, la autenticación es de conformidad con el Uniform Commercial Code. Este inciso se refiere a una situación particular de la jurisdicción federal. El inciso (10) de la Regla Federal aclara que es auténtica, de su faz, cualquier materia que así se declare por ley, indicándose que dicha materia será presuntamente auténtica o genuina. Aunque no tenemos un inciso equivalente en nuestra regla, es evidente que la doctrina es la misma y hay múltiples estatutos que establecen normas de autenticación prima facie.

Se informa que la regla federal no ha presentado problemas de interpretación o aplicación. Véase A.B.A., Section of Litigation, Emerging Problems Under the Federal Rules of Evidence, pág. 320 (1983). No hay jurisprudencia en nuestra jurisdicción que sugiera problemas con esta regla.

A tenor con lo expresado anteriormente, el Comité no recomienda cambio alguno a esta regla, excepto el antes señalado al apartado (D). Deseamos recalcar, sin embargo, un punto sobre la autenticación prima facie. Según indicado en el comentario a la Regla 75, es

necesario recordar que la autenticación no es necesariamente el único requisito de admisibilidad de una prueba. Aun en el caso de records públicos que cumplen con los requisitos de la Regla 79(C) es posible que sea necesario determinar si el record es admisible por excepción a la regla de prueba de referencia bajo las Reglas 65(F), 65(H) o alguna otra excepción.

Regla 80. Objetos perceptibles a los sentidos

Siempre que un objeto perceptible a los sentidos resultare pertinente de conformidad a lo dispuesto en la Regla 18 dicho objeto, previa identificación o autenticación, es admisible en evidencia, sujeto ello a la discreción del tribunal de conformidad con los factores o criterios establecidos en la Regla 19.

COMENTARIOS

Mientras las reglas federales -así como las estatales basadas en el modelo federal- no incluyen reglas particulares sobre evidencia demostrativa y pruebas científicas, nuestras reglas incluyen un capítulo con tres reglas dedicado a esta materia. Bajo las reglas federales, la admisión o exclusión de este tipo de prueba queda regulado por las Reglas 401 (pertinencia, equivalente a nuestra Regla 18), 403 (discreción del tribunal para excluir evidencia de otra manera admisible, equivalente a nuestra Regla 19) y 901 (autenticación, equivalente a nuestra Regla 75).

De entrada debe aclararse el aspecto terminológico de la regla. Se ha favorecido el término "evidencia demostrativa" para mentar este tipo particularísimo de prueba esencialmente distinta al testimonio. Con ello se ha seguido a McCormick on Evidence, que comienza así la Sección 212 del famoso y autorizado "hornbook", (pág. 663, ed. 1984).

"There is a type of evidence which consists of things, e.g., weapons, whiskey bottles, writings, and wearing apparel as distinguished from the assertions of witnesses (or hearsay declarants) about things. Most broadly viewed, this type of

evidence includes all phenomena which can convey a relevant firsthand sense impression to the trier of fact, as opposed to those which serve merely to report the secondhand sense impressions of others."

Sobre el problema de terminología, se escribe así en McCormick, id., pág. 664:

"Evidence from which the trier of fact may derive a relevant firsthand sense impression is almost unlimited in its variety. As a result, the problem of satisfactorily labelin and classifying has proved a difficult one, and it will be seen variously referred to as real, autoptic, demonstrative, tangible, and objective. For present purposes, the term 'demonstrative' will be used to refer to the generic class though it should be noted that some courts employ this term in a more limited sense."

Siguiendo a McCormick, el Capítulo XI de nuestras reglas se refiere a este tipo de evidencia como "demostrativa", es decir, el "género" es "evidencia demostrativa". Esta terminología fue definida recientemente por nuestro Tribunal Supremo en Pueblo v. Bianchi, 86 J.T.S. 57. Ahora bien, el género tiene dos grandes especies, la evidencia real y la evidencia ilustrativa. Debe advertirse aquí que algunos autores y cortes utilizan el término "real" para referirse al género - lo que nosotros llamamos "demostrativa" - mientras utilizan el término "demostrativa para referirse a lo que nosotros llamamos "ilustrativa". Se trata de una cuestión convencional de selección de términos para mentar conceptos, y lo verdaderamente importante es usar los términos siempre en el mismo sentido a través de la exposición o discusión correspondiente. Al elegir el término "demostrativa" como género e "ilustrativa" y "real" como

especies, se ha favorecido el orden propuesto por McCormick.

