El Contrainterrogatorio

Estudio sobre la práctica de la prueba testimonial adversa

Alejandro Decastro González

LIBRERÍA JURÍDICA
COMLIBROS

EL CONTRAINTERROGATORIO

Estudio sobre la práctica de la prueba testimonial adversa en el proceso judicial

ALEJANDRO DECASTRO GONZÁLEZ

PRIMERA EDICIÓN 2005

© Alejandro Decastro González
© Comlibros y Cía. Limitada.

Calle 53 No. 45-76 Tel. 2519290 - 2931879
Medellín - Colombia

comlibros@yahoo.com.mx

1000 ejemplares

Queda prohibida la reproducción total o parcial de este libro,
por cualquier proceso reprográfico o fónico, por fotocopia,
microfilme, offset o mimeógrafo, sin previa autorización de los titulares de copyright.

Coordinador: Diego Diaz
Diseño de Carátula: Laura Uribe
Ilustración de cubierta: "*The Amistad Slaves on trail at New Haven, Connecticut 1840*". Mural de Hale Woodruff en el Talladega College, Alabama, 1939.

Impresión: Legis S.A.

ISBN: 958-33-7828-3

Impreso en Colombia

Dedicatoria a

A mi padre, Julio Decastro Herrera,
in memoriam.

PREFACIO

Existe consenso en cuanto a que quizá la labor más delicada, difícil y exigente que puede enfrentar un abogado litigante en el curso de un proceso judicial, cualquiera que sea su naturaleza, es *contrainterrogar a los testigos que podrían perjudicar su caso*. Probablemente nada en el litigio requiere tanta preparación, destreza, experiencia e intuición de parte del abogado.

A pesar de la importancia del contrainterrogatorio, es evidente que nuestra tradición jurídica no se ha ocupado de preparar al abogado para la ardua tarea de repreguntar a los testigos adversos.

Este es un libro escrito por un abogado litigante. Las áreas del conocimiento jurídico involucradas en esta obra son el *derecho constitucional*, el *derecho probatorio* y la *práctica forense*, aplicada al examen de los testigos adversos.

Este no es un libro sobre modelos o minutas para ejercer la práctica forense o, más concretamente, para contrainterrogar; tampoco fue escrito con la finalidad de relatar anécdotas de abogados en el ejercicio de su práctica profesional, ni para presentar las alegaciones, recursos o contrainterrogatorios surtidos en el curso de algunos procesos judiciales.

Vale la pena advertir que, cuando en el curso de esta obra se haga referencia al "juez" o al "jurado", el lector deberá asimilar el concepto al de la persona encargada de decidir el caso sometido a su consideración.

Para la presentación de los temas se acudirá a ejemplificar las ideas con ejercicios de contrainterrogatorios aplicados a casos penales. Ello, sin embargo, no significa que este sea un libro sobre *práctica forense penal*. El contrainterrogatorio es uno y el mismo: una aplicación práctica del derecho constitucional de contradicción, elemento integrante del derecho fundamental al debido proceso. En consecuencia, lo dicho en este libro es predicable de *cualquier procedimiento donde se trate de contrainterrogar testigos adversos*.

Las ideas expuestas en esta obra son perfectamente aplicables al sistema acusatorio de justicia penal implementado por la Ley 906 de 2004, pero no se limitan a ese sistema, porque, como se dijo, el *derecho de contradicción*, materializado en la forma de *contrainterrogatorio*, rige para todo tipo de procedimiento, por imperativo constitucional.

Quedan, pues, a disposición de la comunidad jurídica, estas reflexiones producto de varios años de maduración, a lo largo de los cuales se ha tratado de examinar el contrainterrogatorio en el marco de nuestra realidad judicial.

El autor.
Medellín, Mayo de 2005.

TABLA DE CONTENIDO

I. El contrainterrogatorio. 1

1. Definición e importancia 1
2. La imagen mítica del contrainterrogatorio 12
3. Los orígenes del contrainterrogatorio 18
4. Contrainterrogatorio, ética y verdad 27

II. El Contrainterrogatorio en la Tradición Jurídica Colombiana. 33

1. La doctrina probatoria, la práctica forense y la tradición jurídica 33
2. Contrainterrogatorio y careo 61
3. La tradición legislativa 83

III. La Pregunta Sugestiva en el Contrainterrogatorio. 107

1. Que es una pregunta sugestiva. 108
2. La pregunta sugestiva en la tradición jurídica colombiana. 109

2.1. La posición mayoritaria. 109

2.2. Razones y origen de la posición mayoritaria. 112

2.2.1. La indiferenciación conceptual y práctica entre interrogatorio y contrainterrogatorio. 112

2.2.2. La confusión entre preguntas sugestivas y capciosas. 113

2.2.2.1. La pregunta sugestiva en la obra de Framarino Dei Malatesta. 114

2.2.2.2. Diferenciación entre preguntas sugestivas y capciosas. 120

2.2.3. Las preguntas sugestivas en la obra de F. Gorphe. ... 124
2.2.3.1. La Crítica del Testimonio. 125
2.2.3.2. La *Apreciación Judicial de las pruebas.* 132
3. La licitud de la pregunta sugestiva durante el contrainterrogatorio. 135
3.1. Las reglas. 135
3.2. La razón de ser de las reglas. 137
3.3. Argumentos a favor de las preguntas sugestivas en la tradición jurídica colombiana. 151
3.3.1. La interpretación sistemática de la Legislación colombiana: la pregunta sugestiva en el interrogatorio de parte. 151
3.3.2. La interpretación histórica: el origen de la prohibición de contestar "es cierto el contenido de la pregunta". 157
3.3.3. Conclusión. 162
3.4. La pregunta sugestiva en la Ley 906 de 2004. 165
4. Respuesta a algunas objeciones de la doctrina contra las preguntas sugestivas. 168
4.1. Primera objeción. 168
4.2. Segunda objeción. 170
4.3. Tercera objeción. 171
4.4. Cuarta objeción. 172
4.5. Quinta objeción. 175
5. Cómo se construyen las preguntas sugestivas. 177

IV. El Derecho Fundamental al Contrainterrogatorio 185

1. Introducción. 185
2. Consagración normativa. 186
2.1. La Constitución y los Códigos de Procedimiento. 186

2.2. La Ley 906 de 2004. 188

2.3. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos. 190

3. Características o notas esenciales del derecho al contrainterrogatorio. 195

3.1. Es una garantía que opera de pleno derecho. 200

3.2. Su naturaleza oral. 205

3.3. Su naturaleza sugestiva. 225

3.4. Es un acto de postulación discrecional pero vinculante para el Estado cuando configura la estrategia de defensa 234

3.5. Es un derecho de autonomía que genera obligaciones a cargo del Estado. 242

3.5.1. Obligaciones de no hacer (abstenciones) 243

3.5.2. Obligaciones de hacer y de dar (prestaciones o acciones positivas) 244

3.5.2.1. Acciones positivas pertinentes para comunicar el momento del contrainterrogatorio 245

3.5.2.2. Acciones positivas relacionadas con la disponibilidad del testigo 246

3.5.2.2.1. Acciones positivas para ubicar el paradero del testigo 246

3.5.2.2.2. Acciones positivas para citar al testigo a declarar 247

3.5.2.2.3. Acciones positivas para conducir forzosamente al testigo 247

3.5.2.3. Acciones positivas en relación con los medios para contrainterrogar 249

3.5.2.3.1. Acciones positivas para disponer de los recursos técnicos a fin de llevar a cabo el contrainterrogatorio 250

3.5.2.3.2. Acciones positivas para disponer de los recursos humanos que permitan llevar a cabo el contrainterrogatorio 251

3.5.2.4. Acciones positivas para permitir el desarrollo eficaz del contrainterrogatorio 252

3.5.2.4.1. En particular en cuanto al comportamiento del testigo en la diligencia 252

3.5.2.4.2. En general en cuanto a la buena marcha de la diligencia 253

3.5.2.5. Acciones positivas para permitir la preparación .. eficaz del contrainterrogatorio 254

3.6. Es un 'derecho–deber' 256

3.6.1. Deber de formular cada una de las preguntas sobre un *hecho específico*. 260

3.6.2. Deber de no formular preguntas *capciosas*. 260

3.6.3. Deber de no ejercer *violencia* sobre el testigo. 261

3.6.4. Deber de formular al testigo adverso preguntas sobre lo que le consta o tiene *conocimiento personal*. .. 266

3.6.5. Deber de formular preguntas *pertinentes* y *conducentes*. 267

3.6.6. Deber de no formular *preguntas sugestivas* durante el contrainterrogatorio *sobre temas 'nuevos' o que no fueron abordados durante el interrogatorio directo*. 267

3.6.7. Deber de no formular *preguntas argumentativas* al testigo adverso durante el contrainterrogatorio. 268

3.6.8. Deber de no solicitar conceptos, opiniones, conclusiones, valoraciones, especulaciones o hipótesis al testigo adverso durante el contrainterrogatorio. 268

3.6.9. Deber de actuar con *absoluta lealtad* durante el contrainterrogatorio. 270

V. El Contrainterrogatorio en la Jurisprudencia de Casación Penal 275

1. La jurisprudencia sobre contrainterrogatorio. 276

1.1. Análisis descriptivo: Problemas jurídicos abordados por la Sala Penal. 276

1.1.1. Primer problema jurídico: violación del derecho a la defensa técnica por omisión de solicitud de contrainterrogatorio. 277

1.1.2. Segundo problema jurídico: violación del derecho a la defensa por omisión de práctica del contrainterrogatorio decretado. 278

1.1.3. Tercer problema jurídico: violación del derecho a la defensa por omisión de decreto del contrainterrogatorio solicitado. 280

1.1.4. Limitaciones al contrainterrogatorio. 281

1.2. Análisis crítico. Núcleos problemáticos de la jurisprudencia de casación en materia de contrainterrogatorio. 283

1.2.1. La obligación de garantizar la comparecencia del testigo adverso a efectos de hacer posible la diligencia de contrainterrogatorio. 283

1.2.2. Las cargas procesales del titular del derecho al contrainterrogatorio. 291

1.2.3. El derecho de contradicción no se reduce al contrainterrogatorio. 296

1.2.4. La exigencia de *trascendencia* cuando se alega violación del derecho al contrainterrogatorio. 314

2. El acceso a la Corte Suprema de Justicia. 319

2.1. Análisis descriptivo: La técnica casacional requerida para plantear irregularidades que afecten el derecho al contrainterrogatorio. 319

2.1.1. Acceso a la Corte por violación del derecho a la *defensa técnica* en cuanto omisión de contrainterrogar los testigos adversos. 321

2.1.2. Acceso a la Corte por violación del derecho a la defensa o contradicción en cuanto se privó al acusado del derecho a contrainterrogar los testigos de adversos. 323

2.1.3. Acceso a la Corte por violación indirecta de la Ley sustancial por error de derecho, por falso juicio de legalidad, recaído en el testimonio de cargo que el acusado no pudo contrainterrogar. 325

2.1.4. Acceso a la Corte por violación indirecta de la Ley sustancial por error de hecho por falso juicio de identidad recaído en el testimonio de cargo que fue objeto de contrainterrogatorio. 328

2.1.5. Acceso a la Corte por violación indirecta de la Ley sustancial por error de hecho por falso juicio de existencia por omisión recaído en el testimonio de cargo que fue objeto de contrainterrogatorio. 330

2.2. Análisis crítico: Núcleos problemáticos de la doctrina vigente sobre técnica casacional aplicable al contrainterrogatorio. 331

2.2.1. Derecho de defensa Vs. Debido Proceso: La doctrina de la Corte sobre técnica casacional en materia de nulidad por afectaciones del derecho al contrainterrogatorio. 331

2.2.2. Nulidad Vs. Causal primera (Violación indirecta por error de derecho por falso juicio de legalidad) La doctrina de la Corte Suprema de Justicia sobre técnica casacional en materia de afectaciones del derecho al contrainterrogatorio. 333

VI. El Contrainterrogatorio Silencioso 339

1. Introducción 339

2. El contrainterrogatorio aparente 343

3. La decisión de contrainterrogar 346

3.1. ¿Hace daño el testigo a la teoría del caso? 347

3.2. ¿Es el testigo importante? 349

3.3. ¿Es el testimonio creíble? 349

3.4. ¿Dio el testigo menos de lo que se esperaba de él en el interrogatorio directo? 350

3.5. ¿Cuáles son las expectativas reales en el contrainterrogatorio? 361

3.6. ¿Qué riesgos necesita tomar? 361

3.7. ¿Qué grado de discrecionalidad tendría el juzgador para valorar los aspectos del testimonio que están en disputa? 366

VII. Los Objetivos del Contrainterrogatorio. 371

1. Primer objetivo: Obtener testimonio favorable. 377

1.1. En cuanto al testimonio adverso en sí mismo considerado: 381

1.1.1. Realzar o enfatizar el testimonio favorable que proviene del testigo adverso. 381

1.1.2. Emplear inferencias naturales a partir del examen directo del testigo adverso para crear una nueva y favorable evidencia. 384

1.1.3. Obtener concesiones del testigo adverso sobre materias que no estuvieron comprendidas en el examen directo. 390

1.2. En cuanto al testimonio adverso en relación con otros testimonios: 393

1.2.1. Aprovechar el testimonio adverso para *corroborar* los testigos de descargos que soportan la teoría del caso y niegan la de la contraparte. 394

1.2.2. Aprovechar el testimonio adverso para *crear discordancias* con otros testigos adversos. 395

1.2.3. Hacer surgir *concordancias fatalmente sospechosas* entre los testigos adversos. 398

2. Segundo objetivo: Limitar el efecto negativo del testimonio adverso. 400

2.1. Enfatizando los defectos que sobre el conocimiento total del caso tiene el testigo: 402

2.1.1. Omisiones en general. 402

2.1.2. Omisiones especiales. 406

2.2. La técnica de la desviación del eje del examen directo. . 410

3. Tercer objetivo: Destruir o desacreditar. 414

VIII. El Alcance del Contrainterrogatorio. 423

IX. Las Áreas del Contrainterrogatorio 443

1. El testigo. 449

1.1. En cuanto al testigo en sí mismo considerado. 449

1.1.1. La tendencia inherente a la posición social y personal del testigo. 449

1.1.2. Los antecedentes penales del testigo. 450

1.1.3. La consciencia de culpabilidad demostrada por la realización de un viaje. 450

1.1.4. Cualquier conducta ignominiosa o antecedente. 450

1.1.5. Evidenciar la existencia de declaraciones iniciales (escritas u orales) que contradigan lo declarado por el testigo. 450

1.1.6. Resaltar la contradicción entre la apariencia o lenguaje ordinarios del testigo y aquello que exhibe al declarar. 450

1.1.7. Recalcar las características del testigo que concitan la desaprobación del juzgador. 451

1.1.8. Denunciar el ocultamiento deliberado de información relevante. 451

1.1.9. Exponer el comportamiento al declarar. 451

1.2. En cuanto a la relación del testigo con las partes 451

1.2.1. El parentesco 452

1.2.2. Los sentimientos 453

1.2.2.1. El afecto, la amistad o la cooperación 453

1.2.2.2. La enemistad u hostilidad 453

1.2.3. La convocatoria del testigo al proceso 454

1.2.4. El interés pecuniario del testigo 454

1.2.5. El testigo profesional 454

1.2.6. Interés o prejuicio por razones del empleo 455

1.2.7. La existencia de una acción judicial pendiente de decisión 455

1.2.8. La preparación del testimonio. 455

2. El testimonio. 455
2.1. La percepción. 455
2.1.1. Exponer las limitaciones a los poderes de percepción. 456
2.1.1.1. El estado de salud y facultades mentales (drogas, alcohol, intoxicación) 456
2.1.1.2. La edad, sexo e inteligencia. 456
2.1.1.3. Las fallas en los órganos de los sentidos. 456
2.1.1.4. El influjo negativo de la profesión en los poderes de percepción. 456
2.1.1.5. La utilización de uno solo de los sentidos. 457
2.1.1.6. El estado del interés o la atención. 457
2.1.1.7. La novedad o familiaridad con que se percibió. .. 459
2.1.1.8. El carácter inesperado del suceso percibido. 461
2.1.2. Exponer la totalidad de las circunstancias que afectan desfavorablemente la percepción. 461
2.1.2.1. La ubicación del testigo. 461
2.1.2.2. La existencia de una actividad inicial que distrajo la atención. 461
2.1.2.3. El movimiento o cambio del objeto percibido. ... 462
2.1.2.4. La falta de oportunidad para percibir. 462
2.1.2.5. La iluminación desfavorable y las condiciones atmosféricas al momento de la percepción. 463
2.1.2.6. Los sonidos en competencia al momento de la percepción auditiva. 464
2.1.2.7. El carácter colectivo o individual de la percepción. 464
2.1.3. Exponer los detalles de la alegada percepción. 464
2.1.4. Exponer los insidiosos efectos del prejuicio en la percepción. 467
2.2. La memoria. 468
2.2.1. Exponer las circunstancias que anulan el recuerdo. 468

2.2.1.1. El recuerdo fue insignificante y materia rutinaria. 468
2.2.1.2. El tiempo afectó la memoria. 468
2.2.2. Exponer las limitaciones del testigo para recordar. 470
2.2.2.1. La debilidad de la memoria 470
2.2.2.2. La edad del testigo 470
2.2.2.3. La mala salud del testigo y la falta de sentidos agudos 470
2.2.2.4. La educación e inteligencia del testigo 470
2.2.2.5. Los sentimientos y las emociones del testigo 470
2.2.3. Exponer la falta de credibilidad sobre el alegado recuerdo. 470
2.2.4. Exponer la inhabilidad para recordar detalles colaterales. 470
2.3. Las acciones 470
2.3.1. Demostrar que las acciones eran injustificadas o impropias. 470
2.3.2. Evidenciar que el testigo perdió capacidad u oportunidad para actuar como dice que actuó. 470
2.3.3. Mostrar que los detalles testificados son improbables o imposibles. 470
2.3.4. Señalar que las acciones fueron improbables bajo las leyes de la física. 470
2.3.5. Requerir al testigo para que desarrolle ciertas acciones 470
2.3.6. Evidenciar el hábito inicial del testigo. 470
2.3.7. Denunciar la capacidad, recursos, medios y oportunidades para haber actuado de otra forma. 471
2.3.8. Auscultar otras acciones previas, razones o motivos para actuar. 471
2.4. Opiniones y conocimientos. 471
2.4.1. Exponer las limitaciones del experto en cuanto a sus calificaciones, conocimiento y/o experiencia. 471

2.4.2. Mostrar que las bases fácticas de la opinión son poco firmes. 471

2.4.3. Evidenciar que las asunciones hipotéticas del experto son incompletas o inadecuadas. 471

2.4.4. Exponer la existencia de motivaciones ocultas para arribar a las conclusiones. 471

2.4.5. Evidenciar la falta de conocimiento personal sobre los hechos en los que se construyen hipótesis. 471

2.4.6. Revelar la falla en obtener confirmaciones científicas. 471

2.4.7. Demostrar que las opiniones son contrarias a las autoridades científicas. 471

X. Las Reglas del Contrainterrogatorio 473

1. Primera regla: No solicite explicaciones 474

2. Segunda regla: No haga una pregunta si no conoce la probable respuesta 491

3. Tercera regla: No repita el interrogatorio directo 493

4. Cuarta regla: No discuta con el testigo 496

5. Quinta regla: Concéntrese en el testigo y en sus respuestas 497

6. Sexta regla: Desarrolle un sentido estratégico y de oportunidad 501

7. Séptima regla: Sea breve 503

8. Octava regla: Mantenga el ritmo 504

9. Novena regla: Comience y termine con los puntos más fuertes 507

XI. La Preparación del Contrainterrogatorio 511

1. La preparación del contrainterrogador 513

2. La preparación del contrainterrogatorio en el contexto de la preparación del caso 516

2.1. En relación con la evidencia. 519

2.2. En relación con el testigo de la contraparte. 519
2.3. En relación con las anteriores declaraciones del testigo de la contraparte. 520
2.4. En relación con las referencias científicas. 520
2.5. La entrevista con los testigos de descargos. 521
2.6. La entrevista con el representado. 522
2.7. La entrevista con los testigos adversos. 524
2.8. Investigación personal sobre la escena del hecho o el lugar de las percepciones del testigo. 525
2.9. Investigación profesional sobre los hechos mismos objeto de estudio. 527
3. La preparación del contrainterrogatorio durante el interrogatorio o examen directo 528
4. Elementos para la preparación de las repreguntas 532
5. La hoja del contrainterrogatorio del testigo 535

XII. La Técnica de Impugnación 543

1. Introducción 543
2. Teoría general de la impugnación de testigos 553
3. Modalidades de impugnación 560
3.1. La impugnación mediante declaración previa inconsistente del propio testigo. 560
3.1.1. Condiciones para que proceda la impugnación por enunciado previo inconsistente. 567
3.1.2. Las etapas o fases del procedimiento de impugnación. 571
3.1.3. Utilización de nueva evidencia aportada durante la impugnación. 593
3.1.4. La impugnación por omisión. 598
3.2. La impugnación por contradicción. 599
3.2.1. La utilización de un "testigo mas verosímil". 600

3.2.2. Técnica de impugnación mediante la propia historia. 617

3.3. La impugnación por inverosimilitud. 622

3.3.1. Técnica de yuxtaposición de la inverosimilitud expresada en el examen directo. 627

3.3.2. Utilización de las reglas de la experiencia para desarrollar *la inverosimilitud que se insinúa en el examen directo.* *629*

3.3.3. Técnica especial para explorar la inverosimilitud que no se insinúa en el examen directo. 633

3.3.3.1. Exploración de los detalles. 638

3.3.3.2. Exploración de hechos adicionales que probablemente sucedieron (o no sucedieron) *antes, durante* y *después* del hecho declarado. 642

3.4. Impugnación mediante el uso de tratados. 642

3.5. El comportamiento del testigo durante el contrainterrogatorio como criterio de impugnación. 650

3.6. Otras 'técnicas' de impugnación. 655

I
El Contrainterrogatorio

Y se levantaron contra los dos viejos, a los cuales convenció Daniel por la boca de ellos de haber proferido un falso testimonio. *

1. Definición e importancia

Cuando un testigo es presentado en juicio lo *interroga* la parte que solicitó la prueba o cuyos intereses se identifican con lo declarado por el testigo. Esto es lo que se conoce como *interrogatorio* o *examen directo* del testigo.