Aclarado el aspecto de terminología, consideramos las dos especies principales de evidencia demostrativa (la real y la ilustrativa). De nuevo McCormick ofrece una excelente síntesis (id, páq. 667):

"Again, demonstrative evidence may be classified as to whether the item offered did or did not play an actual and direct part in the incident or transaction giving rise to the trial. Objects offered as having played such a direct role, e.g., the alleged weapon in a murder prosecution, are commonly called 'real' or 'original' evidence and are to be distinguished from evidence which played no such part but is offered for illustrative or other purposes. It will be readily apparent that when real evidence is offered an adequate foundation for admission will require testimony first that the object offered is the object which was involved in the incident and further that the condition of the object is substantially unchanged."

Así pues, constituyen evidencia real el carro chocado, la ropa de la víctima, el arma utilizada para el crimen, el cuerpo herido o lesionado de la víctima o demandante, el cadáver, la silla defectuosa, el pasillo sin luz, etc. Si la evidencia real no puede ser traída al tribunal -como el carro, el pasillo o el techo del edificio- entonces el tribunal podría ir al objeto mediante inspección ocular, asunto tratado en la Regla 81. Como advierte McCormick en la cita transcrita, el proponente de evidencia real debe satisfacer el requisito de autenticación (regla 75), es decir, establecer que la evidencia real ofrecida es, justamente, lo que él reclama que es: la sustancia ocupada al acusado, la ropa de la

víctima, e.t.c. En casos apropiados, esto incluye establecer que el objeto, según ocupado al momento del incidente, no ha sufrido cambio significativo alguno al momento de ser presentado como prueba. Esto es particularmente importante con relación a evidencia susceptible de alteración o contaminación, como la sustancia alegadamente controlada. Aquí surge el concepto de cadena de evidencia o cadena de custodia, tan usado en casos criminales con relación a evidencia ocupada por los agentes del orden público. Sobre la "cadena de custodia" (o cadena de evidencia) véase la reciente opinión del Tribunal Supremo de Puerto Rico en Pueblo v. Bianchi, 86 J.T.S. 57. En Bianchi, el Tribunal Supremo resuelve que la autenticación de una sustancia u objeto mediante la cadena de custodia es un asunto a resolverse bajo la Regla 9 de Evidencia. El tribunal utiliza el término "pertinencia preliminar". Si la sustancia no es la verdaderamente ocupada o analizada en el laboratorio, no es pertinente. En la opinión se explica el alcance y peso de la prueba que ha de tener el proponente de evidencia real en casos de cadena de custodia. Hay un aspecto confuso en esta opinión. Por un lado se dice, en más de una ocasión, que la cuestión de si el proponente de la evidencia ha probado una adecuada cadena de custodia se dirige al peso, mejor que a la admisibilidad de la evidencia, por lo que queda reservada para el jurado (pág. 4422). Se dice, además, lo siguiente:

En relación con la pertinencia de la prueba, una vez se presente suficiente evidencia para sostener la identificación o autenticación como condición previa a la admisibilidad, el tribunal procederá a admitirla; salvo que determine, luego

de hacer un adecuado balance entre su valor probatorio y el posible perjuicio, probabilidad de confusión, desorientación o dilación en los procedimientos, que ésta debe ser excluida." (86 J.T.S. 57, pág 4422).

Todo esto apunta a que se trata de una aplicación de la Regla 9(A), y no de la 9(B). Se dice que el jurado sólo aquilatará el valor probatorio; el juez resolverá lo relativo a la admisibilidad y tendrá la discreción de rigor, bajo la Regla 19, para excluir la evidencia real. Sin embargo, se habla siempre de pertinencia y de "condición preliminar de pertinencia" (supra, pág. 4422). Parecería que se trata, entonces, de pertinencia condicionada, asunto regulado por la Regla 9(B). Pero el tribunal dice expresamente que se trata de un asunto bajo la Regla 9(A)

"La determinación preliminar de admisibilidad la hará el tribunal a base del 'testimonio de base' que se le presente, el cual 'no queda obligado por las reglas de evidencia, excepto en aquellas relativas a privilegio'. Regla 9(A)". (énfasis original) Id., pág. 4421

Si fuera la Regla 9(B) la aplicable, si aplicarían todas las reglas de evidencia en la determinación preliminar, y el tribunal podría admitir la evidencia sujeto a que el proponente estableciera la "cadena" a satisfacción del juzgador, quedando finalmente el asunto en manos del jurado. Como aplica la Regla 9(A) en la determinación preliminar de autenticación -la cadena de custodia- el proponente (de ordinario el fiscal) podría traer libremente prueba de referencia y otra prueba prohibida bajo otras reglas de exclusión. El Comité estima que este aspecto de Bianchi merece

ulterior consideración. Sobre la cadena de custodia, véase Grau de Toro, Nociones sobre la Naturaleza y el Fundamento del Concepto de Cadena de Evidencia en Casos Científicos Legales, 43 Rev. Col. Abc. 403 (1982).

La evidencia demostrativa "ilustrativa", en contraste con la "real" se refiere a:

"...tangible items which are not themselves contended to have played any part on the history of the case, but which are instead tendered for the purpose of rendering other evidence more comprehensible to the trier of fact. Examples of types or items frequently offered for purposes of illustration and clarification include models, maps, photographs, charts and drawings. If an article is offered for these purposes, rather than as real or original evidence, its specific identity or source is generally of no significance whatever. Instead, the theory justifying admission of these exhibits requires only that the item be sufficiently explanatory or illustrative or revelant testimony in the case to be of potential help to the trier of fact. Whether the admission of a particular exhibit will in fact be helpful, or will instead tend to confuse or mislead the trier, is a matter commonly served to be within the sound discretion of the trial court." (McCormick, supra, págs. 668-669).

Esta cita, además de explicar el significado de evidencia demostrativa "ilustrativa", ofrece una excelente síntesis del modesto "foundation" en que descansa la evidencia ilustrativa, en contraste con la rigurosa autenticación que supone la evidencia "real". La fuente u origen de la evidencia ilustrativa no tiene importancia, por lo que no es necesario traer al tribunal al autor de la maqueta o "chart", o al fotógrafo, etc. El único testimonio

de base necesario es aquél del testigo mismo cuyo testimonio se quiere ilustrar o explicar con la ayuda de la evidencia ilustrativa.

"By the more common, and clearly preferable practice, illustrative objects will be identified by the witness as substantially correct representations and will be formally introduced as part of the witness' testimony, in which they are incorporated by reference." (McCormick, id, págs. 669 - 670).

Esta división de la evidencia demostrativa en dos grandes categorías, la real y la ilustrativa, tiene una doble importancia. En cuanto al requisito previo de admisibilidad (Regla 9 y Regla 75), la diferencia es muy significativa. La evidencia real, por referirse al objeto mismo envuelto en el pleito, supone un riguroso proceso de autenticación: demostrar que se trata del mismo objeto que el proponente dice que es, con los problemas relativos, en muchos casos, a la cadena de custodia. La evidencia ilustrativa (como los carros de plástico en la sala de tránsito, las maquetas, e.t.c.), sólo requiere, de parte del tribunal, un juicio de que representa adecuadamente lo que el testigo afirma haber percibido, o ilustra o explica satisfactoriamente su testimonio. Es "misleading" decir que la evidencia ilustrativa no es evidencia. Sí, lo es. Se trata de evidencia demostrativa, un medio de prueba reconocido por la Regla 3. En la medida en que la evidencia "ilustrativa" represente, aclare, explique o ilustre el testimonio de un testigo, se satisface el requisito de pertinencia bajo la Regla 18. Sólo queda la discreción del tribunal bajo la Regla 19 para excluirlo. Aquí surge otro efecto en cuanto a la diferencia entre la evidencia real y la

ilustrativa. El valor probatorio de la evidencia real es, de ordinario, del más alto grado. Para probar que un objeto X tiene la cualidad de Y, no hay mejor evidencia que traer el objeto X al juzgador para que éste perciba la cualidad Y. Sin embargo, el valor probatorio de la evidencia ilustrativa es de otra naturaleza, pues no se trata ya del objeto mismo envuelto en el litigio. En cuanto a los efectos negativos señalados en la Regla 19, sobre todo el efecto perjudicial indebido -Regla 19(A)-, tanto la evidencia real como la ilustrativa suscitan serias interrogantes, aunque de diversa índole. En cuanto a la evidencia real, muchas veces el objeto no tiene mucho valor probatorio en cuanto a que lo que se quiere establecer con él no es asunto de importancia para la decisión, aunque resulta pertinente bajo la Regla 18. Así, presentar en evidencia la ropa ensangrentada de la víctima o traer a sala los sacos de marihuana ocupados en la lancha, tiene poco valor probatorio y gran efecto perjudicial. El "vicio" de la evidencia ilustrativa es de otra índole: el juzgador podría creer que la evidencia ilustrativa es "real" en el sentido, por ejemplo, de que la fotografía es una representación exacta del lugar a que se refiere el testigo en su testimonio, o que la manera en que el testigo mueve los carros plásticos en la maqueta o pizarra corresponde, exactamente y a escala, a lo ocurrido.

Aquí debe hacerse mención especial del uso de fotografías. Aunque de ordinario éstas se usan como evidencia ilustrativa, hay ocasiones en que se utilizan como evidencia real. Tal es el caso de

una fotografía "obscena" en un caso penal de obscenidad.