Una vez culminado el interrogatorio directo, la contraparte, o la parte cuyos intereses se ven afectados con la declaración, puede proceder a formular preguntas al testigo. Esto es lo que se conoce como *contrainterrogar* o *repreguntar* al testigo.

Por contrainterrogatorio se entiende, en sentido formal, el "interrogatorio de un testigo por una parte que no es la que hizo el interrogatorio directo."[1] En un sentido material el contrainterrogatorio es una faceta de la práctica de la prueba testimonial en la cuál la parte o sujeto procesal afectado con el testimonio tiene la oportunidad de *controvertirlo directamente* examinándolo desde el punto de vista de sus intereses.

El contrainterrogatorio es, entonces, un *instrumento de contradicción de la prueba testifical adversa*. Hay propiamente

* Sagrada Biblia, *Daniel*, XIII, 61.
1 Chiesa Aponte, Ernesto L., *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, Ed. Forum, Bogotá, 1995, Vol. III, p. 318.

contrainterrogatorio cuando los medios utilizados para controvertir el testimonio adverso, consisten en el enfrentamiento del litigante, cara a cara, con la fuente de la prueba que perjudica sus intereses: el testigo adverso. En este sentido es acertado afirmar que, en la dialéctica del proceso judicial, el contrainterrogatorio representa "la última confrontación".[2]

Conviene de una vez establecer una necesaria y básica distinción entre interrogatorio directo y contrainterrogatorio para apreciar las características básicas que identifican cada una de estas facetas de la práctica de la prueba testifical:

CUADRO 1. Diferencias básicas entre examen directo y contrainterrogatorio

Interrogatorio o examen directo.	**Contrainterrogatorio o repreguntas.**
1. Se le formula a los testigos que soportan la teoría del caso* del interrogador.	1. Se le formula a los testigos que cuestionan la teoría del caso* del contrainterrogador.
2. Lo caracterizan las preguntas **abiertas** (p. ej. Las que inician con palabras como: "qué", "por qué", "cómo", "cuándo", "dónde", "quién").	2. Lo caracterizan preguntas **cerradas,** del tipo sugestivo o asertivo (p. ej. ¿No es cierto que usted corrió?; Usted vendió la propiedad, ¿sí o no?).
3. El testigo es el protagonista y tiene el control sobre el testimonio.	3. El interrogador es el protagonista y tiene el control sobre el testigo y su testimonio.
4. Con él se inicia la diligencia de práctica del testimonio.	4. Siempre prosigue al examen directo.
5. Interroga quien solicitó la prueba.	5. Contrainterroga la parte contraria a aquella que pidió la prueba.

Como se explicará más adelante, durante el interrogatorio directo las características 2 y 3 se pueden excepcionar cuando el

2 Romero Soto, Julio y Romero Álvarez, Roció, *Técnica Jurídica de Investigación e Interrogatorio,* Librería del Profesional, 1ª edición, 1989, p. 421. En este libro se citarán las ediciones de 1.989 (primera) y 2.003 (tercera).

* La *teoría del caso* es una construcción teórica de tres niveles (jurídico, fáctico y probatorio), que le permite al litigante organizar lógicamente los elementos con que presentará su caso al Juzgador. Se trata de un conjunto de hechos (teoría fáctica) que se reconstruyen a través de la prueba (teoría probatoria) y se subsumen dentro de las normas jurídicas que se consideran aplicables al caso (teoría jurídica), de modo que los hechos puedan ser probados en juicio.

testigo es catalogado de **hostil**, esto es, cuando, a pesar de ser convocado por una parte, al declarar resulta identificándose con los intereses que representa la parte contraria. En ese caso se puede desarrollar un "interrogatorio" pero bajo las condiciones sustanciales de un contrainterrogatorio: con preguntas sugestivas, asertivas y bajo el control del contrainterrogador.

Se debe partir de una clara diferenciación entre ambas figuras. El interrogatorio o examen directo y el contrainterrogatorio corresponden a diferentes facetas de la práctica de la prueba testimonial, es decir, se trata de manifestaciones probatorias **distintas**, aunque ambas hacen parte de la prueba testimonial, por lo que están sujetas a **técnicas distintas**. Son dos caras de una misma moneda.

Si esta diferencia básica no se tiene en mente será inútil entender la importancia del contrainterrogatorio y de otros fenómenos inherentes a esta temática como, por ejemplo, la licitud y pertinencia de las preguntas sugestivas durante el contrainterrogatorio.

Cuando se afirma que se trata de dos facetas diversas de la práctica de la prueba testimonial, se están sentando las bases para comprender que el tratamiento probatorio de estos dos fenómenos debe ser distinto. La práctica del interrogatorio no puede equipararse a la del contrainterrogatorio porque no es lo mismo *interrogar* que *contrainterrogar*.

Como cuestión básica la doctrina probatoria y forense anglonorteamericana diferencia el **interrogatorio** (*direct examination*) del **contrainterrogatorio** (*cross-examination*), al punto de entender que se trata de dos artes o técnicas sujetas a reglas y exigencias distintas.[3]

3 Es común que los manuales y textos sobre prueba testifical en los Estados Unidos dediquen capítulos distintos para tratar el interrogatorio o examen directo (*direct examination*) y el contrainterrogatorio (*cross-examination*). Véanse, entre otros: Mauet, Thomas A. *Fundamentals of Trial Techniques*, Little, Brown and Company, Boston- Toronto 1980, Cap. IV y VI; Brown, Kenneth S. & Blakey, Walker J. *Evidence*, Black Letter series, West Publishing Co., St.. Paul, Minn., 1984, p. 47 y 58; Schwartz, Louis E., *Proff, Persuasion and Cross – Examination. A Winning New Approach In The Courtroom*, Executive Reports corporation, Englewwod Cliffs, New Jersey, 1978, Vols. I y II; Adams, James R.– Gilmore, Horace G.– Sawyer, Loren L. –Whinery, Leo H., *Evidence Reference Book*, The National Judical College – American Bar Asociation, Reno (Nev.), 1983, USA, pp.. 81 y 82. Incluso existen textos dedicados exclusivamente a las técnicas de interrogatorio: Milton Spellman, Howard. *Direct Examination of Witnesses*, Published by Prentice-Hall, 1968; Morris, Kathy - Eckert , Jill.

Como bien lo expone M.Taruffo, en el contrainterrogatorio se hace evidente la relación o mezcla, en un solo acto o momento, de la *formación* con el *control* de la prueba, pues "por un lado, la *direct examination* pretende principalmente producir la declaración testificar (sic), mientras que la *cross-examination* pretende principalmente atacar la credibilidad del testigo y la aceptabilidad de sus declaraciones".[4]

Se ha dicho, con razón, que el contrainterrogatorio "es una de las armas más poderosas para el abogado que actúa en audiencia. Lo anterior significa que si un testimonio es inexacto, si es el resultado de un error no culpable o de perjurio intencional, puede ello ser expuesto ante el jurado. Significa que es el medio por el cuál la parcialidad, el prejuicio o el interés de un testigo de la contraparte puede ser demostrado."[5]

Para algunos autores la perspectiva del contrainterrogatorio es la de un "duelo" entre el testigo y su repreguntador, imagen que resulta muy apropiada en el marco del sistema acusatorio. Específicamente Francis L.Wellman se refiere al contrainterrogatorio como un *duelo mental entre el abogado y el testigo*[6] , y de la misma opinión es Louis Nizer, cuándo acota:

> El duelo entre un repreguntador y un testigo rara vez se desarrolla entres dos posiciones fijas. Los contendientes se ven obligados a vagabundear en diversas direcciones a causa de las imprevistas estocadas y réplicas. El escenario primitivo del ataque del abogado puede ser abandonado temporariamente para desviar una escapatoria tangencial. En definitiva, la lucha es reanudada sobre el terreno que es vital para una decisión. El abogado confía en que sus victorias menos concluyentes en el

Direct Examination: A Workbook for Lawyer Career Satisfaction, American Bar Association, 2001; Sztern, Herbert J. *Trying Cases to Win: Direct Examination* (Trial Practice Library), Aspen Publishers, Inc., 1992; sobre contrainterrogatorio veanse fundamentalmente las obras de Wellman, *The Art of Cross-exaxamination*, Dorset Press, New York, Fourth
Edition, 1986 y Megargee Brown, Peter, *The art of questioning. Thirty maxims of cross-examination*, Macmillan, 1987, USA, entre otros.

4 Taruffo, Michele, *La Prueba de los Hechos*. Editorial Trotta, Madrid, 2002, p. 378, nota al pie 163, cursiva en el texto.

5 Romero Soto y Romero Álvarez, op. cit., p. 422.

6 *"A mental duel between counsel and witness"*. Wellman, op. cit., p. 8, traducción propia.

curso de la batalla han debilitado y expuesto al testigo para la victoria final.[7]

En punto a la terminología aplicable, en ocasiones se alude al concepto de "interrogatorio cruzado" para referirse al contrainterrogatorio, una posible traducción literal de la expresión inglesa *cross – examination*.

Otros autores prefieren el término "*repregunta*", un concepto que ha sido acuñado por el derecho romano–germánico y europeo continental, y que fue en un principio adoptado por nuestra tradición legislativa y forense.[8]

Joaquín Scriche*, en su *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, define así la voz "repregunta":

> **Repregunta**: La réplica o segunda pregunta que se hace sobre un mismo asunto o materia. En algunos tribunales suele una de las partes hacer repreguntas a los testigos por la contraparte, para apurar y aclarar la verdad de los hechos, y evitar de este modo que se forme un juicio erróneo acerca de estos por el modo con que se han podido poner las preguntas o artículos** en el interrogatorio.[9]

Al definir la voz ***interrogatorio*** el autor en cita expresa:

> Del interrogatorio de cada parte parece sería conveniente dar traslado a la otra, para que en su vista formase otro de repreguntas, a fin de que los testigos expusiesen mejor el hecho y la razón de sus dichos; pero según la práctica casi no se comunica el interrogatorio sino en los tribunales eclesiásticos. En aquellos en que se admiten repreguntas, se forma el interrogatorio como el

7 Nizer, Louis, *Mi Lucha en los Tribunales*, Ediciones selectas, Buenos Aires, 1963, p. 339.
8 La Ley 105 de 1.931 o Código Judicial, se refería expresamente a las "repreguntas" en varios de sus artículos.
* Joaquín Scriche (1.784-1.847). Su obra integra el mejor acopio de los principios del derecho romano, del derecho medieval y del derecho español antiguo y moderno. La edición que se sigue es la de Juan B. Guim, corregida y aumentada con nuevos artículos, notas y adiciones sobre el derecho americano.
** La voz *artículo* tiene varias acepciones, entre ellas, según la misma obra, "*Cualquiera de las preguntas de que se compone un interrogatorio*". (Scriche, Joaquín, *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, Editorial Temis, Bogotá, 1977, edición corregida y aumentada por Juan B. Guim, Vol. I, p. 510).
9 Ibíd., Vol. IV, p. 478.

> de preguntas, refiriéndose al de éstas en el pedimento con que aquél se presenta, pretendiendo que a los testigos que fueren interrogados se repregunte tal o tal cosa, etc. También se estila en algunas provincias nombrar acompañados*** que asistan al examen de los testigos, y les hagan repreguntas con el objeto de apurar la verdad de los hechos.[10]

Nótese como de lo expuesto se deduce que en la práctica forense de la antigua España el interrogatorio era previamente entregado por escrito al Juez para que a su tenor examinara a los testigos. Esta tradición fue heredada por nuestra cultura judicial y sus rezagos se perciben aún en nuestros días.[11]

Por su parte, Couture, en su *Vocabulario Jurídico*, define la voz "*repreguntas*" así:

> Dícese de aquellas preguntas que formula la parte al testigo, en los casos en que la ley lo permite, por intermedio del juez, fuera del interrogatorio formulado de antemano, para ampliar la declaración o para precisar una respuesta.[12]

Como se decía antes, el contrainterrogatorio está en correspondencia con una faceta de la práctica de la prueba testimonial en la cuál se "pone a prueba" si lo declarado por el testigo en el interrogatorio directo formulado por la parte que solicitó la declaración es íntegro o completo, veraz y creíble. A este respecto

*** El *acompañado* es "el juez nombrado para qué acompañe en el conocimiento y determinación de los autos al recusado por la parte. Dícese también del escribano y del relator que nombra el juez para acompañar al escribano o relator que ha sido recusado". (Ibíd., op. cit., Vol. I, p. 126).

10 Ibíd., Vol. III, p. 197.

11 A nivel legal, el legislador aun prevé que el "interrogatorio de parte" se pueda realizar "por escrito en pliego abierto o cerrado" (artículo 207 del Código de Procedimiento Civil); por otra parte, el contrainterrogatorio se tiene que efectuar por escrito cuándo recae en los servidores públicos a quienes se autoriza para declarar mediante "certificación jurada", esto es, contestando por escrito las preguntas que les remite, también por escrito, el funcionario judicial (articulo 222 del C. de P. Civil y artículo 271 de la Ley 600 de 2000 o Código de Procedimiento Penal). En nuestra práctica forense es usual que los litigantes formulen los contrainterrogatorios por escrito, ¡aun en materia penal!; ello no deja de ser un auténtico despropósito en vista de que la oralidad hace parte del núcleo esencial de éste derecho fundamental (Véase el capítulo sobre *El Derecho Fundamental al Contrainterrogatorio*, Num. 3.2. *Su naturaleza oral*).

12 Couture. *Vocabulario Jurídico*, Segunda reimpresión, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1983, pp. 519-520. En la "etimología" del término el autor acota: "derivado castellano de *Pregunta", y* expone el equivalente al término *repregunta* en otros idiomas, así: "Francés, *Nouvelles questions posées au témoin sur le même sujet*; Italiano, *Nuove domande*; Portugués, *Novas perguntas formuladas pela parte contraria à testemunha, reinquiricao*; Ingles, *Cross examination*; Alemán, *Rückfragen, Ergänzungsfragen, Kreuzverhör*".

ya Bentham, al analizar las "formas del interrogatorio", enseñaba que el "examen contradictorio" es la "prueba" de los "relatos enlazados que tengan carácter de verosimilitud."[13]

Y es que el contrainterrogatorio es un instrumento para convencer al Juzgador de que, por lo que el testigo expuso en el interrogatorio directo, la teoría del caso de la contraparte que lo interrogó no debe ser aceptada en todo o en parte. Desde otro punto de vista, también es éste un notable instrumento para convencer al juez de que la teoría del caso de quien contrainterroga debe ser admitida como la verdad del proceso.

Tradicionalmente se ha atribuido al contrainterrogatorio la virtud de permitir el descubrimiento de la verdad. Es ya famoso al pasaje de Wigmore, según el cual: "El contrainterrogatorio es la más grande máquina legal jamás inventada para el descubrimiento de la verdad".[14] El mismo autor advertía que "el contrainterrogatorio, y no el juicio por jurado, es por excelencia la contribución mayor y permanente del sistema de derecho angloamericano a la mejora de los métodos para llegar a un juicio sobre los hechos".[15]

El sentido dado al contrainterrogatorio como máquina para descubrir los ardides o *detector de mentiras* aparece adecuadamente descrito en las siguientes palabras de Louis Nizer:

> Las repreguntas arrancan la verdad en innumerables formas, obligando al testigo a abandonar las posiciones preparadas y a improvisar en circunstancias de apremio, induciéndolo a desarrollar sus mentiras, al revelar éstas y al dejar al declarante en el aire, de modo tal que la verdad es su única alternativa disponible. Las técnicas para desalojar a una mentira son todas las que puede urdir un cerebro ágil. Las repreguntas constituyen el único escalpelo que puede penetrar en los meandros ocultos de un espíritu humano y arrancar una decisión engañadora. La psi-

13 Bentham, Jeremy. *Tratado de las Pruebas Judiciales*, Editorial Jurídica Universitaria, México, 2001, Num. 3.4., p. 81.
14 Wigmore, *Evidence*, § 1367, 1940. Citado por Chiesa Aponte, op. cit., Vol. I, p. 398.
15 Citado por Gorphe, Francois. *Apreciación Judicial de las Pruebas. Ensayo de un método técnico. Temis, Bogotá, 1985,* p. 346, pie de página 112. Se sustituye la expresión "repreguntas" por "contrainterrogatorio", ya que traduce más exactamente el concepto expresado por la totalidad de la doctrina anglo americana sobre la materia: *Cross-examination*.

> quiatría y los medicamentos podrán darnos atisbos de su motivación, pero el clásico método anglosajón de las repreguntas sigue siendo el mejor medio de habérselas con el engaño, de arrancarle la verdad a un testigo reacio y de asegurar el triunfo de la justicia sobre la venalidad. El éxito de este procedimiento depende de la meticulosa preparación y habilidad del abogado. (...) Desde luego, lo ideal es obligar al testigo a confesar su mentira en forma concreta y facilitar así la tarea del jurado. Aun si no se alcanza eso, pueden crearse impresiones que lleven inexorablemente al descubrimiento de la verdad.[16]

Y es que en verdad el contrainterrogatorio "es una de las armas más poderosas del abogado que actúa en audiencia. Lo anterior significa que si el testimonio es inexacto, si es el resultado de un error no culpable o un perjurio intencional, puede ello ser expuesto ante el jurado. Significa que es el medio por el cual la parcialidad, el prejuicio o el interés de un testigo de la contraparte puede ser demostrado".[17]

En palabras de F. Lee Bailey, "para el abogado litigante, la habilidad para repreguntar es el arma más efectiva de su arsenal, más útil incluso que su capacidad de hablar de manera fluida y persuasiva sin consultar notas".[18] Y agrega que "el abogado que realmente logre dominar el arte de repreguntar tiene garantizado un buen papel en la profesión del foro."[19]

De otro lado, Gorphe recuerda que "los contrainterrogatorios (*cross examination*) se consideran como sumisión a la experiencia esencial del sistema probatorio inglés y norteamericano: son estimados como medio necesario para sondear la exactitud de las declaraciones, y como el elemento judicial más poderoso para el descubrimiento de la verdad[1 12]; a tal punto que, sin él la prueba de

16 Nizer, op. cit., pp. 344-345.
17 Romero Soto y Romero Álvarez, op. cit., 3ª edición, 2003, p. 527.
18 Bailey, F. Lee, *Como se ganan los juicios. El abogado litigante*, Editorial Limusa – Grupo Noriega Editores, Novena reimpresión, México, 2002, p. 155.
19 Ibíd., p. 187.
112 (Nota en el texto original) Esto es lo que proclama WIGMORE, de conformidad con lo que parece constituir la opinión común de los juristas ingleses y norteamericanos. Además observa que "las repreguntas, y no el juicio por jurado, es por excelencia la contribución mayor y permanente del sistema de derecho anglonorteamericano a la mejora de los métodos parar llegar a un juicio sobre los hechos". (*On Evidence*, art. 1367).

testigos pierde su valor supremo y que se comprenda así la desconfianza de los juristas de la Europa continental con respecto a esta prueba no depurada por los contrainterrogatorios".[20]

Y es que, así como la verdad sin contradicción es una verdad a medias, particularmente el testimonio de cargo sin contrainterrogatorio es apenas *una cara de la verdad*. Francis L. Wellman, en su clásico *El Arte del Contrainterrogatorio* escribió:

> Si todos los testigos tuvieran la inteligencia y la honestidad para plegarse al juramento de decir "la verdad, toda la verdad y nada más que la verdad", y si, de otro lado, los abogados tuvieran la experiencia, combinada con la inteligencia y la integridad, para obtener del testigo la verdad y nada más que la verdad, obviamente no habría lugar para el contrainterrogatorio y el oficio del contrainterrogador se acabaría. **Pero hasta ahora no ha sido encontrado un sustituto para el contrainterrogatorio como medio para separar la verdad de la falsedad y para reducir las declaraciones exageradas a sus justas dimensiones.**[21] (s.n.)