McCormick, de nuevo, nos ofrece excelente síntesis (supra, pág. 671):

The principle upon which photographs are most commonly admitted into evidence is the same as that underlying the admission of illustrative drawings, maps and diagrams. Under this theory, a photograph is viewed merely as a graphic portrayal of oral testimony, and becomes admissible only when a witness has testified that it is a correct and accurate representation of relevant facts personally observed by the witness. Accordingly, under this theory, the witness who lays the foundation need not be the photographer nor need he know anything of the time, condition or mechanisms of the taking. Instead he need only know about the facts represented or the scene of objects photographed, and once this knowledge is shown he can say whether the photograph correctly and accurately portrays these facts. Once the photograph is thus verified it is admissible as a graphic portrayal of the verifying witness' testimony into which it is incorporated by reference."

El Comité estima que tal debe ser la teoría de admisibilidad de fotografías utilizadas como evidencia ilustrativa. En ocasiones, sin embargo, las fotografías se usan con un propósito más que meramente ilustrativo del testimonio de un testigo, sin llegar a ser evidencia "real". Aquí debe el tribunal ser más cauteloso y la Regla 19 resulta de particular importancia. Nos referimos a las fotografías del lugar de los hechos para hacer las inferencias de rigor. Véase, por ejemplo, Pueblo v. Pagán Díaz, 111 D.P.R. 608 (1981) y Pueblo v. Cruz Granados, 84 J.T.S. 106, ambas opiniones del Juez Negrón García, aunque la última no es opinión del tribunal. En Cruz Granados se utilizan unas fotografías del lugar del incendio

como prueba de cargo en un caso de incendio.

En este punto debe hacerse otra división dentro de la evidencia demostrativa: directa e indirecta. En el caso de la evidencia demostrativa directa, se presenta el objeto X para que el juzgador perciba la cualidad o propiedad Y, que es lo que se quiere probar, por ejemplo, que a una persona le falta un brazo. La evidencia demostrativa indirecta es aquella que se ofrece para que el juzgador haga inferencias; ahora lo que se quiere probar no surge de la percepción directa del objeto. Tal es el caso de la presentación de personas como prueba de filiación, para que el juzgador aprecie el parecido físico. A veces se presentan fotografías para inferir la filiación a base del parecido físico, lo que resulta más problemático. Véase Quiñones v. Quirós, 84 D.P.R. 294 (1961). La diferencia es importante, pues el tribunal ha de tener mayor discreción para excluir la evidencia demostrativa indirecta; cuando hace el debido balance bajo la Regla 19. Véase McCormick, supra, pág. 666.

En suma, cuando la Regla 80 se refiere a "objeto perceptible a los sentidos", debe entenderse "evidencia demostrativa", en el sentido explicado en este comentario, siguiendo a McCormick. El requisito básico de admisibilidad de esta evidencia, como de cualquiera otra, es la pertinencia; por eso la Regla 80 se refiere a la Regla 18. Un aspecto importante de la pertinencia, en este tipo de evidencia, es el relativo a "previa identificación o autenticación", para usar el lenguaje de la Regla 80. Esto debe tratarse de

conformidad con la Regla 75, los ejemplos de autenticación (Regla 76), y las presunciones de autenticación (Regla 79) si fuera alguna aplicable. Finalmente, satisfechos estos requisitos preliminares de pertinencia y autenticación, la clave de la admisibilidad es el balance que supone la Regla 19, a la cual se refiere expresamente la Regla 80.

Regla 81. Inspecciones Oculares.

La inspección ocular es un medio de prueba que el tribunal puede admitir de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1169, 1194 y 1195 del Código Civil y en la Regla 134 de las de Procedimiento Criminal. El tribunal puede denegar una inspección ocular a base de los factores señalados en la regla 19.

COMENTARIOS

Se ha debatido si la inspección ocular es un medio de prueba, es decir, propiamente evidencia, o si constituye solamente un auxilio del que dispone el juzgador para una mejor comprensión de la prueba. Lo cierto es que la inspección ocular, como modalidad de la evidencia demostrativa, es un medio de prueba. Ocurre, sin embargo, que nos encontramos ante una evidencia demostrativa que no puede ser presentada físicamente ante el tribunal, razón por la que el juzgador debe trasladarse al lugar donde se encuentra la evidencia. Véase, en términos generales, McCormick on Evidence, sec. 216; 1 Chiesa, Práctica Procesal Puertorriqueña, Evidencia, pág. 262 (1979); 4 Wigmore, Evidence, secs. 1162 - 1169 (Chadbourn rev. 1972).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo de Puerto Rico ha confirmado constantemente el principio de que la inspección ocular descansa en la sana discreción del tribunal y de que las partes no tienen derecho a exigir la inspección. En Pueblo v. Pagán Díaz, 111 D.P.R. 608, 617 (1981) el Tribunal expresó lo siguiente en el contexto de un juicio criminal:

"Ciertamente el ordenar una inspección ocular es una facultad que cae dentro de la sabia discreción del Tribunal. El discernimiento judicial que debe preceder tal determinación exige la evaluación inicial de dos condiciones: (a) el tribunal debe constatar y velar porque el lugar a ser examinado se halle sustancialmente en las mismas condiciones que cuando se cometió el delito -Pueblo v. Díaz, 91 D.P.R. 146 (1964); Pueblo v. Cruz, *supra*; Pueblo v. Sarria, 57 D.P.R. 882 (1941); y Pueblo v. Goitía, 41 D.P.R. 941 (1931)-; y (b) debe medir la necesidad real, su pertinencia y el esfuerzo que ello conlleva. Como medio de prueba -Emanuelli Fontáñez v. Emanuelli Suro, 87 D.P.R. 380 (1963)- la inspección puede ser pertinente, pero su valor probatorio de poca significación en relación con cualesquiera de los siguientes factores: peligro de causar perjuicio indebido, probabilidad de confusión, desorientación del jurado, dilación de los procedimientos o innecesaria presentación de prueba acumulativa. Regla 19 de Evidencia."

No constituye, pues, un abuso de discreción del tribunal de instancia el denegar una inspección ocular solicitada por la defensa, cuando su valor probatorio nada añade al proceso y en cambio resulta una dilación inconveniente e innecesaria. Pueblo v. Burgos Hernández, 113 D.P.R. 834 (1983); véase también, Pueblo v. Lebrón González, 113 D.P.R. 81, 100 (1983).

En Emanuelli v. Emanuelli, 87 D.P.R. 380 (1963), caso civil, el tribunal resolvió que:

- 1) la inspección ocular era permisible en casos civiles.
- 2) la Ley de Evidencia no era incompatible con las disposiciones del Código Civil sobre inspección personal.
- 3) siendo la inspección ocular un medio de prueba, debía practicarse en presencia de las partes o sus abogados; estos debían tener la oportunidad de explicar o añadir lo que estimaran conveniente al resultado de la inspección.

4) el tribunal debía levantar un acta de inspección ocular.

5) el hecho de que la ley estableciera el reconocimiento judicial como un medio de prueba, no imponía al juez la obligación de practicar la inspección solicitada; era discrecional del tribunal -en casos civiles y en casos criminales - realizar la inspección.

6) el juez, al resolver una solicitud de inspección ocular, debía actuar con informada discreción, teniendo presente el interés que tiene todo litigante en que el juez conozca todos los detalles de su caso. A menos que fuera completamente innecesario o le ocasionara trastornos insuperables a la administración de la justicia, el juez debía brindar a las partes la oportunidad de que le presentaran toda la prueba legalmente admisible. 1 Chiesa, Evidencia, supra, 263 - 264.

La inspección puede realizarla el jurado o el juez ya sea en casos civiles o casos criminales. Adviértase que las partes no necesariamente tienen que estar presente, pero un acusado puede levantar una cuestión de debido proceso de ley si no se le permite estar presente en la inspección. 1 Chiesa, Evidencia, supra, 262; Snyder v. Commonwealth, 291 U.S. 400 (1965).

En los casos criminales por jurado se había resuelto, antes de la vigencia de las reglas de Procedimiento Criminal de 1963, que el juez tenía discreción para nombrar una persona que enseñara el sitio al jurado, aunque la mejor práctica era que el juez se trasladara con el jurado al sitio en cuestión. Pueblo v. Cruz, 60 D.P.R. 116 (1942). La actual Regla 134 de Procedimiento Criminal, in fine, declara, sin embargo, que "al celebrarse una inspección ocular el

juez siempre deberá trasladarse con el jurado al sitio de los sucesos (34 L.P.R.A. Ap. II, R-134). Véase también, Williams - Birch, Visit of Jury to Scene of Crime for Purposes of Witness's Demonstration - Whether Judge to be present Throughout, Crim. L. Rev. 309 (1985).

Por último, nótese que la Regla 81 remite, además de a la Regla 134 de Procedimiento Criminal, al Código Civil, para la regulación de la inspección ocular. Véase a estos efectos, el artículo 1169 del Código Civil (31 L.P.R.A. sec. 3262) y los artículos 1194 y 1195 del mismo Código (31 L.P.R.A. secs. 3311 y 3312 respectivamente).

El Comité no recomienda enmiendas a esta regla.

Regla 82. Experimentos y pruebas científicas

(A) La admisibilidad de evidencia del resultado de un experimento o prueba científica será determinada por el tribunal de conformidad con los factores enumerados en la Regla 19. Si el experimento tiene como fin demostrar que ciertos hechos ocurrieron de determinada manera, la parte que ofrece la evidencia debe persuadir al tribunal de que el experimento se realizó bajo circunstancias sustancialmente iguales o similares a las que existían al momento de ocurrir dichos hechos.