El contrainterrogatorio deviene necesario para descubrir la verdad cuando se tiene en cuenta la naturaleza humana. En palabras de Hegland:

> Sea cuál fuere la razón –aunque se trate solo del halago de ser convocado como testigo de una de las partes-, muy pocos testigos muestran una actitud desprovista de parcialidad, lo cuál perjudica la búsqueda de la verdad.
>
> La parcialidad sería una dificultad menor si los hechos se mantuviesen en un mismo lugar. Si el testigo ha visto exactamente el hecho y si ha recordado exactamente lo que vio, en ese caso, salvo perjurio, el interrogatorio severo finalmente develara el sesgo de la realidad.
>
> Por desgracia, la percepción y la rememoración se ven afectadas por la motivación y el deseo (...)

20 Gorphe, op. cit., p. 346. La cita es copiada textualmente, pero el sentido al que alude el autor sugiere que su traducción fue inexacta, ya que Gorphe se refiere a los juristas de la Europa no continental, esto es, a los ingleses.
21 Wellman, op. cit., p. 7, traducción propia.

> De acuerdo con Ptolomeo, la Tierra era el centro del universo, y el Sol y los planetas describían círculos alrededor. Uno de los problemas iniciales de este sistema era que, cuándo los astrónomos miraban los planetas, no estaban donde la teoría afirmaba que debían estar. ¿Se procedió a abandonar la teoría? No, se explicaron los hechos modificando ligeramente la teoría. La Tierra continuó siendo el centro del universo. En lugar de describir alrededor de la Tierra un movimiento perfectamente circular, ahora los planteas y el Sol rotaban alrededor de puntos que rodeaban la Tierra en una serie de caminos perfectamente circulares, y de pronto, los datos armonizaban.[22]

En este sentido el contrainterrogatorio es "un instrumento dialéctico de control sobre la aceptabilidad de las pruebas orales".[23] Más aun: Taruffo explica que el método del contrainterrogatorio "es vinculante en el proceso si se trata de asumir una prueba testifical en juicio: ésta se asume únicamente según ese método, pero éste no es el único procedimiento mediante el que la prueba puede formarse y adquirirse".[24] Por eso, en punto al examen de los testigos, se aprecia una clara diferencia entre el sistema inquisitivo y el acusatorio, como lo expone L. Ferrajoli:

> Asimismo, los testimonios, arrancados por el juez y dotados de valor probatorio legal en la inquisición, en el proceso acusatorio se remiten de manera exclusiva a la iniciativa de las partes, expuestas a interrogatorio cruzado, vinculadas a la espontaneidad y al desinterés de los testigos, delimitadas en el objeto y en la forma por la prohibición de preguntas impertinentes, sugestivas, indeterminadas o dirigidas a obtener apreciaciones o juicios de valor.[25]

22 Hegland, Kenney F, *Manual de Prácticas y Técnicas Procesales*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1995, p. 111.
23 Taruffo, op. cit., p. 353, fundamentalmente nota al pie 87.
24 Ibíd., p. 383.
25 Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Ed. Trotta, 2ª edición, Madrid, 1997, p. 613, especialmente nota al pie 311, en cuanto sin proponérselo refleja con increíble precisión la práctica forense colombiana: "De signo inquisitivo es en cambio el método de interrogación del proceso mixto, donde los testigos pueden ser interrogados en la instrucción sumaria por la acusación y hasta arrestados por ella y en el juicio son interrogados por el presidente, que tiene además el poder de admitirlos o no, **arrogándose así un control sobre el contenido de la estrategia defensiva o acusatoria e incluso anticipando el juicio**..." (s.n.)

La importancia del contrainterrogatorio ha sido advertida por destacados autores en nuestro medio. En efecto, Antonio Rocha señalaba acertadamente hace ya más de medio siglo:

> La repregunta o repreguntas, son una previsión preciosa para obtener una declaración perfecta y completa. La experiencia demuestra que el testigo es más veraz y funda mejor su dicho en presencia de la contraparte que puede reducir la declaración del testigo a los límites estrictos de la sinceridad y de la verdad; las repreguntas suelen hacer caer al testigo en la cuenta de una serie de circunstancias que quizás cambien el sentido de una declaración de buena fe. Hay otra consideración humana: no se miente en presencia de quien tiene la posibilidad de desmentir. Pero no siempre la declaración es asistida por una repregunta. No. Y eso no le quita la verdad al dicho. Es un derecho del cuál puede hacer uso o no la contraparte.[26]

Por su parte Devis Echandía, citando a Couture y a Wigmore advierte que "en los procesos orales, el interrogatorio por las dos partes o *cross examination* (interrogatorio cruzado), como lo denominan ingleses y norteamericanos, es 'un instrumento notable de investigación jurídica', ya que puede lograrse una versión completa de la ciencia del testigo y permite apreciar mejor su sinceridad."

Y agrega que "si se prohíben los contrainterrogatorios se violan los principios fundamentales de la contradicción de la prueba y de la lealtad y la igualdad de oportunidades en el debate probatorio. El derecho a contrainterrogar los testigos de la otra parte está consagrado en los artículos 227-228 C. de P. C. y 253 del C. de P. P. colombiano..."[27]

Por lo expuesto, la *importancia del contrainterrogatorio* se aprecia desde dos perspectivas:

26 Rocha, Antonio, *De la Prueba en Derecho*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1949, página 138.
27 Devis Echandía, Hernando, *Teoría General de la Prueba Judicial*, 3ª Edición, 1974, Vol. II, pp. 240 y 241.

A) La administración de justicia se beneficia con el contrainterrogatorio porque es un instrumento que ayuda al descubrimiento de la *verdad procesal*[28], en la medida en que:

- Es un test o prueba que permite determinar la sinceridad y credibilidad de los testigos que declaran en los procesos.

- Permite apreciar el verdadero alcance y contenido del testimonio

Así las cosas, el contrainterrogatorio representa una herramienta invaluable en orden a derruir falsos testigos, parcializados o mentirosos (los que quieren engañar) y a limitar a sus justas dimensiones los testimonios que se equivocan de buena fe (los que se engañan).

B) Desde el punto de la parte que tiene derecho a contrainterrogar, este valioso instrumento representa la materialización de una garantía mínima de toda persona frente a los testigos que le son adversos en el curso del proceso judicial, lo que a su vez implica una concreta manifestación del derecho fundamental de defensa o contradicción. Un análisis más profundo de esa garantía constitucional será objeto de estudio más adelante.[29]

2. La imagen mítica del contrainterrogatorio

Si se repara con atención en las más simples, variadas y comunes situaciones de la vida cotidiana, se concluirá que todas las personas hacen uso inconsciente e instintivo del contrainterrogatorio. Tal y como lo pone de presente F. Lee Bailey, el contrainterrogatorio es parte de nuestra interacción diaria con los demás, pues, "se utiliza virtualmente en toda actividad que requiere co-

28 Como verdad empírica, pública e intersubjetivamente controlable, propia de los sistemas cognoscitivistas, a la cual se opone la *verdad real,* propia de los sistemas judiciales decisionistas y autoritarios. Cfr. Ferrajoli, Luigi, op. cit., p. 40 y ss...
29 Véase el capítulo *El Derecho Fundamental al Contrainterrogatorio.*

municación humana" aun cuándo "raramente se utiliza de la manera correcta". El autor citado enseña:

> Todos lo utilizamos [el contrainterrogatorio] en la vida cotidiana, aunque sea en forma primitiva. Usted mismo probablemente lo ha utilizado, sin estar consciente de ello.
>
> Este procedimiento se utiliza en las salas de consejo de las corporaciones, y lo esgrimen los ejecutivos que tratan de promoverse a sí mismos al poner de relieve las deficiencias de los demás.
>
> Lo usan las esposas en contra de sus maridos cuándo encuentran huellas de lápiz labial donde no deberían estar, y en contra de sus niños cuándo descubren que algo falta en el tarro de los dulces.
>
> Lo usan los maridos contra las esposas, cuándo una nueva abolladura ha aparecido misteriosamente sobre la salpicadura frontal izquierda del nuevo automóvil.
>
> Lo utilizan los jefes militares cuándo un desafortunado comandante trata de explicar por qué tuvo que retirarse de una posición que se le había ordenado sostener.
>
> Lo esgrimen los representantes de los medios de comunicación cuándo entrevistan a los políticos y a otras figuras públicas.[30]

No obstante las bondades y poderes del contrainterrogatorio, es preciso mantener una visión realista de esta garantía. En verdad se trata de un arma poderosa en el arsenal del litigante y ciertamente es el mejor medio para descubrir la verdad; pero, la tradicional –y poco realista- visión cinematográfica del contrainterrogatorio impactante, que destruye al testigo en manos de un audaz litigante, puede tener un efecto frustrante y perjudicial para quien "espera demasiado" de este método.

La visión mítica del contrainterrogatorio como instrumento infalible que permite ganar los casos fulminantemente es, en parte, lo que causa esa aprehensión del litigante hacia esta difícil técnica.

30 Bailey, op. cit., pp. 155-156, paréntesis fuera del texto original.

La doctrina también ha contribuido en algunas ocasiones a mistificar la imagen que del contrainterrogatorio tienen los abogados y el público en general. Gorphe, por ejemplo, destaca que "el contrainterrogatorio del sistema inglés" tiende particularmente al "efecto de una sorpresa", y agrega que, "en eso representa una ventaja de eficacia."[31] Citando a H. Selden Bacon, el autor francés recrea dos casos supuestamente ocurridos en las cortes angloamericanas, en los cuales se conduce a "un testigo reacio, mediante hábiles contrainterrogatorios, a dar, por efecto de una sorpresa, una respuesta irreflexiva que restablezca la verdad". Conviene citar uno de esos casos para apreciar prácticamente el "elemento sorpresa" como característica del contrainterrogatorio, según Gorphe:

> En un pleito por indemnizaciones contra una compañía de ferrocarriles, a causa de un accidente, el herido aseguraba que no podía levantar el brazo derecho a mayor altura que el hombro; y, a requerimiento de su abogado, levantó hasta esa altura y con gran esfuerzo su brazo. El abogado de la compañía, conocedor de que el demandante estaba realizando una falsa demostración, lo trató con mucha cortesía y le preguntó si no había sido un gran atleta antes de sufrir aquel enojoso accidente. "¡Oh!, por supuesto -respondió-; yo era el campeón de lucha en mi pueblo". El abogado continuó: "¿Ha tomado usted también parte en carreras?" "Sí –dijo-; he ganado muchos premios". "Entonces, muéstreles a los jurados hasta dónde podía levantar usted el brazo antes del accidente". Y, arrebatado por el recuerdo de sus glorias pretéritas, el querellante levantó el brazo por encima de la cabeza.[32]

En realidad, el elemento sorpresa no es un factor esencial del contrainterrogatorio, aun cuándo a veces puede ser eficaz. Casos como el citado corresponden a la dimensión épica o "mística" del contrainterrogatorio, nacida de situaciones excepcionales en las que los testigos han "caído muertos" ante la boca humeante del

31 Gorphe, *Apreciación Judicial* …, op. cit., p. 345.
32 Ibíd., pp. 346 – 347. Esta vieja anécdota, común en la literatura forense norteamericana, probablemente sea **apócrifa** (veáse Schwartz, Louis E., *Proff, Persuasion and Cross – Examination*, op. cit., Vol. II, p. 2013).

arma del contrainterrogador. La utilidad de este instrumento probatorio es mucho más modesta y menos espectacular de lo que se suele imaginar.

En el mundo real el contrainterrogador debe considerarse afortunado cuando logre al menos reducir el impacto negativo de la declaración vertida por el testigo en el interrogatorio directo. Esto es: limitar la declaración adversa a sus justas proporciones, o cuando menos mostrarle al juzgador que las cosas no exactamente ocurrieron como el testigo las describió, bien porque algo sucedió en menor dimensión (confrontación a las exageraciones del testigo), o bien porque se omitió algo que era relevante para valorar el testimonio (confrontación dirigida a omisiones del testigo).

Acertadamente Romero Soto y Romero Álvarez señalan tres razones por las cuales la diligencia de contrainterrogatorio es la que mayor aprehensión causa entre los litigantes.

1º. La naturaleza misma del contrainterrogatorio, que "está presidido por la hostilidad", implica "enfrentarse a testigos generalmente de la contraparte que no están dispuestos a colaborar". El contrainterrogador es "llevado a empujar por sí mismo cualquier aspecto planteado por la contraparte más allá del punto o límite en que ésta lo plantea."[33]

2º. La imagen pública que se tiene del contrainterrogatorio: "En la forma como son pintadas o descritas popularmente las incidencias de una audiencia, en ella aparece quien interroga o contrainterroga como un personaje invencible. En novelas, filmes y la televisión, es presentado como el personaje que todo lo conoce, que a todo el mundo convence, siempre todopoderoso. Desde un punto de vista puramente imaginativo, quien contrainterroga es un arma mortal, que siempre lleva a cabo la destrucción del adversario."[34]

3º. La ficción o mito de perfección del abogado, tanto en el presente, como en el pasado en relación con la imagen de la diligencia.

33 Romero Soto y Romero Álvarez, op. cit., 3ª edición, 2003, p. 525.
34 Ibíd., p. 525.

La aprehensión que suscita el contrainterrogatorio debe enfrentarse entendiendo que esa "parálisis mental" que a menudo surge al contemplar la "presión inherente" a un contrainterrogatorio es "una cosa normal y de saludable reacción", cuya resolución requiere entender que nadie nace contrainterrogador, todo buen contrainterrogador se hace."No es la inmortalidad de quien [contrainterroga] sino su carácter humano lo que le permite tener éxito".[35]

Refiriéndose a esta problemática Goldberg enseña:

> La escena dramática en que el abogado procesal atraviesa hábilmente las defensas para revelar al testigo mentiroso es la sustancia con la cuál se entretejen los sueños de los abogados. Esos sueños destacan especialmente la importancia de la repregunta como determinante final de la disputa, pero reflejan exactamente la naturaleza de la mayoría de las repreguntas. La repregunta es el escenario de la confrontación definitiva. Es el tiroteo en la calle que deja a una persona moribunda, tendida en el sueño.[36]

Es preciso dejar de lado ese "sueño irrazonable de las victorias en el curso de las repreguntas"[37] , que lleva al litigante a aceptar riesgos irracionales en la persecución de un ideal. Para evitar esto hay que comprender que "no hay vencedores en la repreguntas, solamente perdedores," pues:

> La importancia de la repregunta en el desenlace del juicio no proviene de las ventajas sustantivas. La ventaja, para ambas partes, está en el teatro de la confrontación, y el efecto de la "pérdida" percibida, en la fuerza de la presentación del perdedor. Incluso cuando uno consigue invertir totalmente la posición de un testigo no obtiene ventajas importantes; solo anula las ventajas importantes que el antagonista podía extraer de la declaración del testigo. Pocas veces se consigue trastocar por completo la declaración del testigo. La mayoría de las

35 Ibíd., p. 526.
36 Goldberg, Steven H., *Mi Primer Juicio Oral: ¿Dónde me siento y que diré?*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1994, p. 183.
37 Ibíd., p. 184.

> repreguntas exitosas que dejan al testigo "moribundo en el suelo" no promueven una rectificación. La demostración de la tendencia, el reconocimiento de las omisiones y la incapacidad para suministrar detalles son razones mucho más comunes que inducen a los jurados a negarse a aceptar la declaración de un testigo, que una repregunta con éxito.[38]

En idéntico sentido Hegland hace relación a "la fantasía definitiva del abogado: uno está defendiendo las fuerzas del Bien contra obstáculos inverosímiles (la defensa de un vendedor de artefactos, con chances no mejores que 50/50, también servirá). Uno está repreguntando al Mal, que miente (un aburrido comprador de artefactos, un poco confundido, también servirá). Bajo la presión del interrogatorio implacable pero justo que uno realiza, el *testigo cae muerto*. Si insiste en ese tipo de perfección, usted solamente conseguirá desilusionarse".[39]

Es por esto que Bergman previene contra la "mística" que rodea al método de las repreguntas. En realidad lo típico es que un contrainterrogatorio *mediocre* "simplemente refuerce la declaración directa del testigo, en lugar de aportar una evidencia perjudicial que de otro modo jamás habría aparecido"; en cambio, una repregunta *exitosa* "generalmente refuerza la evidencia afirmativa o expone las limitaciones de la declaración directa del testigo, en lugar de aportar en forma independiente la victoria".[40]

Por ello, hay que desechar la creencia de que el contrainterrogador debe imponerse en todos los episodios del contrainterrogatorio. Lo que el litigante debe esperar al repreguntar es mucho más modesto y realista: presentar al testigo ciertos hechos que logren despertar en el juzgador determinado sentido del testimonio.

No se debe pretender con el contrainterrogatorio que los testigos cedan y reconozcan sus errores (cuando "se engañan") o

38 Ibíd., pp. 183-184.
39 Hegland, op. cit., p. 112, resaltado y paréntesis en el texto original.
40 Bergman, Paul, *La Defensa en Juicio. La defensa penal y la oralidad*. Abeledo Perrot, Segunda Edición, 1995, p. 132.

sus mentiras (cuando "quieren engañar"). La experiencia enseña que los testigos casi nunca ceden.[41]

Debe comprenderse que el contrainterrogatorio no es un *fin* es sí mismo; es apenas un *medio* que se utiliza dentro de la totalidad de la estrategia defensiva del abogado que litiga un caso. Por eso, en la generalidad de los eventos el pleno efecto del contrainterrogatorio vendrá a ser conocido mucho tiempo después de practicado éste, cuando se alega de conclusión. Es de rigor comprender la conexión que existe entre el contrainterrogatorio y los alegatos de conclusión. Esta relación puede evidenciarse así: en el alegato de conclusión se recoge la cosecha que se sembró durante el contrainterrogatorio.

Por eso se ha dicho que "el interrogatorio y el contrainterrogatorio no es (sic) la totalidad de la práctica de la audiencia, sino uno de sus componentes"[42] pudiendo ser empleado "para darle bases a las alegaciones de las partes. Sus frutos y complacencias vendrán más tarde, cuando los otros testigos declaren, cuando por el abogado se resuman y pongan de presente los puntos de corroboración y, por último, cuando el jurado emita su veredicto".[43]

3. Los orígenes del contrainterrogatorio

Bentham enseña que "la Ley romana, desconfiando de todas las partes, no les permitía interrogarse recíprocamente, sino que encomendaba esa función exclusivamente al juez."[44]

41 Bailey, op. cit., p. 180.
42 Romero Soto y Romero Álvarez, op. cit., 3ª edición, 2003, p. 638.
43 Ibíd., p. 638.
44 Bentham, op. cit., pp. 92-93. De opinión contraria es Gorphe, quien advierte el "origen romano" del sistema judicial en el cual "son los abogados de las partes (parte acusadora y parte acusada), los que, a su turno, "examinan" o interrogan al testigo". *Apreciación Judicial de las Pruebas*, op. cit., p. 345, pie de página 111. El autor francés cita en apoyo de su afirmación las célebres palabras de QUINTILIANO: "*Nada hace sudar más a los abogados que los testimonios*." La aparente contradicción entre Bentham y Gorphe se comprende a partir de los distintas etapas que experimentó el proceso penal romano: "el examen cruzado o contrainterrogatorio, excluido el juez, se aplicó en el proceso penal romano **durante su pleno desarrollo republicano**. El juez podía interrogar a los testigos solamente **en la época imperial**". (Florian, Eugenio, *De las Pruebas Penales*, Tomo I. *De la Prueba en General*, Temis, Bogotá, 1968, p. 265, s.n., con apoyo bibliográfico).

Luego de señalar los inconvenientes de la Ley romana con ese método de interrogación, el autor en cita muestra el rumbo que siguió el derecho inglés, por oposición a la vía adoptada por el derecho europeo-continental:

> La jurisprudencia inglesa es la primera en que se han obviado esos peligros, al dar a las partes la facultad de interrogar a los testigos; y ello ha dado a esa jurisprudencia un término apropiado para el efecto: *cross -examination*, examen contrario.[45]

Es preciso aclarar que el contrainterrogatorio no es, según se cree, una herramienta que contradiga la naturaleza de los sistemas judiciales pertenecientes a la familia del derecho romano-germánico. Esta objeción es puramente prejuiciosa y carente de verdadera fundamentación. Por el contrario, la repregunta es *una técnica de comunicación humana esencial para develar la verdad mediante la confrontación de posiciones opuestas*. Por eso mismo, no es acertado afirmar que si se aplica la técnica de contrainterrogatorio se está importando una figura contraria a nuestras instituciones jurídicas.