(B) Al estimar el valor o peso probatorio que ha de merecer una evidencia de carácter científico, el tribunal debe darle gran peso al grado de confiabilidad o certeza que la ciencia confiere al tipo de prueba en cuestión. Esto puede determinarse mediante evidencia pericial o mediante conocimiento judicial de conformidad con lo dispuesto en la Regla 11.

COMENTARIOS

Esta regla se dirige a un asunto muy especial: experimentos y prueba científica. De nuevo, las reglas federales no incluyen regla alguna especial para esta materia, por lo que son de aplicación los principios que regulan la prueba pericial, aparte del aspecto crucial de pertinencia y la discreción del tribunal para excluir evidencia bajo la Regla 403 (Regla 19 de Puerto Rico).

Esta regla 82 debe considerarse junto con las Reglas 52 - 59 sobre evidencia pericial, particularmente las Reglas 52, 53, 56 y 58. (Estas reglas tienen equivalentes en las Reglas Federales 702 a

705). La Regla 52 dispone que cuando el conocimiento científico, técnico o especializado sea de ayuda al juzgador para entender la evidencia o adjudicar unos hechos, se permitirá el testimonio pericial, con sus características esenciales (opiniones e inferencias, disertación). La Regla 53 señala los principios de cualificación para declarar como perito. La Regla 56 resulta esencial, en cuanto permite a un perito declarar, y emitir opiniones o hacer inferencias, a base de materia no admitida o inadmisibles en evidencia "si se trata de materia de naturaleza tal que generalmente los expertos en ese campo descansan en ella para formar opiniones o hacer inferencias sobre el asunto en cuestión". Bajo esta regla, el perito puede llegar a una conclusión (ejemplo: A no puede ser el padre de B, el cabello hallado en la escena del crimen es del acusado), a base de principios o técnicas que no tengan cabida bajo la Regla 82. Más aún, puede emitir la opinión sin revelar previamente su base, bajo la Regla 58.

El caso principal y más citado en materia de prueba científica es, sin duda, Frye v. United States, 293 F. 1013 (D.C.Dv., 1923). El pasaje clave, citado posteriormente en innumerables ocasiones hasta el día de hoy, es la siguiente:

"Just when a scientific principle or discovery crosses the line between the experimental and demonstrable stages is difficult to define. Some where in this twilight zone the evidential force of the principle must be recognized, and while courts will go a long way in admitting expert testimony deduced from a well recognized scientific principle or discovery, the thing from which the deduction is made must be sufficiently

established to have gained general acceptance in the particular field in which it belongs" (293 F. 1213, 1014).

A base de este criterio, el tribunal excluyó prueba de una especie de antecesor del polígrafo, que medía la presión sanguínea sistólica de la persona sometida a las preguntas. El "test" de Frye vino a ser llamado el "general acceptance test" y gobernó la admisibilidad de prueba científica, sobre todo novel, por varias décadas. Para una excelente explicación del principio de Frye, sus vicios y virtudes, y una certera crítica véase McCormick, Scientific Evidence: Defining a New Approach to Admissibility, 67 Iowa L. Rev. 879 (1982).

El criterio de admisibilidad general, bajo el cual los tribunales, por décadas, han rechazado evidencia científica novel ha cedido mucho terreno y es hoy regla minoritaria. Véase McCormick On Evidence, sec. 203 (ed. 1984). Bajo las reglas federales, la admisibilidad de evidencia científica debe considerarse a base de los siguientes criterios:

(1) Pertinencia - bajo las Reglas 401 y 402-, requisito esencial de admisibilidad de toda evidencia. Lo mismo ocurre en Puerto Rico bajo la Regla 18.

(2) Discreción del tribunal para excluir evidencia pertinente a pesar de no existir una regla específica de exclusión, en virtud de su efecto perjudicial indebido, probabilidad de engendrar confusión y confundir al jurado, dilatar los procedimientos o constituir prueba acumulativa. Regla 403 federal. Lo mismo ocurre en Puerto

Rico bajo la Regla 19, a la cual se refiere expresamente nuestra Regla 82.

(3) Necesidad y base adecuada de la prueba pericial, asunto regulado por las Reglas 702 - 705 de las Reglas Federales. Lo mismo ocurre en Puerto Rico bajo las Reglas 52 - 58.

Un enfoque, más liberal que el de la Regla de Frye, se conoce como el del "estándar de pertinencia" y la necesidad de peritos, y es el más recomendado al día de hoy.