Taruffo demuestra, contrario a lo que suele pensarse, que el concepto angloamericano de la prueba no está dominado por una *visión retórico-argumentativa*, sino por una *orientación racionalista*, es decir, "está inspirado en la idea de que la función de la prueba es esencialmente la de servir para el conocimiento de los hechos".[46] Y precisamente uno de los elementos estructurales de la *law of evidence* anglo-norteamericana, que le imprime a la prueba una orientación racionalista, es la concepción del contrainterrogatorio como *instrumento dialéctico de control sobre la aceptabilidad de las pruebas orales*.

El contrainterrogatorio es propio de todo sistema jurídico donde se garantice el derecho de contradicción frente a la prueba testimonial adversa. Esa es la única condición que debe presentar un sistema jurídico para predicar, en él, la existencia y viabilidad del contrainterrogatorio.

45 Bentham, op. cit., p. 93, letra resaltada en el texto original.
46 Taruffo, op. cit., p. 353.

Ciertamente los sistemas jurídicos pertenecientes a la familia jurídica del *common law* adoptaron y desarrollaron desde un principio el contrainterrogatorio, haciéndolo parte esencial de sus sistema de justicia. Ello sin embargo, no significa que la familia jurídica del *civil law* no pueda y deba aprovechar la utilidad y ventajas de este peculiar instrumento de contradicción.

Más aún: el contrainterrogatorio tiene una profunda raíz en el pensamiento filosófico occidental que, como se sabe, precedió la aparición de los sistemas jurídicos angloamericanos. Con esto se rebate de una vez por todas la tan reiterada objeción a la recepción de las técnicas de contrainterrogatorio en nuestra tradición jurídica, según la cual éstas son ajenas a nuestros orígenes.

¿Acaso nuestro sistema -no ya jurídico sino de pensamiento- no está enraizado en la tradición greco-romana? ¿Nuestro modo de pensar y razonar como 'cultura occidental' no está emparentado con el pensamiento de Sócrates, Platón y Aristóteles? Nadie contestaría negativamente a esas preguntas.

Francis L.Wellman, al referirse a los orígenes del contrainterrogatorio, enseñaba:

> El sistema [del contrainterrogatorio] es tan viejo como la historia de las naciones. De hecho hasta nuestros días el relato dado por Platón acerca del contrainterrogatorio de Sócrates a su acusador Melito, mientras se defendía a sí mismo del cargo capital de corromper a los jóvenes de Atenas, puede ser citado como una obra maestra en el arte del contrainterrogatorio.[47]

De ahí que se diga que el contrainterrogatorio tiene su raíz última y su fundamento filosófico en la cuna del pensamiento de la llamada civilización occidental, y más concretamente en el arte de la M*ayéutica*.

En efecto, la Mayéutica significa arte de "ayudar a dar a luz", originalmente el oficio de la partera. Sócrates[48] llamó así metafóricamente a la segunda parte de su método, consistente en incitar a razonar a sus interlocutores facilitándoles el camino para

47 Wellman, op. cit., p. 8, traducción y paréntesis propios.
48 470-399 a. de c.

obtener por sí mismos la verdad y "parir las ideas", o decir las verdades que se quieren saber. Sócrates ayudaba a los hombres a "dar a luz sus pensamientos".

Y es que si se repara con atención el juicio que le fue adelantado a Sócrates por corrupción a la juventud ateniense, lo que éste hizo con su acusador Melito no fue otra cosa que un verdadero -y brillante- contrainterrogatorio. Como es sabido, Sócrates fue llevado a juicio -doblemente acusado de ser sofista, impío y corruptor de los jóvenes- por Anito en nombre de los artesanos y políticos, Melito por los poetas y Licón por los oradores.

El siguiente pasaje debe ser leído con los ojos de un litigante que contrainterroga al testigo de cargo (Melito) que declara en juicio contra su cliente (Sócrates); y compréndase lo que se viene diciendo: el fundamento del contrainterrogatorio no es otra cosa que la Mayéutica Socrática, aplicada al examen de los testigos adversos.

Contémplese pues, detenidamente, esta *obra maestra en el arte del contrainterrogatorio* que ya hace parte del patrimonio cultural del pensamiento y de los dos sistemas jurídicos imperantes en Occidente (el *common law* y el *civil law*), a veces equivocadamente presentados en ciertos aspectos como contrapuestos:

Sócrates: Ven acá, Melito, dime: ¿ha habido nada que te haya preocupado más que el hacer a los jóvenes lo más virtuosos posible?

Melito: Nada, indudablemente.

Sócrates: Pues bien, dí a los jueces cuál será el hombre que mejorará la condición de los jóvenes. Porque no puede dudarse que tú lo sabes, puesto que tanto te preocupa esta idea. En efecto, puesto que has encontrado a quien los corrompe y hasta lo has denunciado ante los jueces, es preciso que digas quién los hará mejores. Habla: veamos quién es.

Lo ves ahora, Melito, tú callas; estás perplejo y no sabes qué responder. ¿Y no te parece esto vergonzoso? ¿No es una prueba cierta de que jamás ha sido objeto de tu cuidado la educación de la juventud? Pero, repito, excelente Melito, ¿quién es el que puede hacer mejores a los jóvenes?

Melito: Las leyes.

Sócrates: Melito, no es eso lo que pregunto. Yo te pregunto quién es el hombre; porque es claro que la primera cosa que este hombre debe saber son las leyes.

Melito: Son, Sócrates, los jueces aquí reunidos.

Sócrates: ¡Como Melito! ¿Estos jueces son capaces de instruir a los jóvenes y hacerlos mejores?

Melito: Todos pueden.

Sócrates: Perfectamente. Por Hera! Nos has dado un buen número de buenos preceptores. Pero pasemos adelante. Estos oyentes que nos escuchan ¿pueden también hacer a los jóvenes mejores o no pueden?

Melito: Pueden.

Sócrates: ¿Y los senadores?

Melito: Los senadores lo mismo.

Sócrates: Pero mi querido Melito, todos los que vienen a las asambleas del pueblo, ¿corrompen igualmente a los jóvenes o son capaces de hacerlos mejores?

Melito: Todos son capaces.

Sócrates: Se sigue de ahí que todos los atenienses pueden hacer a los jóvenes mejores, menos yo; sólo yo los corrompo, ¿no es ésto lo que dices?

Melito: Lo mismo.

Sócrates: Verdaderamente, ¡buena desgracia es la mía! Pero continúa respondiéndome. ¿Te parece que sucederá lo mismo con los caballos? ¿Pueden todos los hombres hacerlos mejores y que solo uno tenga el secreto de echarlos a perder? ¿O es todo lo contrario lo que sucede? ¿Es uno solo o hay un cierto número de pecadores que pueden hacerlos mejores? Y el resto de los hombres ¿si se sirven de ellos no los echan a perder? ¿No sucede esto mismo con todos los animales? Sí, sin duda; ya convengáis en ello Anito y tú o no convengáis. Porque sería

una gran fortuna, y gran ventaja para la juventud, que solo hubiese un hombre capaz de corromperla y que todos los demás la pusiesen en buen camino. Pero tú has probado suficientemente, Melito, que la educación de la juventud no es cosa que te haya quitado el sueño y tus discursos acreditan, claramente, que jamás te has ocupado en lo mismo que motiva tu acusación contra mí.

Por otra parte, te suplico ¡por Zeus! Melito, me respondas a esto. ¿Cuál es mejor, habitar con hombres de bien o habitar con pícaros? Respóndeme, amigo mío; porque mi pregunta no puede ofrecer dificultad. ¿No es cierto que los pícaros causan siempre mal a los que los tratan y que los hombres de bien producen a los mismos un efecto contrario?

Melito: Sin duda.

Sócrates: ¿Hay alguno que prefiera recibir daño de aquellos con quienes trata a recibir utilidad? Respóndeme porque la Ley manda que me respondas. ¿Hay alguno que quiera mas recibir mal que bien?

Melito: No; no hay nadie.

Sócrates: Pero veamos; cuándo me acusas de corromper a la juventud y de hacerla más mala, ¿sostienes que lo hago con conocimiento o sin querer?

Melito: Con conocimiento.

Sócrates: Tú eres joven y yo anciano. ¿Es posible que tu sabiduría supere tanto a la mía que, sabiendo tú que el roce con los malos causa mal y el roce con los buenos causa bien, me supongas tan ignorante que no sepa que si convierto en malos a los que me rodean, me expongo a recibir mal y que, a pesar de esto, insista y persista, queriéndolo y sabiéndolo? En este punto, Melito, yo no te creo ni pienso que haya en el mundo quien pueda creerte. Una de dos: o yo no corrompo a los jóvenes, o, si los corrompo, lo hago sin saberlo y a pesar mío, y de cualquier manera que sea eres un calumniador. Si corrompo a la juventud a pesar mío, la ley no permite citar a nadie ante el

tribunal por faltas involuntarias, sino que lo que quiere es que se llame aparte a los que las cometen, que se les reprenda y que se les instruya; porque es bien seguro que, estando instruido, cesaría de hacer lo que hago a pesar mío. Pero tú, con intención, lejos de verme e instruirme, me arrastras ante este tribunal, donde la ley quiere que se cite a los que merecen ser castigados, pero no a los que solo tienen necesidad de prevenciones. Así, atenienses, he aquí la prueba evidente, como os decía antes, de que Melito jamás ha tenido cuidado de estas cosas, jamás ha pensado en ellas.

Sin embargo, responde aún y dinos cómo corrompo a los jóvenes. ¿Es, según tu denuncia, enseñándoles a no reconocer los dioses que reconoce la patria y enseñándoles, además, a rendir culto, bajo el nombre de demonios, a otras divinidades? ¿No es cierto lo que dices?

Melito: Sí; es lo mismo.

Sócrates: Melito, en nombre de esos mismos dioses de que ahora se trata, explícate de una manera un poco más clara, por mí y por estos jueces, porque no acabo de comprender si me acusas de enseñar que hay muchos dioses (y, en este caso, sí creo que hay dioses, no soy ateo y falta la materia para que sea yo culpable) o si estos dioses son del Estado. ¿Es esto de lo que me acusas? O bien, ¿me acusas de que no admito ningún dios y que enseño a los demás a que no reconozcan ninguno?

Melito: Te acuso de no reconocer a ningún dios.

Sócrates: ¡Oh maravilloso Melito, ¿por qué dices eso? ¡Qué! ¿Yo no creo, como los demás hombres, que el sol y la luna son dioses?

Melito: No, ¡por Zeus! Atenienses, que no lo cree, porque dice que el sol es una piedra y la luna una tierra.

Sócrates: ¿Pero tú acusas a Anaxágoras, mi querido Melito? Desprecias a los jueces, porque los crees harto ignorantes, puesto que te imaginas que no saben que los libros de Anaxágoras de Clazomenes están llenos de aserciones de esta

especie. Por lo demás, ¿qué necesidad tendrían los jóvenes de aprender de mí cosas que podían ir a oír todos los días a la Orquesta, por una dracma a lo más? ¡Magnífica ocasión se les presentaba para burlarse de Sócrates si Sócrates se atribuyese doctrinas que no son suyas y tan extrañas y absurdas, por otra parte! Pero dime, en nombre de Zeus. ¿Pretendes que yo no reconozco ningún dios?

Melito: Sí, ¡por Zeus!, tú no reconoces ninguno.

Sócrates: Dices, Melito, cosas increíbles ni estás tampoco de acuerdo contigo mismo.A mi entender parece, atenienses, que Melito es un insolente, que no ha intentado esta acusación sino para insultarme con toda la audacia de un imberbe, porque justamente solo ha venido aquí para tentarme y proponerme un enigma, diciéndose así mismo:Veamos si Sócrates, este hombre que pasa por tan sabio, reconoce que me burlo y que digo cosas que se contradicen, o si consigo engañar no solo a él, sino a todos los presentes. Efectivamente se contradice en su acusación, porque es como si dijera: Sócrates es culpable en cuanto no reconoce dioses y en cuanto los reconoce. ¿Y no es esto burlarse? Así lo juzgo yo. Seguidme, pues, atenienses, os lo suplico y, como os dije al principio, no os irritéis contra mí si os hablo a mi manera ordinaria.

Respondedme, Melito. ¿Hay alguno en el mundo que crea que hay cosas humanas y que no hay hombres? Jueces, mandad que responda y que no haga tanto ruido. ¿Hay quien crea que hay reglas para enseñar a los caballos y que no hay caballos? ¿Que hay tocadores de flauta y que no hay aires de flauta? No hay nadie, excelente Melito.Yo responderé por tí si no quieres responder. Pero dime: ¿hay alguno que crea en cosas propias de los demonios y que, sin embargo, crea que no hay demonios?

Melito: No, sin duda.

Sócrates: ¡Qué trabajo ha costado arrancarte esta confesión! Al cabo respondes, pero es preciso que los jueces te fuercen a ello. ¿Dices que reconozco y enseño cosas propias de los de-

monios? Ya sean viejas o nuevas, siempre es cierto, por tu voto propio, que yo creo en cosas tocantes a los demonios y así lo has jurado en tu acusación. Si creo en cosas demoníacas, necesariamente creo en los demonios; ¿no es así? Sí, sin duda; porque tomo tu silencio por un consentimiento. Y estos demonios ¿no estamos convencidos de que son dioses o hijos de dioses? ¿Es así, sí o no?

Melito: Sí.

Sócrates: Por consiguiente, puesto que yo creo en los demonios, según tu misma confesión, y que los demonios son dioses, he aquí la prueba de lo que yo decía, de que tú nos proponías para divertirte a mis expensas, diciendo que no creo en los dioses y que, sin embargo, creo en los dioses, puesto que creo en los demonios. Y si los demonios son hijos de los dioses, hijos bastardos si se quiere, puesto que se dice que han sido habidos de las ninfas o de otros seres mortales, ¿quién es el hombre que pueda creer que hay hijos de dioses y que no hay dioses? Esto es tan absurdo como creer que hay mulos nacidos de caballos y asnos y que no hay caballos ni asnos. Así, Melito, no puede menos de que hayas intentado esta acusación contra mí, por solo probarme y, a falta de pretexto legítimo, por arrastrarme ante el tribunal; porque a nadie que tenga sentido común puedes persuadir jamás de que el hombre que cree que hay cosas concernientes a los dioses pueda creer, sin embargo, que no hay demonios, ni dioses, ni héroes; esto es absolutamente imposible. Pero no tengo necesidad de extenderme más en mi defensa, atenienses, y lo que acabo de decir basta para hacer ver que no soy culpable y que la acusación de Melito carece de fundamento.[49]

Quien quiera comprender profundamente la esencia del contrainterrogatorio y el porqué se dice que es "el mejor método para descubrir la verdad" deberá reflexionar sobre el método socrático.

49 Platón. *Diálogos*. Estudio Preliminar de Francisco Larroyo, Ed. Porrúa, 25ª edición, México, 1998, pp. 6-9.

4. Contrainterrogatorio, ética y verdad

La percepción judicial y cultural del contrainterrogatorio como instrumento deformador de la verdad debe ser abandonada por nuestra cultura jurídica y social. La existencia de *contrainterrogadores* inescrupulosos no es atribuible al *contrainterrogatorio*.

En primer lugar, como ya se anotaba, una es la *verdad procesal* y otra la *verdad real*; el proceso judicial de estirpe cognoscitivista, asentado en el garantismo, se orienta al hallazgo de una verdad procesal empírica, pública e intersubjetivamente controlable.

En segundo lugar, la técnica del contrainterrogatorio, como las demás técnicas de litigación, no se contradice con la "búsqueda de la verdad" como finalidad del proceso. Todo lo contrario: *es necesaria para encontrarla*. Al respecto Bergman enseña:

> Algunos comentaristas pueden sugerir que las técnicas adversativas oscurecen todavía más la realidad. Por ejemplo, puede afirmarse que cuando uno selecciona los hechos que los testigos describirán en el interrogatorio directo, y utiliza las preguntas orientadoras* para controlar el testimonio en las repreguntas, engaña al juez acerca de lo que sucedió realmente. Sin embargo, es más probable que suceda exactamente lo contrario. Como la realidad objetiva es indemostrable, **uno debe basarse en dichas técnicas para ayudar a un juzgador a comprender como sucedieron los hechos. Tales técnicas permiten que el juzgador relacione la taquigrafía verbal con los hechos del mundo real.** Así, si bien nadie puede afirmar que los juicios inevitablemente aportan exactitud, no hay conflicto entre el uso que uno hace de las técnicas persuasivas y el juicio como búsqueda de la verdad.[50] (s.n.)

* La expresión "preguntas orientadoras" se asimila a nuestro tradicional concepto de *preguntas sugestivas*. (N. del A)

50 Bergman, op. cit., p. 18, subrayas propias.

En el mismo sentido, Hegland señala:

> ... sería un error llegar a la conclusión de que la profesión de abogado existe para lograr que una mala causa tenga mejor aspecto. **Las maniobras de los abogados, aunque pueden usárselas para deformar la verdad, son necesarias para protegerla.** Los testigos son los que encabezan el coro y los hechos no son lo que aparentan ser.[51] (s.n.)

Ciertamente es *posible* que el abogado recurra al contrainterrogatorio (o a cualquier otro instrumento procesal) para ejercitar una "maniobra" que no presente un panorama completo de la verdad, cuando, por ejemplo, expone solamente la "verdad" de la parte a quien representa. Y puede suceder que la parte contraria, o el juzgador, no exponga el panorama completo de los hechos. Pero repárese que en esos casos *la falla radica en el sistema judicial*, no en el contrainterrogatorio. El autor en cita añade con acierto:

> Quienes desean eludir responsabilidades postulan la existencia de manos invisibles que arreglan todo después de que ellos pasaron. Pero el sistema del adversario** no siempre corrige sus propios defectos. *La maniobra funciona únicamente si ese sistema falla*.[52]

El sistema judicial cuenta con los mecanismos para neutralizar la maniobra. Por ejemplo, supóngase que el abogado que contrainterroga sigue una de las reglas básicas del contrainterrogatorio y evita preguntar "por qué" al testigo adverso, limitándose a formularle preguntas sugestivas que presentan los hechos de una manera favorable a sus intereses.

En este caso, el sistema falla si la contraparte no formula el "por qué" al testigo en el curso del interrogatorio re-directo, si es que no lo hizo antes durante el interrogatorio directo, como es de esperarse.[53]

51 Hegland, op. cit., p. 110.
** El "sistema del adversario" (*adversary system* o *adversary process*) equivale a lo que en nuestro medio se conoce como sistema o procedimiento acusatorio. (N. del A).
52 Hegland, op. cit., p. 110, resaltado en el texto original.
53 El examen completo del testigo en el sistema acusatorio puede contener estos pasos: *Interrogatorio* (formulado por quien solicitó la prueba), *contrainterrogatorio* (formulado por la parte contraria), *interrogatorio re-directo* (formulado nuevamente por quien pre-

De la misma forma, las *objeciones* son una adecuada protección contra una posible deformación de los hechos por parte de quien pregunta y de quien responde al interrogatorio o al contrainterrogatorio. Si quien tiene el deber de hacer uso de estas salvaguardias no lo hiciere –incluido el juzgador- el sistema falla y la "maniobra" triunfa.[54]

De nuevo, dígase que el sistema judicial contiene numerosos mecanismos para neutralizar una "maliciosa presentación de los hechos" por parte de quien contrainterroga; es más: paradójicamente el contrainterrogatorio es un mecanismo para neutralizar una maliciosa presentación de los hechos por parte de quien presenta la prueba a través del interrogatorio, por ejemplo, cuando éste omite preguntar al testigo por hechos que perjudican su caso, pero que son relevantes para que el juzgador calibre la credibilidad o las bases del conocimiento del testigo.

Se replicará que lo mejor es, entonces, que del interrogatorio se ocupe un *tercero imparcial* (el juez) quien deberá preguntar "por la totalidad de las circunstancias", evitando así que las partes -interesadas- presenten en sus preguntas sólo los segmentos de los hechos que les convienen.[55]

Este argumento se cimienta en una grave desconfianza hacia las partes y en una confianza absoluta –e irreal- hacia el juez. Se fundamenta en una concepción paternalista del Estado, conforme a la

sentó la prueba, sobre aspectos abordados en el contrainterrogatorio) y *re-contrainterrogatorio* (formulado por quien presentó el contrainterrogatorio sobre aspectos abordados en el re-directo).

54 Muchas de las críticas al contrainterrogatorio, fundamentalmente por parte de juristas de Europa continental, parten de un errado entendimiento del rol del juez en el sistema acusatorio: enteramente pasivo e inhabilitado para controlar al contrainterrogador, quien "toma posesión" del testigo a su antojo para satisfacer sus intereses. Así, por ejemplo, para Florian "el contrainterrogatorio surge del conjunto de criterios que son propios de la organización procesal acusatoria, **en la cual el juez permanece inactivo**, **como que no tiene sino una función puramente directiva**, mientras las partes actúan solas y por si mismas en la aprehensión o adquisición de la prueba, según el estímulo de su respectivo interés o en la medida que este le señale." (Florian, op. cit., p. 265, s.n.). Cómo se verás más adelante, este enfoque es alejado de la realidad en la medida en que, entre otras cosas, desconoce el papel de las *objeciones* en la práctica de la prueba testimonial en el sistema acusatorio (véase *El Derecho Fundamental al Contrainterrogatorio*, Num. 3.6. Es un 'derecho – deber').