La pregunta fundamental, con relación a nuestra Regla 82, es si añade algo más al estandar tradicional de pertinencia y necesidad de prueba pericial, condicionado bajo la Regla 19. La mejor respuesta parece ser en la negativa. Veamos:

El apartado A de la Regla 82, que regula la admisibilidad de evidencia científica, es justamente el estándar de pertinencia. Tal es el alcance de la primera oración del apartado (A). El tribunal, tras determinar que la prueba es pertinente, considerará su valor probatorio frente a los elementos "negativos" a que alude la Regla 19, particularmente el primero, el efecto perjudicial indebido. La segunda oración recoge un viejo principio sobre admisibilidad del resultado de un experimento. En ocasiones, el experimento intenta demostrar cómo ocurrieron ciertos hechos, como, por ejemplo, qué ocurre al mezclarse ciertas sustancias. Aquí entra en consideración esta parte de la regla: "persuadir al tribunal de que el experimento se realizó bajo circunstancias sustancialmente iguales a las que existían al momento de ocurrir tales hechos." Sobre un

experimento de esta naturaleza realizado en corte, véase Pueblo v. Lebrón López, 96 D.P.R. 274 (1968). Ahora bien, adviértase aquí lo siguiente sobre esta cláusula de la regla:

"...the similarity requirement either is not applied or is highly diluted when the pretrial experiment does not purport to replicate the essential features of a particular happening. There are many perfectly acceptable experiments of this nature. For example, if one party contends that certain acts or omissions could not produce -under any circumstances- the result in question, then the other party may conduct an experiment to falsify this hypothesis. Of course, the closer the experiment is to the conditions that actually pertained, the more useful the experiment will be, but merely refuting the opposing party's sweeping claim may be sufficiently valuable to make the evidence admissible. Similarly, the proponent may offer to prove that something was not the cause of the actionable result. To do so, he may use an experiment that shows that some other agent can bring about the same result. Finally, the experiment may be introduced solely to illustrate or demonstrate a scientific principle or empirical finding that a jury, perhaps with the aid of an expert witness, can apply to the specifics of the case. Thus, experiments showing general properties of materials are admitted without confirming the experiments to the conditions surrounding the litigated situation. Most of these analyses are referred to as tests rather than experiments. When this label is attached, the question becomes one, not of similarity, but of authentication - making sure that the right material was tested and that it underwent no essential alterations before testing. With all these limited purpose experiments, the issue, as always, is whether, on balance, the evidence will assist the jury" (McCormick on Evidence, págs. 602 - 603 ed. (1984)).

Esto explica el alcance de la segunda oración de la Regla 82(A).

Con relación al valor probatorio de la prueba científica, el

apartado (B) de la Regla 82 establece que "el tribunal debe darle gran peso al grado de confiabilidad o certeza que la ciencia confiere al tipo de prueba en cuestión" (énfasis suplido). Esto guarda cierta relación con aquello de aceptabilidad general en la comunidad científica a que alude a Frye. Pero hay un par de distinciones que hacer. En primer término, el "test" de Frye es uno de admisibilidad, mientras la regla 82(B) se refiere a valor probatorio. No es menos cierto, sin embargo, que el criterio de admisibilidad de la Regla 82(A) está fundado en la Regla 19, lo que supone, a su vez, considerar el valor probatorio de la evidencia. Es decir, bajo la Regla 19, a mayor valor probatorio mayor probabilidad de admisión, y a menor valor probatorio menor probabilidad de admisión. Y como la Regla 82(B) convierte el juicio de la comunidad científica sobre la prueba en cuestión en un elemento de capital importancia para aquilatar el valor probatorio, esto tiene también gran importancia para la admisibilidad. En segundo término, no es lo mismo "aceptabilidad general" que "grado de certeza o confiabilidad". La norma de Frye tiene efecto de inadmisibilidad cuando no se satisface el criterio de "aceptación general", pero bajo nuestra regla 82(B), la evidencia puede no contar con aceptación general en la comunidad científica y, sin embargo, resultar admisible por razón de que los factores negativos de la Regla 19 son de poco peso relativo bajo las circunstancias del caso. Por otro lado, la evidencia puede contar con "aceptabilidad general" y quedar excluida bajo el balance que supone la Regla 19, que es mandatorio bajo la Regla 82.

De todas formas, bajo la Regla 82, hay una relación directamente proporcional entre el grado de confiabilidad o certeza que la comunidad científica confiere a la prueba científica en cuestión y su probabilidad de ser admitida. Es bajo este enfoque que debe considerarse la admisibilidad de evidencia científica novel, no tan novel y ya establecida. (Ejemplos: pruebas psicológicas, balísticas, polígrafo, pruebas de voces, cabello, embriaguez, radar, hipnosis, e.t.c.)