55 Así, Florian: "… es claro que le método del examen cruzado … no corresponde a la imperiosa exigencia de buscar en el proceso la verdad histórica y real, puesto que las partes … obedecen a puntos de vista unilaterales, como son los que suministran el interés de la acusación y el interés de la defensa. … para que los testigos digan en lo posible la verdad, es necesario que su examen se verifique mediante la intervención de una autoridad superior a las partes, autoridad que ha de orientarlos y controlarlos." (*De las Pruebas Penales*, Vol. I, p. 265.)

cual lo mejor es que el Juez "se encargue de todo", porque quizá las partes no lo hagan o lo hagan mal. Ese es precisamente el enfoque que adoptó nuestro sistema judicial desde sus inicios, y la pregunta que cabe formularse es ésta: ¿acaso ese esquema de examen de testigos logró históricamente el propósito de una buena práctica del testimonio?, ¿acaso nuestra práctica forense no enseña que los funcionarios judiciales, por diversas causas, omiten preguntar al testigo "la totalidad de las circunstancias?"

Bentham advirtió hace ya mucho tiempo acerca de los defectos del sistema romano que, desconfiando de las partes, no les permitía interrogar a los testigos encomendando esa función exclusivamente al juez:

> *1. Era defectuoso respecto al celo derivado del interés:* es evidente que el del juez, en términos generales, no puede ser el mismo que el de las partes.
>
> *2. Era defectuoso respecto a los conocimientos positivos pertenecientes a cada causa individual:* cabe presumir que las partes que hacen de ella el objeto principal de su preocupación tienen, en general, superioridad sobre el juez.
>
> Tal es el estado de cosas, suponiendo que los magistrados tienen la más absoluta probidad; pero si tienen parcialidad en la causa, el derecho exclusivo de interrogación les proporcionará un medio extraordinario para favorecer a una de las partes a expensas de la otra.[56]

Por otra parte, y en el mismo orden de ideas, es preciso estar en guardia contra posibles degeneraciones del contrainterrogatorio, tal y como lo demuestra el estudio de la experiencia norteamericana. Sobre este tópico M. Taruffo enseña que la implementación absoluta de la contradicción en el proceso se vuelve en contra de su propia finalidad, degenerando en abuso perjudicial:

> Es el caso de las degeneraciones de la *cross examination* norteamericana, que parte como un instrumento para la búsque-

56 Bentham, op. cit., p. 93, resaltado en el texto original.

> da de la verdad mediante la contradicción y acaba a menudo siendo una oportunidad para un enfrentamiento que no está orientado en absoluto hacia la determinación de la verdad.[57]

Las técnicas adversativas fundamentales en materia de testigos (interrogatorio, contrainterrogatorio y objeciones) se complementan mutuamente para lograr el propósito único del proceso, que no es otro que descubrir cuales son los hechos más exactamente ajustados a la realidad.

A lo largo de este libro se expondrán una serie de técnicas y reglas aplicables al contrainterrogatorio de los testigos adversos. Esas técnicas pueden ser bien o mal utilizadas, pueden ayudar a descubrir la verdad o a deformarla, pero, en todo caso esas técnicas son **necesarias** en la dialéctica del proceso judicial. Por eso se ha escrito con razón:

> Los recursos del abogado ("nunca pregunte 'por qué' en el curso de la repregunta","No permita que el testigo explique", "No formule una pregunta a menos que conozca la respuesta") son necesarios en un mundo en que los testigos a menudo son jefes del coro y en el que los hechos pueden ser fabricados, manipulados o desechados mediante explicaciones. Estos mismos recursos pueden usarse para deformar la verdad. En su condición de litigante, tenga consciencia de la tentación de traspasar el límite, de convertirse en parte del problema. Cuando aparece la tentación, rechácela.[58]

57 Taruffo, op. cit., p. 431.
58 Hegland, op. cit., p. 112.

II
El Contrainterrogatorio en la Tradición Jurídica Colombiana

1. La doctrina probatoria, la práctica forense y la tradición jurídica

La doctrina probatoria de origen europeo-continental adscrita al derecho romano-germánico (*civil law*), de la cual se han nutrido nuestra cultura jurídica y la práctica forense, tradicionalmente ha enfocado el estudio del testimonio desde el punto de vista de su *valoración* por parte del *funcionario judicial*, dejando de lado el desarrollo teórico-práctico del examen del testigo por las partes en litigio y, especialmente, omitiendo cualquier estudio o desarrollo sobre el contrainterrogatorio.[59]

Repitiendo exactamente el anterior esquema teórico, las obras colombianas sobre pruebas que han estudiado el testimonio *tradicional y sistemáticamente han dejado de lado el análisis del contrainterrogatorio*.[60] Incluso las "técnicas de interrogatorio",

59 Ese es el enfoque básico que se aprecia en las obras sobre pruebas que han influido profundamente nuestra tradición jurídica, como las de Francois Gorphe (*Apreciación Judicial de las Pruebas* y *La Crítica del Testimonio*), Nicola Framarino Dei Malatesta (*Lógica de las Pruebas en Materia Criminal*), Pietro Ellero (*De la Certidumbre en los Juicios Criminales o Tratado de la Prueba en Materia Penal*), Eugenio Florian (*De las Pruebas Penales*) y Mittermaier (*Tratado de la Prueba en Materia Criminal)*, entre otras.

60 Véase, entre otros: Concha, José Vicente, *Elementos de Pruebas Judiciales*, Librería Americana, Quinta edición revisada, Bogotá, 1.929; Alzate Noreña, Luis, *Pruebas Judiciales,* Editorial ABC, Bogotá, 1.944; Rocha, Antonio, *De la Prueba en Derecho*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1949; Isaza Cardozo, Jorge, *Manual de las Pruebas Judiciales*, Editorial ABC, Primera edi-

excepcionalmente abordadas por la doctrina probatoria y la psicología judicial, son del todo insuficientes e inadecuadas para asimilar y explicar la técnica del contrainterrogatorio.[61]

La doctrina más reconocida rechaza expresamente en nuestro medio la aplicabilidad del contrainterrogatorio a partir de la imposibilidad de formular preguntas sugestivas[62]; otros autores cuestionan la existencia misma del contrainterrogatorio en nuestro sistema de justicia[63]; y otros, reconociendo de paso las bondades del contrainterrogatorio, omiten un análisis independiente de la garantía, su técnica de formulación en concreto y la forma como se relaciona con la prueba testimonial.[64]

De otro lado, las obras sobre práctica forense escritas en nuestro medio usualmente adoptan invariablemente alguno de estos enfoques, todos ellos ajenos al contrainterrogatorio: presentan alegatos de conclusión elaborados por célebres litigantes en procesos judiciales de importancia[65]; exponen modelos o

ción, Bogotá, 1969; Devis Echandía, Hernando, *Teoría General de la Prueba Judicial*, Buenos Aires, 3ª Edición, 1974, Tomos I y II; Rodríguez R. Gustavo Humberto, *Pruebas Penales Colombianas*, Tomo II, Temis, Bogotá, 1970; Peláez Vargas, Gustavo, *Manual de Pruebas Penales*, Colección Jurídica Bedout, Primera edición, Medellín, 1.975; Olano V., Carlos Alberto, *Tratado Técnico Jurídico sobre Accidentes de Circulación y Materias Afines*, Editorial Andes, Bogotá, 1975, el Capítulo IV, de la Sección Segunda (Técnica investigativa), desarrolla el tema de "La Prueba Testimonial" en este tipo de delitos (p. 361-367); Rodríguez, Orlando Alfonso, *El Testimonio Penal y sus Errores*, Temis, Bogotá, 1985; Ortiz Rodríguez, Alfonso, *Lecciones de Derecho Probatorio Penal. Análisis de las Pruebas en el Nuevo Código de Procedimiento Penal*, Impresos Baena Garcés, 1ª edición, Medellín, 1987; Parra Quijano, Jairo, *Tratado de la Prueba Judicial. El Testimonio*, Librería del Profesional, 5ª Edición, Bogotá, Vol. I, 1996; Escobar López, Edgar, *Temas de Derecho Probatorio Penal*, Leyer, Bogotá, 1.999.

61 Véase entre otros, Quintero Ospina, Tiberio, *Práctica Forense Penal. Pruebas*, Librería Jurídica Wilches, Vol. II, Bogotá, 1982, refiriéndose al "método zizagueante" y enfocando la técnica de interrogatorio al examen de sospechosos por la policía judicial; Rodríguez, Orlando Alfonso, *El Testimonio Penal y sus Errores*, Temis, Bogotá, 1985, p. 134, quien se refiere al "métodos lineal", "circular" y "cíclico", enfocando el análisis al interrogatorio inquisitivo a cargo del juez, Mira y López, Emilio, *Manual de Psicología Jurídica*, El Ateneo, Buenos Aires, 1961, p. 124 y ss.., quien aportando a la perspectiva del funcionario judicial se refiere al "método centrífugo" y al "método centrípeto" dentro de los "medios para obtener la máxima sinceridad posible en las respuestas".

62 Así, entre otros, Parra Quijano, op. cit., pp. 239-240, quien a partir de la prohibición legislativa de preguntas sugestivas rechaza la posibilidad de aplicar en nuestro medio el interrogatorio-cruzado propio del sistema angloamericano.

63 Así, Galeano Rey y Bernate Ochoa, *Técnicas Penales del Juicio*, Edición textos de jurisprudencia, Universidad El Rosario, Bogotá, 1ª edición, 2002, p. 166-167, quienes señalaban antes de la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2.004: "Antes de comenzar a analizar la figura del contrainterrogatorio, vale la pena cuestionarnos su existencia dentro del ordenamiento jurídico colombiano".

64 Véase, entre otros, Rocha, op. cit., p. 138; Devis Echandía, op. cit., Vol. II, pp. 240 y 241; aportando más elementos, en materia penal véase Gómez Jiménez, John Jairo, *Las Pruebas en el Nuevo Código de Procedimiento Penal*, Librería Jurídica Sánchez, Medellín, 2001, pp. 93-95; en similar sentido Suárez Sánchez, Alberto, *El Debido Proceso Penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pp. 291-294.

65 Esta forma de exponer nuestra práctica forense penal está claramente influenciada por la práctica forense europea-continental, con su célebre oratoria forense, especialmente italiana.

minutas de memoriales y/o actuaciones judiciales a los distintos procedimientos judiciales[66]; o relatan casos actuados por abogados litigantes en representación de sus clientes, bien sea transcribiendo los respectivos memoriales con sus respuestas por parte de los funcionarios judiciales, o relatando anecdóticamente las incidencias del proceso judicial en primera persona, o bien exponiendo reflexiones sobre temas de importancia en la práctica forense.[67]

Incluso los textos publicados con ocasión de la discusión e implementación de la reforma al sistema acusatorio en Colombia (Ley 906 de 2.004) abordan el contrainterrogatorio de forma tangencial[68] o lo omiten.[69]

Así, por ejemplo, entre otras: *Oraciones Forenses Colombianas*, Autores varios, Editorial Temis, Bogotá, 1.971; Gaitán, Jorge Eliécer, *Defensas Penales*, Temis, Bogotá, 1976; Londoño Jiménez, Hernando, *El Homicidio Ante Jurado*, Editorial Temis, 1976; Olano Valderrama, Carlos Augusto, *Audiencias Célebres de Todos los Tiempos*, Imprenta de las Fuerzas Militares, 1ª edición, Vol. I, Bogotá, 1.977. De hecho estos textos siguen el modelo expuesto en la obra de Ferri, Enrico, *Defensas Penales*, traducción de Jorge Guerrero, Temis, 2ª edición, Bogotá, 1.969.

66 Este formato de exposición es el esquema típico, aun cuando no exclusivo, de la práctica forense no penal, es decir, civil, administrativa y laboral. Véanse entre otros: Núñez Cantillo, Adolfo, *Práctica Forense Usual*, Librería del Profesional, Bogotá, 1981; Valencia Correa, Alonso, *Práctica Forense*, Editorial Universidad del Cauca, 1950, la décima edición es de editorial Temis, Bogotá, 1983, véase el Título I sobre modelos de declaraciones testificales; Forero Bautista, José M., *Práctica Forense Penal*, Ediciones Jurídica Colombiana, Bogota, 1992, con modelos de declaraciones en las páginas 212 y ss..; Guzmán Díaz, Carlos A., *Procedimiento Penal Aplicado*, Temis, 8ª edición, Bogotá, 1.984, con modelo de declaración de testigo en las pp. 279-280; Cabrera Polanco, Omar y Cabrera Zuleta, Luz Helena, *Procedimiento Penal Aplicado (defiéndase usted mismo)*, Leyer, Primera edición, Bogotá, 1995, con un modelo general de declaración en la p. 295; Yaya Martínez, Carlos, *Práctica Forense Administrativa*, Editorial Legis, Primera edición, Bogotá, 2002, con modelos de demandas, contestación a demandas, autos, resoluciones, sentencias y actas de diligencias judiciales; Solano Sierra, Jairo Enrique, *Práctica Forense Administrativa*, Librería del Profesional, Quinta edición, Bogotá, 1996, con minutas y modelos, sin referencia al testimonio; Rivera Martínez, Alfonso, *Práctica Forense Civil*, Leyer, Bogotá, Primera edición, 1994, pp. 250 y ss.., con modelos de solicitud de declaración; Escudero Alzate, Maria Cristina; Ruiz Salazar, José Armando; Rivera Martínez, Alfonso; Leal Pérez, Hildebrando; Isaza Cadavid, Germán; Gómez Sierra Francisco; Arboleda Vallejo, Mario, *Práctica General del Derecho*, 17ª edición, Leyer, Bogotá, 2005, con modelos, minutas, actas y notas explicativas.

67 Este esquema es propio de las obras sobre práctica forense penal. Véase: Pérez, Luis Carlos, *La práctica Jurídico Penal. Estudios sobre casos concretos*, Ediciones Universidad Libre. Colección Benjamín Herrera – Volumen 4º, Bogotá, 1964, contiene alegatos y recursos presentados por el autor en algunos casos a su cargo; Londoño Jiménez, Hernando, *Confesiones de un Penalista. Ensayos sobre Práctica Forense Penal*, Temis, Bogotá, 1.979, con reflexiones personales sobre la práctica personal del autor; Escobar M., J. Guillermo, Conceptos Fiscales por los que Nacen Procesados, Temis, Bogotá, 1985; Salazar Pineda, Gustavo, *Guía Forense para Fiscales y Litigantes. Manual de Práctica Forense Penal*, Editora Jurídica de Colombia Ltda., Primera edición con presentación de memoriales, recursos y respuestas a los mismos, así como reflexiones y anécdotas sobre casos del autor.

68 Así, Ramírez Bastidas, Yesid, *El Juicio Oral en Colombia*, Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2001, pp. 260-262, existe segunda edición de Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 2.004; Galeano Rey y Bernate Ochoa, *Técnicas Penales del Juicio*, 2.002, op. cit., pp. 166-167; quizá el tratamiento más completo del contrainterrogatorio lo aborde la obra *Sistemas Procesales y Oralidad Procesal (Teoría y Práctica)*, César Augusto Reyes Medina, César Augusto Solanilla Chavarro y Carlos Roberto Solórzano Garavito, Ediciones Nueva Jurídica, Primera edición, Bogotá, 2003, quienes dedican el capítulo VIII a desarrollar el contrainterrogatorio (páginas 159-179);

Finalmente, las obras nacionales sobre psicología judicial desarrollan fenómenos que inciden directamente en el testimonio, como la perceptibilidad, las facultades psíquicas y sus alteraciones, la sensación, la atención, el pensamiento, la inteligencia, la memoria, la afectividad, los instintos, la voluntad, la personalidad, el carácter, la expresión, la orientación y la consciencia, entre otros.[70] Pero, como es de esperarse, pues no es ese el campo de acción de esta ciencia, no exponen la técnica del interrogatorio judicial y mucho menos las incidencias de estos fenómenos psicológicos en la práctica del contrainterrogatorio por los litigantes.

Las obras extranjeras sobre sicologia sobre psicología judicial que más influjo han tenido en nuestra práctica forense, abordan la práctica del interrogatorio desde la perspectiva psicológica, pero una vez más asumiendo el enfoque del funcionario judicial y dejando de lado el estudio del contrainterrogatorio.[71]

Del panorama acabado se concluye que el contrainterrogatorio resulta olvidado por los tres grandes focos doctrinarios que de alguna manera deberían estudiarlo: la prueba testimonial, la práctica forense y la psicología judicial.

Como círculos tangenciales, estos tres campos del saber, con sus respectivos objetos de indagación bien definidos, deberían confluir a aportar y enriquecer al estudio del contrainterrogatorio.

Por eso, es usual que las obras que abordan la prueba testimonial en nuestro medio repitan el siguiente patrón teórico:

Camargo, Pedro Pablo, *Manual de Enjuiciamiento Penal Colombiano. Sistema Acusatorio y Juicio Oral y Público*, Ed. Leyer, Bogotá, 2004; Arciniegas Martínez, G. Augusto, *Investigación y Juzgamiento en el Sistema Acusatorio*, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2.005, pp. 204-207; Fierro-Mendez, Heliodoro, *Manual de Derecho Procesal Penal. Sistema Acusatorio y Juicio Oral*, Leyer, 3ª edición, Bogotá, 2005, pp. 883-885.

69 Véase Jiménez Vargas, Nancy y Vargas Jiménez, Pedro Pablo, *215 Preguntas Claves sobre el Sistema Penal Acusatorio. Críticas al proyecto de procedimiento penal*, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 2.004; Osorio Isaza, Luis Camilo y Morales Marín, Gustavo, *Proceso Penal Acusatorio. Ensayos y Actas*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2.004; Vanegas González, David, *Estructura del Proceso Penal. La Investigación y el Juzgamiento en los Delitos en el Proyecto de Código de Procedimiento Penal*, Dike, 3ª edición, Bogotá, 2004.

70 Así, entre otros, Romero Soto, Julio, *Psicología Judicial y Psiquiatría Forense*, Editorial Presencia, Bogotá, 1973; Hoyos Botero, Consuelo, *Manual de Psicología Jurídica*, Señal Editora, Primera edición, Medellín, 1999.

71 Así, Altavilla, Enrico, *Sicología Judicial*, Temis, Bogotá, 1975, especialmente Capítulo XII del Vol. I y Capítulo I A) del Vol. II; Mira y López, Emilio, *Manual de Psicología Jurídica*, 5ª Edición, Librería El Ateneo, Buenos Aires, 1961, p. 126 y ss.., exponiendo el método *centrípeto* y *centrífugo* de interrogación. Incluso de estas obras se deduce la improcedencia del contrainterrogatorio, en cuanto se muestran contrarias a la utilización de preguntas sugestivas en el examen de los testigos, siendo ese, precisamente, el formato típico de interrogación en el contrainterrogatorio.

- Enfocar el análisis de la prueba testifical desde el punto de vista de *la valoración de la prueba* por el Juzgador al momento de emitir la decisión correspondiente, no desde el punto de vista de *la práctica de la prueba* por las partes involucradas en el litigio.

- Mencionar el *interrogatorio* sin aludir al *contrainterrogatorio*.

- *No diferenciar* el interrogatorio del contrainterrogatorio.

Estas características de la doctrina probatoria en materia testimonial tienen una explicación profunda en nuestras tradiciones jurídicas, las cuales no han sido revisadas a pesar de que la práctica forense demuestra un manifiesto anacronismo e inefectividad en cuanto a la controversia de testigos adversos mediante contrainterrogatorio.

Mención especial amerita en nuestra doctrina probatoria la obra *Técnica Jurídica de Investigación e Interrogatorio*, escrita por el profesor Julio Romero Soto y Rocío Romero Álvarez, única en el medio en cuanto al tratamiento del contrainterrogatorio se refiere.[72]

En efecto, la obra de Romero Soto y Romero Álvarez es de una importancia mayúscula para la doctrina probatoria nacional. Es quizá la única obra sobre prueba testimonial que enfoca a profundidad la prueba testifical *desde la perspectiva de su práctica por las partes enfrentadas en litigio*. En este sentido la obra -cuya primera edición data de 1.989- resulta novedosa en cuanto rompe con la tradicional manera de abordar el estudio de la prueba testimonial en nuestro medio.