Con relación a las pruebas de sangre para excluir paternidad, en Ortiz v. Peña, 108 D.P.R. 458 (1979), el Tribunal Supremo resuelve que si los exámenes han sido bien hechos, por laboratorios de reconocido rigor, el resultado de exclusión de paternidad es "absoluto e incondicional excluyendo la estimación de otra evidencia". Esto no es incompatible con la Regla 82(B), en cuanto a que la razón de decidir fue que no había "otro tipo de evidencia que fuera remotamente comparable al grado de certeza que brinda una prueba de sangre para excluir paternidad." Si apareciera una prueba de mayor confiabilidad que la prueba de sangre en cuestión, se produciría un resultado distinto.

Como en casos criminales por jurado, la regla 82(B) y Ortiz v. Peña se traducen en una instrucción, el Comité expresó una preocupación en torno a la validez de impartir una instrucción mandatoria al jurado sobre el valor probatorio absoluto o casi absoluto de prueba científica, en cuanto ello puede menoscabar el alcance del derecho a juicio por jurado.

Regla 83. Vigencia

Estas reglas comenzarán a regir el primero de octubre de 1979 y se aplicarán a todos los procedimientos o acciones iniciados en o después de esa fecha. A esos fines, se entenderá que un juicio comienza con la presentación de juramento del primer testigo o cuando se admite en evidencia el primer exhibit. Si mediante un recurso apelativo se decreta un nuevo juicio y éste comienza en o antes de la vigencia de estas reglas, las mismas se aplicarán en dicho juicio, no importa cuándo hubieran comenzados los procedimientos originales.

COMENTARIOS

Ocho años después de la vigencia de estas reglas es altamente improbable que surja un problema sobre la aplicación retroactiva de las Reglas de Evidencia. En todo caso la prohibición contra leyes ex-post facto sólo puede ser invocada por los acusados y en virtud de la prescripción de los delitos, los únicos que suscitarían controversia serían los imprescriptibles. De todas formas, el Comité estima que la aplicación retroactiva de las Reglas de Evidencia no suscita problema de ex-post facto.

Aunque la aclaración sea un poco tardía, la primera oración de la Regla 83 debería decir: "Juicio o vistas" en lugar de "procedimientos o acciones". De otra manera, no tendría sentido la segunda oración de la regla.

Regla 84. Derogación y vigencia provisional

(A) Derogación.

Se derogan los siguientes artículos del Código de Enjuiciamiento Civil, edición de 1933, incluidos en la Ley de Evidencia de Puerto Rico:

363, 364, 365, 366, 367, 368, 369, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 379, 380, 381, 382, 383, 384, 385, 386, 387, 388, 389, 390, 391, 393, 395, 396, 397, 398, 399, 400, 401, 402, 403, 404, 405, 406, 407, 408, 410, 411, 412, 413, 414, 415, 416, 417, 418, 419, 420, 422, 423, 424, 425, 427, 428, 430, 431, 432, 433, 434, 435, 436, 437, 438, 439, 440, 441, 442, 443, 444, 445, 446, 447, 448, 449, 450, 451, 452, 453, 454, 455, 456, 457, 458, 459, 460, 461, 462, 463, 464, 465, 466, 467, 468, 469, 470, 471, 472, 473, 474, 475, 476, 477, 478, 479, 480, 481, 482, 483, 484, 485, 486, 487, 488, 489, 490, 491, 492, 493, 494, 495, 511, 512, 513, 514, 515, 516, 517, 518, 519, 520, 521, 522, 523, 524, 525 y 526.

(B) Vigencia privisional.

Quedarán provisionalmente en vigencia los siguientes artículos del Código de Enjuiciamiento Civil, edición de 1933, hasta tanto sean modificados, derogados o reubicados por leyes especiales:

392, 394, 409, 421, 426, 429, 527, 528, 529, 530 y 531.

COMENTARIOS

Hasta donde el Comité ha podido comprobar no se ha aprobado legislación para reubicar los artículos de la anterior Ley de Evidencia (Código de Enjuiciamiento Civil) que quedaron en vigencia

provisional bajo el apartado (B) de esta regla.

Adviértase que la enmienda propuesta a la Regla 43, inciso (C) que se refiere a la facultad del juez para proteger a los testigos en casos de hostigamiento o abuso, recoge, al menos en parte, las disposiciones sobre protección de testigos del Artículo 527 de la Ley de Evidencia (32 L.P.R.A. 2183), que ha quedado en vigencia privisional.

Recuérdese, que los artículos que han quedado en vigencia privisional no fueron incorporados por no ser estrictamente materia de Derecho Probatorio. Sin tomar en consideración los méritos de sus disposiciones, particularmente debe comentarse el Artículo 409 (32 L.P.R.A. sec. 1781) que da derecho a los ciudadanos a inspeccionar obtener copia de documentos públicos.