Sin embargo, en cuanto al contrainterrogatorio, el estudio de la obra de Romero Soto y Romero Álvarez merece las siguientes observaciones:

72 Este texto fué publicado por Ediciones Librería del Profesional, Bogotá. En este libro se citarán las ediciones de 1.989 (primera) y 2.003 (tercera). La diferencia entre estas dos ediciones no es sustancial. La edición de 2.003 sistematiza y numera debidamente los capítulos tratados en la obra de 1.989, lo cual hace más comprensible el texto. Además la edición de 2.003 incluye en el texto apartes de la obra de Charles W. Fricke sobre "Investigación Criminal" (*criminal investigation*), traducida del inglés por el propio profesor Romero Soto y publicado por Ediciones Librería del Profesional, (Bogotá, 1993).

a) Se refiere exclusivamente al derecho penal, lo cual puede llevar a la errónea conclusión de que las técnicas del litigio oral solamente son aplicables a esta área del derecho.

b) Se refiere a conceptos del derecho norteamericano sin indicar la pertinencia de su aplicabilidad al sistema judicial colombiano, vigente para la época en que se escribió el texto. En este sentido algunos aspectos de la obra se aprecian descontextualizados, como se demuestra con los siguientes ejemplos tomados de la edición de 1.989:

El uso del concepto "felonía"[73]; el "convenio del testigo con el investigador"[74]; el "convenio sobre la confesión de la culpabilidad"[75]; el "impedimento u obstáculo"[76]; la "declaración de apertura"[77]; la referencia al "sistema contrario"[78]; el concepto de "custodia del sindicado"[79]; el "reporter" del Juzgado en el marco de "hacer leer la pregunta y la respuesta"[80], entre otros.

c) Por último, la importante obra en cita, no obstante la relevancia y novedad que se resalta, incurre en la tradicional *indiferenciación entre interrogatorio y contrainterrogatorio* común a nuestras obras sobre prueba testimonial, como se aprecia en estos pasajes tomados de la obra de 1.989:

> El que lleva a cabo un **examen directo** hará preguntas a un testigo amigo quien desea en muchos casos se le preste una ayuda para estimular sus recuerdos; **quien lleva cabo un inte-**

73 Página 433. En el derecho americano la *felony* es un delito mayor o grave, aun cuando recientemente se le denomina *indictable offences*; en cambio la *misdemeanour* es una falta o delito menor.
74 Página 440. En el derecho penal colombiano vigente hasta 1.989 era completamente extraña la figura del "convenio" del testigo con el investigador.
75 Página 456. Vale la misma consideración acabada de anotar sobre el convenio del testigo con el investigador.
76 Página 449. El concepto de "impedimento" es una traducción literal del término *impeachment*, que equivale a la recusación o tacha del testigo mediante el contrainterrogatorio.
77 Página 37. Hasta cuando se desarrollo el sistema acusatorio elevado a canon constitucional en el año 2.003, el alegato de apertura nunca existió en el sistema procesal penal colombiano.
78 Página 19. El "sistema contrario" es una traducción literal del término ingles *adversary procedure* que equivale al concepto de *sistema* o *procedimiento acusatorio* (o *adversarial*), inexistente en Colombia como tal hasta la reforma constitucional del año 2.003.
79 Página 488. En el derecho americano estar "bajo custodia" (*in custody*) equivale normalmente a encontrarse encarcelado, a disposición de autoridad judicial; se trata de un término bastante flexible que también se aplica al procesado en libertad provisional bajo fianza (*on bail*) o a los condenados en libertad condicional (*on probation, on parole*).
80 Página 481. En el derecho inglés el *reporter* es el taquígrafo de la Corte y el producto de su trabajo es el acta donde consta lo ocurrido en la diligencia.

> **rrogatorio** se ve con frecuencia enfrentado a un testigo hostil que busca obstaculizarlo a cada momento.[81] (s.n.)

Nótese que cuando se menciona el "interrogatorio" se está aludiendo en realidad al *contrainterrogatorio*, pues ya los autores hicieron referencia al "examen directo", definiéndolo como las *preguntas que se hacen al testigo amigo que desea se le estimulen sus recuerdos*, lo que equivale realmente a la diligencia de *interrogatorio*. No tendría sentido aludir dos veces a un mismo concepto ("interrogatorio" y "examen directo") para explicar dos ideas completamente diferentes.

Y en la página 464 de la misma obra es aun más evidente la referida indiferenciación conceptual, cuando se señalan los peligros del "interrogatorio":

> Un **interrogatorio** puede permitir al testigo de la contraparte repetir su **testimonio directo**.
>
> Un **interrogatorio** puede permitirle al testigo de la contraparte reparar las fallas en que hubiere incurrido en su **testimonio directo**.
>
> Un interrogatorio puede permitirle al testigo de la contraparte poner de presente una evidencia inadmisible como respuesta a una deshilvanada pregunta
>
> Un **interrogatorio** puede permitirle al testigo de la contraparte el explicar con posterioridad fallas, inconsistencias o improbabilidades que incurriera e su **testimonio directo anterior**. (s.n.)

Es evidente que al hablar del "interrogatorio" en realidad se está haciendo referencia al *contrainterrogatorio*.[82]

Pero dejando de lado este caso insular y excepcional, la doctrina probatoria nacional siempre ha tratado la prueba testifical aludiendo al "interrogatorio de los testigos", comprendiendo en esa

81 Página 450, el resaltado es propio.
82 Por eso, cuando en éste libro se cite la obra de Romero Soto y Romero Álvarez se aludirá al "*contrainterrogatorio*", cuando sea ese el sentido del término "*interrogatorio*" utilizado en dicha obra.

noción tanto el *interrogatorio* propiamente dicho, o *examen directo*, como el *contrainterrogatorio*. Este enfoque, a su vez, es herencia de la tradición jurídica europea-continental y de la cultura procesal inquisitiva en las que la figura del contrainterrogatorio propiamente dicha es extraña o inexistente, como quiera que se delega en el Juez la facultad principal y protagónica de interrogar al testigo. En un esquema así el contrainterrogatorio pierde naturalmente importancia, toda vez que no se asume como un instrumento al servicio de las partes en litigio para controvertir directamente la prueba testifical adversa.

En cambio, en un sistema procesal acusatorio, o con esa tendencia, el contrainterrogatorio no se concibe como un instrumento diseñado para ser ejecutado por el funcionario judicial que tiene en sus manos arbitrar o decidir la causa, pues de él se supone la *imparcialidad* frente a los hechos y argumentos propuestos por las partes en conflicto.

Y es que una posición activa del funcionario judicial frente al contrainterrogatorio lo llevaría a asumir una determinada posición frente a los hechos objeto de juzgamiento, con evidente parcialidad frente a las partes por el compromiso que, necesariamente termina asumiendo con una determinada verdad procesal, materializada en las preguntas que componen *su* contrainterrogatorio.

En la tendencia procesal inquisitiva la función de las partes al momento de la práctica de la prueba testimonial es más bien accesoria y subsidiaria a la principal que se concentra en el funcionario judicial.

La imagen que se percibe al respecto en la tradición legislativa y en la práctica forense colombiana es que a las partes se les entrega "lo que queda del testigo", una vez el funcionario judicial le ha extraído toda la información *que él considera relevante* y pertinente sobre los hechos del caso. El orden del interrogatorio según nuestra Ley procesal es en este sentido revelador: *primero interroga el Juez*, solo luego se le concede la palabra a las partes.[83]

83 Código de Procedimiento Civil, art. 228, Mod. Ley 794 de 2.003, art. 23. "Práctica del interrogatorio. La recepción del testimonio se sujetará a las siguientes reglas:

Así las cosas, todo nuestro sistema de justicia se estructura finalmente, en materia de prueba de testigos, sobre la base de la desconfianza implícita hacia la parcialidad de las partes y la correlativa confianza absoluta hacia la imparcialidad del funcionario judicial.

Es por eso que nuestra doctrina tradicionalmente ha sostenido que

> … la participación de las partes en el interrogatorio es secundaria; más aún, creemos que subsidiaria, por cuanto que, como se ha dicho, las preguntas provenientes de las partes, las más de las veces, no son imparciales; por el contrario, están encaminadas a la satisfacción de sus personales intereses. Es al juez, por naturaleza imparcial, a quien corresponde morigerar esa situación.[84]

De hecho, en la práctica forense colombiana del siglo XIX y principios del XX las partes **no podían interrogar directamente a los testigos**, tal y como se desprende de éste fragmento del clásico *Elementos de Pruebas Judiciales* de José Vicente Concha:

> Sólo el que preside a los jurados y el agente del Ministerio Público, tienen facultad de interrogar directamente a los testigos; **las demás partes no pueden hacerlo sino por medio del presidente**.[85] (s.n.)

Todo esto resulta en un *paternalismo judicial* y una aprehensión hacia las partes a la hora de examinar los testigos, lo cual trae funestas consecuencias para una buena práctica del testimonio y, fundamentalmente, del contrainterrogatorio.

1. El juez interrogará al testigo (...)
4. A continuación del juez, las partes podrán interrogar al testigo, comenzando por quien solicitó la prueba. El juez podrá interrogar nuevamente si lo considera necesario. (...)"
En el mismo sentido art. 276 del C. de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2.000): "La recepción del testimonio se sujetará a las siguientes reglas: (...) 2. ... el funcionario le informará sucintamente al testigo acerca de los hechos objeto de su declaración y le ordenará que haga un relato de cuanto le conste sobre los mismos. Terminado éste, procederá el funcionario a interrogarlo si lo considera conveniente. **Cumplido lo anterior, se permitirá a los sujetos procesales interrogar**. (...)" (s.n.)

84 Parra Quijano, op. cit., p. 223.

85 Concha, José Vicente, *Elementos de Pruebas Judiciales*, Librería Americana, Quinta edición revisada, Bogotá, 1929, p. 123. La primera edición de la obra data de 1.906.

Lo anterior explica la desconfianza existente en la cultura judicial colombiana hacia el contrainterrogatorio, pues parece ser del criterio según el cuál el contrainterrogatorio es un mecanismo en manos del abogado para deformar o alterar la verdad, algo así como un arsenal de "trucos" para "enredar" a los testigos y "salirse con la suya" gracias a una concentrada dosis de malicia indígena.

Sobre esta base, todo seria cuestión de formular un "habilidoso" contrainterrogatorio al testigo para conseguir el éxito en el litigio a toda costa, a partir de "astucia" y deliberada preparación para desorientar.

En esta manifestación cultural parece basarse implícitamente el siguiente fragmento extraído de una decisión de la Sala Penal de nuestra Corte Suprema de Justicia. El casacionista planteó un cargo de nulidad por falta de defensa técnica, originada en la ausencia de contrainterrogatorio imputable a los defensores que lo precedieron, aduciendo en su demanda:

> De haber actuado la defensa cuándo se oyó la declaración del único testigo de cargo, seguramente se le hubieran despejado muchas incógnitas que en vez de resolverse en favor del procesado se le reconocieron como prueba de cargo, **siendo que un habilidoso contrainterrogatorio podía llevar al testigo a rectificar sus acusaciones temerarias y hechas con el solo fin de perjudicar a la persona contra quien se ha ensañado.**[86] (s.n.)

La Corte contestó lo siguiente:

> El ejercicio que viene de reseñarse brilla por su ausencia en el libelo cuya revisión formal ocupa la atención de la Corporación. En efecto, la impugnante solo se conforma con pregonar que si el defensor oficioso hubiese estado atento a contrainterrogar al único testigo de cargo que en su sentir aparece en el proceso, se habrían despejado muchas incógnitas que al final de cuentas se resolvieron en contra de su asistido; empero

86 Sentencia del 30 de agosto de 1.999, proceso 13979, M. P. Jorge Anibal Gómez Gallego.

> omite señalar qué fue lo que expresó dicho testigo en perjuicio del imputado que no hubiera sido esclarecido o no fuera objeto de demostración durante la investigación, o de qué manera un contrainterrogatorio "*habilidoso*" hubiera obligado al declarante a retractarse, **como si el proceso penal constituyera mecanismo propicio para el ejercicio torticero del derecho, o campo abonado para que el más hábil y astuto de los abogados defienda sus intereses a costa de la finalidad esencial del mismo, esto es, la búsqueda de la verdad material o histórica de los hechos.**[87] (s.n.)

Este enfoque cultural es herencia del pensamiento europeo-continental sobre la práctica testimonial inglesa. En similar sentido, Florian deja caer una de las más violetas críticas contra el contrainterrogatorio cuando señala:

> En conclusión, el contrainterrogatorio o examen cruzado, lejos de ofrecer una mayor garantía de veracidad[1 2], contradice un tanto la orientación del derecho público que tiene el proceso y no está conforme con ella.
>
> Haciendo caso omiso de otras observaciones obvias, debe notarse que mientras el método del examen cruzado o contrainterrogatorio sacrifica sin lugar a duda la plena averiguación de la verdad y, en consecuencia, deja vulnerado el interés público que encarna el proceso, por el contrario, el método de la recepción de los testimonios por el juez no sacrifica en nada los intereses plenamente legítimos de las partes, ya que estas, según ese método, por intermedio del juez o también directamente con permiso de éste, pueden dirigirle al testigo las preguntas que consideren útiles a la causa, con tal que sean, claro está, pertinentes a ella.[88]

87 Ibíd.

12 (Cita en el texto original) El sistema del *cross examination* [contrainterrogatorio] se considera en Inglaterra como una garantía para la prueba de la verdad. Véase BEST, ob. Cit., §54.

88 Florian, Eugenio, De las Pruebas Penales, Tomo I. De la Prueba en General, Temis, Bogotá, 1968, p. 266. La respuesta a ésta y otras críticas contra el contrainterrogatorio se presentará en el capítulo sobre La Pregunta Sugestiva en el Contrainterrogatorio, Num. 4. Respuesta a algunas objeciones de la doctrina contra las preguntas sugestivas. Paradójicamente Pietro Fredas, discípulo de Florian en quien antes de morir confió completar la tercera edición de su obra, señaló en la introducción a esa edición que "el proceso inglés es hoy el más justo y el más perfecto de todos los que existen, en cuanto dice relación a la tutela suprema de la libertad individual y de la verdadera justicia". (Florian, op. cit., p. XLI)

En nuestro medio Peláez Vargas señalaba lo siguiente sobre la facultad de contrainterrogar:

> El derecho que se otorga en este artículo 253 [se refiere al Decreto 409 de 1971], es convertido frecuentemente en medio de denuesto o injuria contra el declarante por quienes lo contrainterrogan, procurando con ello hacer que se vuelva atrás en sus afirmaciones, o apabullarlo de tal manera que no resulte enfático y responsivo al exponer sobre los puntos importantes sobre los que declara, o amenazándolo con denunciarlo penalmente. Todas estas irregularidades, que afectan considerablemente la posibilidad de obtener un testimonio que constituya un verdadero medio de prueba, deben ser evitadas cuidadosamente por el juez, así requiera para ello observar enérgica conducta frente a los interrogadores. Para ello ha de tener en cuenta que quienes obran así han excedido los límites de su derecho y han invadido francamente el de los demás.[89]

Y en el mismo sentido Orlando Alfonso Rodríguez expresaba:

> Las facultades de derecho no enseñan, no preparan a los futuros jueces y abogados litigantes en la difícil actividad de interrogar, sin pretender menoscabar las garantías procesales; por el contrario, se trata de fortalecerlas.
>
> Una cosa es garantizar las formas procesales en cada proceso, y **otra muy distinta de que con ese argumento se brinde la oportunidad de burlar la acción de las autoridades por efecto del mal contrainterrogatorio a un testigo, absolviendo a un delincuente**.[90] (s.n.).

Desde otro punto de vista, la tradición angloamericana (*common law*) ha tomado un camino diferente para abordar el contrainterrogatorio y la práctica de la prueba testimonial en general: luego de verificar una realidad indiscutible (que los jueces no cuentan con el tiempo y dedicación de las partes para ocuparse de las casos asignados) aprovechó la inherente parciali-

89 Pelaez Vargas, Gustavo, *Manual de Pruebas Penales*, Colección Jurídica Bedout, Primera edición, Medellín, 1.975, p. 118.
90 Rodríguez, Orlando Alfonso, *El Testimonio Penal y sus Errores*, Temis, Bogotá, 1985, p. 132.

dad de las partes en interés y beneficio del proceso y la verdad; la solución, entonces, consistió en entregar a las partes la facultad y responsabilidad de preguntar a los testigos bajo estrictas reglas de juego destinadas a proteger la imparcialidad y la búsqueda de la verdad, todo ello bajo la permanente supervisión y control del juzgador.

Así estos sistemas jurídicos, tanto en la práctica de la prueba testimonial como en el trámite procesal, facultan a las partes para vigilarse y controlarse mutuamente, movidas por el celo de su interés particular; el juez como representante del Estado las controla a ambas, movido por el afán de imparcialidad; y ambas partes a su vez vigilan al juez para que cumpla con la Ley controlando al adversario y a sí mismo. Este sistema arroja como resultado un entramado procesal de *pesos y contrapesos* que materializa la esencia del control democrático del poder.

Como ya se anotaba al iniciar este capítulo, una de las causas de indiferenciación conceptual y práctica entre *interrogatorio* y *contrainterrogatorio*, en nuestro medio, consiste en que tradicionalmente los tratados y obras sobre pruebas dedican la casi totalidad de sus esfuerzos a la *valoración de la prueba desde la perspectiva del funcionario judicial*, dejando de lado el punto de vista de la *práctica de la prueba por las partes* involucradas en el juicio.[91]

Este enfoque teórico ha llevado a que nuestra práctica forense refleje una situación notoria e inocultable: en los procesos judiciales el abogado litigante tiende a evitar a toda costa el contrainterrogatorio de los testigos adversos; y cuando lo hace es usual y notoria su falta de técnica, al punto que cuando se contrainterroga

91 Esta observación es el punto de partida del novedoso enfoque de la obra de Louis E. Schwartz, quien hace notar como incluso las obras más tradicionales sobre pruebas en los Estados Unidos (MOORE, WIGMORE) se han ocupado del testimonio desde el punto de vista de la *valoración* de la prueba por parte del juez antes que desde la perspectiva de los abogados: "Throughout the years much has been written in the nature of advice on the various steps in a trial, and many useful hints have been set down with reference to the selection of juries, examination and cross – examination of witnesses, addresses to the court and jury, etc. A few attemps have been made to analyse Prof., notably by Moore and Wigmore but their aproach han been from the point of view of helping the judge to evaluate the evidence rather than from the point of view of the lawyer who must produce it." (*Proff, Persuasion and Cross – Examination. A Winning New Approach In The Courtroom.* Vol. I, Executive Reports corporation, Englewwod Cliffs, New Jersey, 1978, p. 103, resaltado propio).

la prueba de cargo termina robustecida y más adversa de lo que parecía antes.

En suma, nuestra realidad judicial indica que los operadores jurídicos no dominan el arte de contrainterrogar; la doctrina probatoria no enseña como contrainterrogar, y la jurisprudencia no protege ni estimula el contrainterrogatorio como garantía constitucional.[92] Es comprensible que no se desarrolle jurisprudencialmente una garantía que no se enseña ni se aplica.

Nuestra doctrina probatoria tradicionalmente se ha ocupado de la *valoración del testimonio*, pero ha dedicado muy poco a la *práctica* de este medio de prueba y a la manera en que se relacionan ambos aspectos.

Por otra parte, nuestras obras sobre práctica forense no han suplido este grave vacío, pues cuando se ocupan del "testimonio" suelen limitarse a describir "modelos" o "minutas", omitiendo cualquier análisis sobre el arte de interrogar (mucho menos de contrainterrogar) y dejando de lado la forma en que se relaciona ese arte con la valoración probatoria, tan prolijamente expuesta y detallada en los tratados sobre pruebas.

Así las cosas, el vacío doctrinario, con repercusión en la práctica forense, ha sido y es inevitable y ha caído en un círculo vicioso en materia de testimonio: las obras sobre pruebas judiciales se concentran en la *teoría de la valoración de la prueba testifical*; y las obras sobre práctica forense, que como su nombre lo indica deberían ocuparse de la aplicación práctica de aquella teoría, simplifican grotescamente la práctica de la prueba testimonial a formatos de preguntas que ya se han convertido en formulas sacramentales aplicables acríticamente a la generalidad de las diligencias de recepción de testimonio.[93]

92 Véase el capítulo sobre *El Contrainterrogatorio en la Jurisprudencia de Casación Penal*.
93 A manera de ejemplo y solo para ilustrar el punto, es el caso de un formato propio del interrogatorio de parte muy común en las obras sobre práctica forense en derecho privado, conforme al cual se pregunta si "*es cierto si o no*" determinado hecho; este modelo de interrogación es confuso por afirmar doble (mediante la palabra "*cierto*" y la expresión "*si o no*") e innecesariamente el hecho contenido en la pregunta. Este estilo de pregunta, correctamente formulado, debe reducirse a indagar si tal hecho "*es cierto*", o terminar la declaración del hecho contenido en la pregunta con la expresión asertiva "*si o no?*".

En este estado de cosas, la psicología judicial termina llenando el vacío en materia de práctica testimonial. Así, se supone que son los científicos quienes están realmente capacitados para determinar cuando un testigo miente, exagera, percibe incorrectamente o tiene defectos graves de memoria.

La psicología jurídica, forense y judicial, tan útil y necesaria en el arte de interrogar, ha terminado por relajar mentalmente a los operadores jurídicos en cuanto a su responsabilidad en el interrogatorio de los testigos, asumiendo que los problemas cruciales del testimonio deben ser enfrentados por los psicólogos, no por los litigantes o los funcionarios judiciales. La realidad debería ser bien distinta: los abogados deberían aprender de los estudios psicológicos para practicar *por sí mismos* interrogatorios y contrainterrogatorios eficientes de cara a los patrones legales aplicables a los hechos enjuiciados.

Se comprende entonces porque, en la práctica del testimonio, nuestra realidad forense es el caldo de cultivo para viciosas costumbres *contra legem* fuertemente ancladas en nuestro inconsciente colectivo judicial formado a partir de la herencia hispánica escritural e inquisitiva, vicios éstos que seguramente persistirán aun muchos años después de la entrada en vigencia de las normas que desarrollan el sistema acusatorio implantado constitucionalmente.

Así, por ejemplo, en nuestra práctica forense es de corriente ocurrencia que el funcionario judicial no presencie ni formule personalmente el interrogatorio de los testigos, el cual usualmente dirige y agota un funcionario subalterno del Despacho. En este sentido, hace más de 20 años un Tribunal de Distrito del país, en lo Civil, dejó constancia de esta viciosa práctica judicial, por todos conocida:

> Ha observado el tribunal con extrañeza y preocupación cómo en materia civil algunos jueces no tienen la iniciativa de la interrogación, ni redactan ellos las preguntas, cuidándose de sugerir las respuestas, pues las más de las veces son los abogados interesados quienes presentan los interrogatorios redactados, reduciéndose el comportamiento de las oficinas judicia-

> les a que cualquier empleado sin el menor sentido y técnica de la investigación, ni de lo que se pretende probar, realice los interrogatorios en nombre del juez y alejado de su control. Además de las implicaciones hasta de orden penal que en un momento dado podrían traer para los funcionarios tales prácticas, se causa perjuicio a las partes con la frustración de procesos que bien orientados y tramitados podrían conducir a otros resultados. Y no se diga que el exceso de trabajo en los despachos judiciales impide físicamente recibir de manera personal y directa todas las declaraciones. A ésta objeción debe anotarse que la ley debe interpretarse con sentido racional, pues dadas las actuales circunstancias del excesivo volumen de trabajo para las oficinas judiciales, lo que se pide no es que el juzgador realice absoluta y directamente todas las diligencias judiciales como sería lo ideal, sino que bajo su control, dirección e inspección ellas se realicen, sintiéndose de manera efectiva su presencia de juzgador. Este no puede encerrarse en su despacho y comportarse como un extraño a lo que sucede en las secretarías judiciales. La labor del juez no debe ser simplemente la de redactar fallos sino también la de orientar, enseñar, vigilar y corregir en todo lo que se refiera a los procesos, sobre los cuales debe juzgar, y en consecuencia, responder.[94]

El Código de Procedimiento Penal de 1.938 (Ley 94) consagró en su artículo 235 una regla advirtiendo las implicaciones penales y procesales aplicables a los eventos en que los testigos no fuesen interrogados personalmente por el funcionario judicial; la reacción del legislador de la época constata la arraigada existencia de una práctica forense de delegación del interrogatorio de los testigos en los subalternos del Despacho.[95]

94 Tribunal Superior de Bucaramanga, Sentencia de Junio 25 de 1983. M. P. Luis Alberto Ariza Martínez. En el mismo sentido Rodríguez, Orlando Alfonso, op. cit., p. 134: "Cuando el testimonio no lo recibe personalmente el funcionario judicial sino uno de sus subalternos, se presentan gravísimas anomalías de público conocimiento".

95 "Art. 235. Los testigos **deberán ser interrogados personalmente por el funcionario de instrucción, o el juez**, ante su secretario, circunstancia que se hará constar en el texto de la declaración. **En ningún caso y por ningún motivo podrá el juez ni el funcionario de instrucción delegar ésta función**. Si el testigo no fuere interrogado **por el mismo funcionario de instrucción o el juez** y en la diligencia se afirmare que lo ha sido, el juez o el funcionario que debió recibir la declaración y el que realmente la recibiere incurrirán, por ese solo hecho, en el delito de falsedad de documento público. La declaración que no fuere recibida conforme a lo dispuesto en este artículo, **no tendrá valor alguno**". (s.n.)

De otro lado, en nuestra práctica forense es también usual que el examen de los testigos se realice, casi sin excepción, mediante el dictado por el testigo al encargado de escribir las preguntas y respuestas, resultando de ello una práctica *semiescrita* (o *semioral*) del testimonio que obstaculiza gravemente el ejercicio del contrainterrogatorio, según se verá más adelante.

Este tipo de situaciones demuestran el poco profesionalismo y escasa técnica con que se asume la práctica del testimonio en nuestra práctica forense.

Se supone entonces en nuestro medio que si el abogado conoce a perfección las reglas de la sana crítica testimonial y aprende a *valorar* correctamente ese medio de prueba en abstracto estará también capacitado para *practicarlo* en los casos concretos, esto es, para interrogar y contrainterrogar.[96] La realidad, sin embargo, ha demostrado suficientemente que ello no es cierto. Este esquema de pensamiento ha llevado a una desafortunada hipertrofia en la *valoración del testimonio* y, como contrapartida, a una raquítica *práctica del testimonio*.

Una de las hipótesis de este libro es que la *valoración* y la *práctica* de la prueba testimonial están íntimamente implicadas, al punto que ambas se deberían enseñar y aplicar simultáneamente. La sana crítica despliega todos sus efectos en la **valoración** de la prueba cuando se la aplica durante la **práctica** del testimonio, esto es, en el acto del interrogatorio y el contrainterrogatorio.

Esto significa que en el examen del testigo mediante interrogatorio y contrainterrogatorio la *valoración* y la *práctica* de la prueba concurren simultáneamente, es decir, en un mismo mo-

Esta norma fue reproducida por el artículo 247 del, Código de Procedimiento Penal de 1971 (Decreto 409) y subsistió, por espacio de 50 años, hasta 1987, pues el Decreto 050 no la consagró. Esto demuestra que las prácticas judiciales ancladas en culturas y costumbres arraigadas no necesariamente son erradicadas por el solo hecho de que se expida una previsión normativa, por enérgica y amenazante que ella sea.

96 Orlando Alfonso Rodríguez, al abordar al final de su obra "algunas técnicas para interrogar" expresa que "cada funcionario, mediante su experiencia y su inteligencia aplicada al caso particular, irá desarrollando sus propias técnicas de interrogar" (*El testimonio Penal y sus Errores*, op. cit., p. 133). Ya antes había señalado, acertadamente, que nuestros jueces "adolecen de una técnica sistematizada y ordenada para interrogar al testigo. Las facultades de derecho no enseñan, no preparan a los futuros jueces y abogados litigantes en la difícil actividad de interrogar…" (Ibíd., p. 132).

mento; los criterios de valoración de la prueba se materializan y se ponen a prueba en las preguntas que componen las líneas de interrogación mediante las cuales se materializan tanto el interrogatorio como el contrainterrogatorio.

Este aspecto tiene enorme relevancia, pues de la manera en que se relacionen ambos aspectos de la prueba testimonial dependerá la discreción del juzgador en orden a establecer la prueba y el alcance de los hechos declarados por el testigo.

Puede entonces plantearse un axioma denominado *del arbitrario judicial sobre cuestiones de hecho*. Según este axioma, existe una relación inversamente proporcional entre la forma en que se **practica** el testimonio y el grado de discrecionalidad (el concepto exacto es "arbitrariedad", de arbitrio) con que cuenta el juzgador para **valorar** ese producto.

Así, a la *deficiente práctica* de la prueba testimonial, es decir, imprecisa y antitécnica, se sigue que el Juez contará con un mayor "arbitrio" para extraer conclusiones e inferencias sobre el testimonio, es decir: tendrá una *mayor libertad para valorar* la prueba.

Conviene advertir que la ausencia de un contrainterrogatorio técnico en la práctica de la prueba testimonial, cuando las circunstancias lo aconsejan,[97] agrava la situación que se describe al arrojar como resultado un testimonio incompleto e inexacto en cuanto carente de control, contradicción y verificación por la contraparte en el acto de producción de la prueba.

Y es que en la medida en que el testimonio sea oscuro, vago, impreciso y susceptible de múltiples interpretaciones, cabrán legítimamente esas múltiples interpretaciones dentro del marco fáctico surgido. Por eso la doctrina probatoria angloamericana advierte:

> Cobre conciencia del concepto de *relleno*: los detalles que el testigo no aporta los suministrará el jurado.[98]

97 En algunas ocasiones el mejor contrainterrogatorio es no contrainterrogar. Véase el capítulo sobre *El Contrainterrogatorio Silencioso*.
98 Hegland F., Kenney, *Manual de Prácticas y Técnicas Procesales*, Traducción del Ingles de Aníbal Leal, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1ª Edición, 1995, p.92, cursivas en el texto original.

En efecto, es un hecho probado que el juzgador llenará con su experiencia personal todos aquellos resquicios, agujeros o aspectos que no fueron completados por el testigo al rendir su testimonio, repárese: *a causa de una mala técnica de interrogatorio*.

Para concretar la anterior idea puede enunciarse un axioma sobre el arbitrio judicial ante cuestiones de hecho indefinidas o imprecisas:

> Axioma 1: *A una* menor *técnica y precisión en la práctica de la prueba testimonial corresponde un* mayor *arbitrio del juzgador para especular sobre los hechos del proceso que necesiten acreditarse con prueba testimonial.*

En sentido contrario, el axioma puede formularse desde la perspectiva opuesta, donde se resalta la importancia de una buena práctica o técnica testimonial:

> Axioma 2: *A una* mayor *técnica y precisión en la práctica de la prueba testimonial corresponde un* menor *arbitrio del juzgador para especular sobre los hechos del proceso que necesiten acreditarse con prueba testimonial.*

La grave consecuencia de todo esto es la mayor dificultad a que se verán enfrentadas las partes para impugnar las cuestiones de hecho *valoradas* por el juzgador al amparo de tan inmenso arbitrio, originado en tan antitécnica *práctica* del testimonio.

Esto explica la casi segura improsperidad de una impugnación o alegación que discuta las cuestiones de hecho tratadas por el Juez al *valorar* el testimonio burdamente practicado, lo que permite complementar el axioma anterior con este otro que bien puede llamarse *del control del arbitrio judicial sobre cuestiones de hecho*:

> Axioma 3: *A un* mayor *arbitrio del juzgador para especular sobre los hechos del proceso que necesiten acreditarse con prueba testimonial,* menor *posibilidad para las partes de controlar efectivamente la decisión judicial sobre esos aspectos.*

Y al contrario:

Axioma 4: *A un* menor *arbitrio del juzgador para especular sobre los hechos del proceso que necesiten acreditarse con prueba testimonial,* mayor *posibilidad efectiva para las partes de controlar la decisión judicial sobre esos aspectos.*

Es por esto por lo que en la práctica forense resulta exótico que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia case una sentencia por error de hecho en la apreciación de la prueba testimonial, en cualquiera de sus modalidades más exigentes: falso juicio de identidad o falso raciocinio[99].

En efecto, la Sala Penal de la Corte respalda usualmente la facultad o arbitrio del juzgador para apreciar la prueba testimonial según las reglas de la sana crítica. Pero cabe preguntarse en cuántos casos esa libertad de apreciación ha sido la resultante de interrogatorios deficientes y contrainterrogatorios inexistentes o desastrosos.

Véase un ejemplo que ilustra la idea que se quiere expresar:

En sentencia del 25 de octubre de 2001[100] la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se pronunció sobre varias demandas de casación, entre ellas la interpuesta por el defensor del condenado Ruiz Villa. El demandante planteó, entre otros cargos, la *violación indirecta de la ley sustancial por errores de hecho*. Uno de los errores denunciados consistió en que, a juicio del demandante, en el fallo de segunda instancia se incurrió en violación indirecta, por falso juicio de apreciación de quienes declararon haber visto al acusado la noche de los hechos, porque con lluvia y tormenta eléctrica como la que se

99 Para la definición de ambos juicios véase el siguiente pasaje jurisprudencial: "... una cosa es el error de identidad en que se puede incurrir, que recae en la labor de contemplación material del medio y su traslado al fallo tergiversándolo en su expresión fáctica, bien porque se le adicione, cercene o altere y otra diversa, cuando sin incurrirse en la distorsión de la prueba, al asignarle su mérito persuasivo se transgreden los postulados que gobiernan la sana crítica, error este de estimación que ocurre en el proceso interactivo de establecer la aptitud demostrativa del medio, con lo cual resulta evidente que se trata de dos tipos de error, que como tales corresponden a momentos lógicamente distintos en la apreciación probatoria, con objeto igualmente distinto, no obstante lo cual, el casacionista fusiona en uno solo como si obedecieran a idéntico fenómeno." (Corte Suprema de Justicia, sentencia del 22 de Junio del 2.000, M. P. Fernando E. Arboleda Ripoll, Radicado 11148).

100 M. P. Nilson Pinilla Pinilla, Radicado 18849.

desató no habían podido apreciar los detalles que describieron en sus declaraciones.

A este cargo la Corte respondió así:

A pesar de la pretensión del censor de **no poderse creer en las declaraciones** de quienes, como éste último, aseveraron haber observado a su defendido la noche de los hechos, aduciendo que no pudieron verlo porque llovía mucho y había tormenta eléctrica, **no logra desvirtuar lo apreciado por el Tribunal** como otro fundamento de la condena, al haber tenido oportunidad esos testigos de observarlo cerca, mientras otros, de oídas, escucharon que lo habían visto esa noche. **Así sea palmario que se disminuya la visibilidad en la noche, no porque además haya tormenta se elimina la posibilidad de apreciar lo que ocurre alrededor, menos en distancias cortas y cuando, ante la magnitud de la tragedia que se desarrollaba, se agudiza la perceptibilidad**.

(...)

Del análisis de esos testimonios (...) el ad quem extrajo credibilidad, aplicando las reglas de la sana crítica, lo cual no es reprochable en casación, al haber consagrado el estatuto procesal penal colombiano **el sistema de valoración que confiere al fallador la facultad de formar su convencimiento racional, con acatamiento de las leyes de la ciencia, las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia**.

Aunque uno de los impugnantes anota que el Tribunal se apartó de la sana crítica al apreciar esos testimonios, señalando que supuso unas pruebas y distorsionó otras (...) falla en la demostración del cargo, **incurriendo en generalidades, como aseverar que cuando llueve copiosamente y hay tormenta eléctrica no es posible apreciar a otra persona en la oscuridad, sin acotaciones específicas sobre distancia, luz artificial, etc**.

Precisamente, en cuanto a la censura acerca de los testimonios (...) **sólo se observa la formulación del criterio personal frente al análisis razonado del juzgador**, sin alcanzar a de-

mostrar tergiversación o distorsión en el análisis judicial, deviniendo además intrascendente para deducir un yerro en el fallo atacado, con posibilidad de cambiar su sentido, por lo cual, los cargos de ser la sentencia violatoria de la ley sustancial, por la vía indirecta, por errores de hecho en la valoración probatoria, no están llamados a prosperar.

Lo mismo ocurre con el cargo presentado en la demanda del defensor de CARLOS MARIO RUIZ VILLA, referido a la violación indirecta por falso juicio de apreciación probatoria, considerado jurisprudencialmente como falso raciocinio, pero que se limita a volver a manifestar que testigos como Ana Rosa Cadavid, Miguel Angel Carrillo, Rosalba Posada, Fabio Arnoldo Jaramillo, José Antonio Palacios y Mario de Jesús Sánchez, en especial este último quien dijo haber visto a CARLOS MARIO RUIZ VILLA el día de los hechos en Segovia, y suministra detalles de su actividad, por la lluvia y la tormenta eléctrica no pudieron ver esos hechos. A las sólidas conclusiones a que arribó el Tribunal, tal como se ha venido analizando, **el impugnante opuso su particular apreciación para que fuera preferida por la Corte**, lo cual no es admisible en sede de casación.

No puede constituir **la simple discrepancia de pareceres** un yerro en que haya incurrido el juzgador, ni trascender para que su corrección conlleve a variar el fallo, puesto que **la apreciación del sentenciador** viene acompañada de la doble presunción de acierto y legalidad que, en el caso bajo estudio, no consiguen desvirtuar estos impugnantes, no resultando, en consecuencia, demostrado el yerro a que hacen alusión.

En consecuencia, la censura no está llamada a prosperar. (s.n.)

Esta forma de presentar la impugnación en casación, y la respuesta a la misma por parte de la Corte, son paradigmáticas en cuanto ejemplifican lo que sucede en la mayoría de los casos en que se imputan falsos juicios al juzgador frente a la valoración de la prueba testifical adversa, bien en sede de casación o en las respectivas instancias.

No se cuestiona el razonamiento de la Corte.Ante planteamientos tan generales sobre la sana crítica, a la Corte no le queda otro remedio que subrayar el sistema de valoración que confiere al juzgador la facultad de formar libremente su convencimiento racional, con acatamiento de las leyes de la ciencia, las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia.

Tampoco se presenta el ejemplo para cuestionar la técnica de casación involucrada en el caso presentado, ni la labor del casacionista. El punto álgido se encuentra en el análisis de lo que fue *la práctica de la prueba testimonial* en el proceso judicial que dio origen a la sentencia de casación.

Se quiere destacar la estrecha relación que existe entre el planteamiento del cargo en la demanda de casación y el deficiente contrainterrogatorio en la práctica de la prueba testimonial dentro del respectivo proceso penal, cuando se escuchó al testigo cuya declaración sería luego cuestionada en casación. El núcleo del problema radica en la práctica de la prueba testimonial.

Esto ilustra cómo, en realidad, cuando la práctica del testimonio no es técnica, se sigue que la contradicción de dicha prueba termina en una simple discrepancia de pareceres, donde el litigante opone la formulación de su criterio personal frente al análisis razonado del juzgador; la consecuencia es que se incurrirá necesariamente en *especulaciones*, como cuando se asevera, en el caso citado, que si llueve copiosamente y hay tormenta eléctrica no es posible apreciar a otra persona en la oscuridad, sin acotaciones específicas sobre distancia o luz artificial.

Este esquema de contradicción es típico de la práctica forense colombiana: en las alegaciones, o en los recursos, se cuestiona profusamente la prueba testimonial mediante alegaciones generales y abstractas, pero usualmente nunca se cuestiona al testigo directa y concretamente mediante contrainterrogatorio, al momento de recibir la declaración.

En el caso citado, un contrainterrogatorio adecuado a los testigos de cargo por parte del defensor habría explorado en concreto la afectación de las percepciones mediante acotaciones específicas sobre la distancia, la luz artificial, la capacidad para obser-

var, la novedad del suceso, etc. Y ese contrainterrogatorio habría permitido posteriormente -al momento de alegar de conclusión o al fundar los recursos, como el de casación- evidenciar la valoración probatoria que en derecho correspondía a esos testimonios, evitando o al menos minimizando la formulación de criterios personales o especulaciones frente al análisis razonado del juzgador, en la medida en que serán las respuestas del testigo al contrainterrogatorio lo que aportará las conclusiones a adoptar según las reglas de la sana crítica.

Una adecuada práctica del interrogatorio y del contrainterrogatorio trae como consecuencia la obtención de un testimonio exacto, completo y responsivo; conduce a calibrar adecuadamente la credibilidad del testigo y, de todo ello, resulta que el margen de apreciación del juez para valorar el testimonio se limita razonablemente, tornándose real y efectiva la posibilidad de controlar la decisión judicial mediante los recursos de ley en lo que al alcance y valoración del testimonio se refiere.

Un contrainterrogatorio técnico y eficiente –como contrapartida de un interrogatorio con las mismas características- ayuda enormemente a reducir la arbitrariedad judicial en la práctica de la prueba testifical, porque al examinar al testigo desde un punto de vista diferente (el de la parte afectada con la declaración) se cierra la brecha a especulaciones abstractas al momento de valorar la prueba y se facilita el análisis del testimonio en su propio terreno: como una *cuestión de hecho*.

La práctica forense colombiana refleja desde hace muchos años una muy deficiente práctica de la prueba testimonial. Orlando Alfonso Rodríguez, en su obra *El Testimonio Penal y sus Errores*, exponía para 1.985 algunas de las fallas más comunes de los jueces al recepcionar el testimonio, todavía vigentes, dentro de las que cabe destacar:

> 2) Por exceso de trabajo, no tiene una visión conjunta del expediente que trata de instruir, menos de todas las investigaciones que adelanta. Interroga sobre una parte, como un documento, testimonio o indicio, descuidando el resto de los medios probatorios y desaprovechando un testimonio posiblemente útil.

3) Hay frases oscuras, ambiguas o confusas por parte del testigo, no aclaradas con nuevas preguntas.

(…)

7) Se presentan vacíos en la deposición que no son precisadas ni mucho menos aclaradas por el funcionario.

(…)

9) No se le presta la debida atención a la formulación de preguntas al testigo, pues se obra mecánicamente, sin sentido de cohesión, con ausencia de finalidad probatoria. **Son interrogatorios deficientes.**[101] (s.n.)

Es la propia cultura judicial de nuestro litigante la que ha llevado el contrainterrogatorio al ostracismo forense. El siguiente ejemplo concentra el análisis en la perspectiva del abogado defensor:

La sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de 5 de julio de 2.000[102] representa una interesante radiografía de la forma en que en Colombia el litigante utiliza el contrainterrogatorio como instrumento de defensa en el proceso judicial.

Este caso es muestra de cómo lo que debería ser materia elemental y básica de un contrainterrogatorio termina siendo presentado por otros medios que nunca podrán tener la virtualidad de controvertir la prueba de testigos como lo haría un contrainterrogatorio, por supuesto que bajo el entendido de que sea adecuadamente practicado.

Al analizar esta sentencia se verá reflejada la cultura judicial de nuestros litigantes y de nuestro sistema judicial en general en cuanto al derecho de confrontación mediante contrainterrogatorio, lo cual permitirá entender porque esta garantía virtualmente no existe en nuestra práctica forense.

Ocurrió que el Tribunal Superior de Santa Marta condenó al acusado A en segunda instancia a la pena principal de doce años y seis meses de prisión, dado que lo halló responsable del delito de homicidio, en el grado de tentativa, cometido en la persona de B.

101 Rodríguez, Orlando Alfonso, op. cit., pp. 132-133.
102 M. P. Jorge Aníbal Gómez Gallego, radicado 14.799.

Los hechos indican que al comenzar la noche del 2 de septiembre de 1995, mientras B compartía un juego de dominó con algunos familiares y amigos, irrumpieron dos sujetos armados en cercanías de su residencia; los sujetos le dispararon a B en repetidas ocasiones y le produjeron en su cuerpo y salud daños funcionales de carácter permanente. En el acto, uno de los agresores fue identificado por dos testigos presenciales (B y su hermana C) como A. Estos dos testimonios fueron la base para deducir responsabilidad penal en la sentencia.

Sin que sea del caso analizar la técnica de la demanda de casación, ni las causales al amparo de las cuales argumentó el demandante, en éste asunto quien acudió a la Corte señaló que "... se echan de menos contrainterrogatorios a los testigos de cargo y de descargo, una inspección judicial y otras pruebas que permitieron despejar las dudas reinantes en el proceso, en relación con la responsabilidad del acusado".

El ataque en casación se centró en negar que B y C hubiesen podido identificar a A como uno de los autores del hecho, ya que en el proceso "aparece probado" que en el momento del ataque los presentes tenían su atención centrada en el juego de dominó; además, la noche era obscura; no había alumbrado público en el sector, pues los jugadores utilizaban un mechón que sólo permitía observar a una distancia inferior a dos metros y el ataque se produjo de manera sorpresiva.

De allí, planteó el demandante la imposibilidad que tenían B y C para observar con lujo de detalles a los victimarios, pues en las mencionadas condiciones de tiempo, modo y lugar, no era posible que apreciaran la identidad de los agresores, motivo por el cual se habrían violado las reglas de la sana crítica en la apreciación de sus respectivos testimonios, máxime que el origen familiar, ameritaba un prudencial y cuidadoso examen de las condiciones personales de los testigos y del contenido de sus relatos para determinar si merecían o no credibilidad.

Arguyó el demandante, además, las múltiples contradicciones existentes entre los testimonios de B y su hermana C, como quiera que no coincidían en informar cuál de los dos sujetos agreso-

res fue el que disparó primero; con qué clase de arma deflagraron los disparos (escopeta o revólver); por qué C dijo que a su consanguíneo le dispararon con un revólver si el dictamen médico-legal señalaba que las heridas fueron ocasionadas con escopeta; por qué el lesionado B no habló del niño al que se refiere su hermana; o por qué el mismo no mencionó un supuesto segundo disparo que le hicieron cuando ya estaba tendido en el piso.

Como puede verse, en el curso de este proceso judicial los defensores del acusado A no contrainterrogaron a los testigos de cargo B y C, a pesar de que todo el cuestionamiento en casación era material de primera calidad para construir adecuadas líneas de contrainterrogatorio frente a los testigos adversos.

La experiencia enseña que en nuestro medio el litigante prefiere no atacar la prueba testimonial *directamente*, a través del contrainterrogatorio del testigo adverso, sino *indirectamente*, mediante argumentos propuestos en alegatos y recursos según los cuales a ese testigo no se le debe creer por determinadas razones.

Por eso no es de extrañar que la Corte haya contestado al planteamiento citado con la misma lógica abstracta y especulativa contenida en el ataque:

> Que el sitio estaba obscuro, los jugadores entretenidos y, además, impactados por la sorpresa de sentirse entre balas, no son factores que **por sí** lleven a pensar que un testigo jamás podía percibir, menos que por tales circunstancias **ineluctablemente** era errónea la adjudicación de credibilidad al dicho de la víctima y su hermana, en el sentido de que lograron individualizar a uno de los autores, pues otros elementos antecedentes y concominantes, que el actor interesadamente no quiere tocar, bien **podrían** facilitar la percepción que él niega. (s.n.)

El grave inconveniente de contradecir indirectamente el testimonio adverso, en vez de hacerlo directamente mediante el contrainterrogatorio, consiste en que dicho método no permite *someter a prueba* la crítica de dicho testimonio con los mismos materiales que compondrán los argumentos que serán luego ob-

jeto de alegación o impugnación en cuanto a su debida valoración según la sana crítica.

En el trámite ordinario del proceso judicial el litigante colombiano le huye al contrainterrogatorio, lo desprecia y le teme como herramienta de contradicción. Quizá por eso la Corte de casación ha respondido a los planteamientos de nulidad por omisión de contrainterrogatorio con una doctrina según la cual *el derecho de contradicción no se reduce al contrainterrogatorio*, garantizándose aquél cuando se utilizan otros medios de controversia frente al testimonio adverso (como las alegaciones, los recursos, etc.).[103]

En la sentencia analizada es revelador el hecho de que sobre los testimonios de cargo el litigante elaboró análisis y argumentos de credibilidad al momento de *argumentar* (alegatos precalificatorios, de conclusión, apelaciones, casación). Pero en el curso del proceso penal y en la *práctica del testimonio* nunca el contrainterrogatorio hizo parte de la estrategia de la defensa para cuestionar en concreto esa credibilidad a partir de las siguientes áreas o línea de contrainterrogatorio:

- Los factores de percepción: La luminosidad del sitio donde ocurrió la percepción ("la noche era obscura; no había alumbrado público en el sector, pues los jugadores utilizaban un mechón que sólo permitía observar a una distancia inferior a dos (2) metros"); la atención e interés del testigo al momento de la percepción ("en el momento del ataque los presentes tenían su atención centrada en el juego de dominó"); el carácter sorpresivo del hecho percibido ("el ataque se produjo de manera sorpresiva")

- El estado mental de los testigos, es decir, sus sentimientos y emociones como factores que alteran los poderes de percepción y afectan la objetividad del declarante ("por el origen familiar de los mismos, ameritaba un prudencial y cuidadoso examen de las condiciones personales de los testigos y el contenido de sus relatos").

103 Ésta doctrina será analizada en detalle en el capítulo sobre El Contrainterrogatorio en la Jurisprudencia de Casación Penal, Num. 2.3. El derecho de contradicción no se reduce al contrainterrogatorio.

- Las "contradicciones existentes entre los testimonios del afectado y su hermana".

- Las acciones inconsistentes del testigo (por palabras o conducta) como la actitud, contraria a la experiencia, consistente en conservar la claridad perceptiva para identificar a uno de los atacantes mientras se producen disparos que amenazan la propia integridad.

2. Contrainterrogatorio y careo

El vacío doctrinario y de práctica forense en materia de contrainterrogatorio ha propiciado la casi total ausencia, en Colombia, del derecho de *contradicción directa* frente a la práctica de la prueba testimonial adversa.

¿Cómo se explica que en nuestro medio no haya existido un desarrollo legislativo y una práctica forense del contrainterrogatorio? ¿Cómo se ha materializado en nuestra práctica forense el derecho de contradicción frente a la prueba testifical adversa?

En concreto, ejemplificando con el proceso penal en nuestro medio, cuando un testigo declara en contra del acusado, ¿cómo lo *confronta directamente* el defensor?

El estudio de la tradición jurídica colombiana en la materia sugiere que el careo ha sido el escenario natural para *confrontar directamente* a los testigos de cargo en los procesos judiciales.

Una de las hipótesis de este libro es que el espíritu de contradicción que representa y permite el contrainterrogatorio en un sistema de justicia fue absorbido en nuestra cultura judicial por la diligencia de careo.

Joaquín Scriche, en su *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, define la voz "careo" de la siguiente manera:

> **Careo.** En materia criminal se llama así la confrontación de los testigos o acusados que se contradicen en sus declaraciones, ordenada por el juez para averiguar mejor la verdad oyéndo-

los en sus debates. Cuando en una causa criminal dijeren los testigos o el reo haberse hallado presentes o que pueden saber algo conducente a la averiguación del hecho ciertas personas que nombran, procede el juez a tomarles la correspondiente declaración; y si examinadas estas personas conforme a la cita dijeren otra cosa diferente de lo que por ella resulta, manda carear al citante y al citado para que con sus mutuas reconvenciones puedan aclararse los hechos, tomándoles previo juramento, y leyendo a cada uno la declaración del otro. No solo está en uso el careo entre los testigos, sino también entre los reos o acusados cuando son muchos y se contradicen entre sí; pero no lo está tanto entre el reo y los testigos sino en los tribunales militares, aunque sería muy conveniente que ésta práctica se adoptase en todos los juzgados. Hay algunos autores que desaprueban el careo, suponiendo que este medio da la victoria al más sereno, astuto o descarado sobre el tímido, inexperto o inadvertido; pero el juez con su presencia debe alentar al ingenuo y contener al engañoso; y de todos modos por las preguntas, respuestas y réplicas, por el semblante, la sorpresa y la turbación, y por otras circunstancias que ocurren en este género de lucha, podrá venir más bien en conocimiento de la verdad. Lo cierto es que en muchos casos no se presenta otro arbitro más sencillo para desvanecer o aclarar las contradicciones, y que por sus ventajas se halla admitido en casi todas las naciones de Europa.[104]

Florian define el careo de la siguiente manera:

El careo es un acto procesal, mediante el cual el juez que adelanta el proceso reúne ante sí, unas en presencia de otras, a diversas personas que en los interrogatorios o en las declaraciones rendidas antes se manifestaron en desacuerdo sobre puntos que consideran importantes.[105]

Tal y como lo precisa la doctrina, el careo "no es un medio de prueba nuevo, sino sencillamente un método de indagar a los

104 Scriche, Joaquin, *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, Temis, Bogotá, 1976, Tomo II, p. 65-66.
105 Florian, *De las Pruebas Penales*, op. cit., Vol. II, p. 488.

testigos, confrontándolos entre sí o con las partes en el proceso, (...) no es más que un medio para complementar, enriquecer y hacer dinámico el testimonio en el amplio sentido del vocablo, mediante una intervención creativa, dinámica y fundamental del funcionario judicial".[106]

Como ya se anotaba, el contrainterrogatorio representa la confrontación del testigo en la forma de comparecencia ante la parte contraria para dar al Juez, o al Jurado, la ocasión de juzgar sobre la actitud del testigo, y sobre la verdad o la falsedad de su testimonio[107]. En ese mismo orden de ideas, el careo representa la contradicción en la forma de comparecencia del testigo ante otro testigo, en vista del mutuo interrogatorio entre los declarantes, para dar al Juez o al Jurado la ocasión de juzgar sobre la actitud de los testigos, así como para aclarar contradicciones entre sus testimonios.

En el sistema anglo-americano el careo tiene una significación distinta a la que tradicionalmente presenta en Europa continental. En aquél sistema el careo significa esencialmente la presencia física del testigo acusador frente al acusado, *como elemento de la práctica del testimonio y especialmente del contrainterrogatorio*, sin comprender la participación activa del testigo o el intercambio entre éstos.[108]

En cambio en el derecho europeo-continental, así como en la tradición jurídica colombiana, el careo designa una medida instructiva que implica la confrontación mutua entre testigos contradictorios, en los términos que se verán más adelante. En este sistema el careo es una *forma de confrontación* de la prueba testifical y un mecanismo de averiguación de la verdad.

F. Gorphe, luego de explicar el funcionamiento del contrainterrogatorio anglo-americano, expone que también existe una *me-*

106 Parra Quijano, op. cit., pp. 252 y 253.
107 Gorphe, *La Crítica del Testimonio*, Reus, Madrid, 1985, p. 62.
108 Chiesa Aponte, Ernesto L. *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, Forum, Bogotá, 1995, Volumen I, p. 392: "No puede haber careo, ni en la acepción vulgar ni en la acepción técnica jurídica de la palabra, si el testigo acusador no está cara a cara frente al acusado, no solamente cuando es contrainterrogado por el abogado, sino desde el momento en que comienza a testificar".

dida de instrucción "no menos eficaz que el interrogatorio por contrapreguntas":

> Para los testigos, como para los acusados, el interrogatorio tiene necesidad a veces de ser completado y reforzado por la confrontación, medida de instrucción no menos eficaz que el interrogatorio por contrapreguntas cuantas veces haya que resolver contradicciones entre testigos o precisar puntos que el testigo parezca querer dejar en la sombra. Las preguntas formuladas en el curso de un careo bien llevado poseen mucha más fuerza que un interrogatorio individual. Podrían hasta tener demasiada y presentar el inconveniente de las sugestiones, si a ello es sometido prematuramente el testigo, en lugar de proceder en último extremo, siguiendo el orden lógico: audición, interrogatorio y careo. Mas esto no obsta para descartar una medida tan útil, como la ordenada por el Código de Procedimiento Civil francés; si da buenos resultado en materia penal, ¿por qué no los daría también en la jurisdicción civil? Solamente razones de formalismo pueden haberse opuesto a ello. Colocado en presencia de alguien que conozca la verdad, el testigo vacilará al ocultarla, o los detalles que le serán rememorados evocarán sus recuerdos. Pero, cuando se hallan en oposición los testimonios, no basta dar a cada uno de los testigos lectura de las declaraciones hechas por el otro y comprobar que cada uno mantiene sus posiciones: con eso no se adelanta mucho; hay que incitar a uno contra otro sobre los detalles útiles, a fin de poder comparar sus declaraciones punto por punto. Y si el careo entre ambos no resulta suficiente, un último recurso consiste en llamar a un tercer testigo en discordia; pero esa medida que cae dentro de la audiencia colectiva, no deja de ofrecer inconvenientes, al hacer que el testigo careado experimente una sugestión particularmente intensa; debe ser reservada para muy contados casos y ser conducida con tacto experimentado, para no correr el riesgo de desviarse del camino de la verdad.[109]

Se concluye de esta cita que el careo se utiliza cuando se hallan en oposición los testimonios, pudiendo dirigirse a:

109 Gorphe, Francois, *Apreciación Judicial de las Pruebas*, Temis, Bogotá, 1985, p. 349.

a) Resolver contradicciones entre testigos y/o acusados

b) Precisar puntos que el testigo y/o sindicado parezca querer dejar en la sombra.

La utilidad del careo radica en que, colocado el testigo y/o acusado en presencia de alguien que conozca la verdad, vacilará al ocultar ésta, al punto que evocará sus recuerdos cuando los detalles le sean rememorados por sus opositores. Nótese como la confrontación entre testigos que se ponen de presente determinados hechos entre sí (por ambos conocidos) cumple la misma finalidad de la pregunta sugestiva en el curso del contrainterrogatorio: contiene o pone de presente un hecho verdadero para que el testigo que lo oculta o desconoce vacile al negarlo; de manera análoga a lo que sucede con el careo, esa es la vía o manera en que el contrainterrogatorio provoca la evocación de recuerdos al testigo mediante la rememoración de detalles.

La doctrina europeo-continental ha señalado que el *careo* "coopera en la investigación de la verdad"[110], curiosamente la misma propiedad que la totalidad de la doctrina angloamericana atribuye al *contrainterrogatorio*.

El careo tuvo su origen en la práctica italiana.[111] Durante la Edad Media los careos entre los testigos y el reo eran comunes y generalizados en la práctica de los tribunales ordinarios. De hecho el careo "tiene su origen y desarrollo en el derecho canónico; después se consagró en materia penal y por último, sin que sea exótico, se ha venido estableciendo en materia civil."[112]

El derecho canónico consagra el careo en el canon 1560, así:

Parágrafo 1. Cada testigo ha de ser examinado por separado.

Parágrafo 2. Si los testigos discreparen entre si o con la parte e una cuestión grave, el juez puede realizar un careo entre ellos, evitando en la medida de lo posible, las disensiones y el escándalo.

110 Florian, op. cit., Vol. II, p. 488.
111 Ibíd.
112 Parra Quijano, op. cit., p. 251.

En los procesos de herejía durante la Edad Media,"la más segura opinión" era que no debía seguirse esta práctica de confrontación judicial por cuanto permitía al acusado conocer a quienes declaraban en su contra, pudiendo ponerlos en peligro y constituyendo fuente de"gravísimos inconvenientes". Nicolau Eymeric, en su *Manual de Inquisidores*, aconsejaba la "excelente instrucción" aplicada en la inquisición de Madrid:

> Puesto que la práctica de los jueces de los demás tribunales sea carear a los testigos con el acusado para averiguar la verdad; no se debe proceder así, ni hay semejante estilo en los Tribunales de inquisición, porque fuera de ser dichos careos opuestos al inviolable secreto en que han de quedar sepultados los nombres de los testigos, no hay ejemplo de que hayan producido buenos efectos, antes han acarreado gravísimos inconvenientes. *Adnotat, lib. 3, schol. 129*.[113]

El sistema procesal inquisitivo colombiano, fiel a la decimonónica tradición jurídica europeo–continental de origen Español, italiano y francés, consagró el careo en materia criminal desde los orígenes de la República.

Por los relatos existentes sobre el célebre proceso que se adelantó en Santa Fe de Bogotá contra Russi[114] , puede deducirse que

113 Editorial Planeta, Bogotá, 1999, p. 39-40. Nicolau Eymeric escribió el *Directorio de Inquisidores* a mediados del Siglo XIV (probablemente 1356). Su obra se convirtió a la postre en el manual de los diversos tribunales de la inquisición. En 1588 Francisco Peña publicó en Roma una edición enriquecida con la jurisprudencia acumulada hasta esa fecha y dedicada al papa Gregorio XIII, con lo que la obra adquirió condición de Manual de inquisidores. En 1821 el abate español José Marchena Ruíz (1761-1821) tradujo el libro y lo publicó en Montpellier (Tomado de la nota del editor).

114 José Raimundo Russi "era doctor en derecho, exjuez del Distrito Oriental de la Catedral, inteligente, jurisperito, alto de cuerpo, de figura imponente, vanidosa". Fue secretario y activo dirigente de las sociedades democrática (organización socialista de la época). Para mediados del siglo XIX, los artesanos, miembros casi todos de las sociedades democráticas, querían la fundación de talleres y centros de trabajo donde perfeccionar sus conocimientos, así como la protección al trabajador colombiano impidiendo el ingreso de artefactos extranjeros. Cuando fue un hecho que el Gobierno no fundaba los centros de trabajo solicitados, varios artesanos resentidos y quejosos conformaron tenebrosas bandas de ladrones que azotaron a la capital del país durante los años 1850-1851. Las autoridades eran incapaces de controlarlos, "los vecinos se recogían por la noche a su casa con el temor de que les tocara ser asaltados, atrancaban bien sus puertas y no se acostaban sin dejar apercibidas las armas, y los más temerosos llevaban hombres de su confianza, que se turnaban en la vela de la casa; a la mañana, lo primero que se preguntaba era quienes habían sido las víctimas de la noche anterior". Uno de esos robos se cometió contra el español ALSINA; en dicho robo participó el astuto herrerito MANUELITO FERRO. Se presentó una discordia entre los ladrones por el reparto del botín y entonces FERRO amenazó con denunciar a sus cómplices. FERRO fue muerto una noche a puñaladas en la puerta de la casa de RUSSI, instantes antes de morir, agonizante, acusó a éste y a otros mas de haberle atacado. Se acusó del crimen al doctor RUSSI y a otras cinco personas, todos fueron juzgados y condenados -

el careo estaba consagrado en el Código de Instrucción Criminal vigente para mediados del Siglo XIX, convirtiéndose en una práctica judicial corriente en los Tribunales de la República.

Precisamente, en la audiencia pública del caso Russi el Fiscal hizo uso de un argumento de acusación consistente en que, durante el careo sostenido entre este acusado con el también acusado Ignacio Rodríguez, aquél no desmintió enérgicamente la aserción de éste de no haber vivido en su casa[115]. En el alegato de conclusión del Fiscal se encuentra la siguiente valoración probatoria de este careo:

> Pero para que mejor podáis juzgar de la naturaleza de las relaciones entre Rodríguez y Russi, leed, señores del jurado, el careo tenido entre estos dos individuos, y el cual se halla en los autos. Rodríguez negó el hecho de conocer a Russi y de haber tenido relaciones con él. Puestos uno en frente de otro. Rodríguez persiste en su negativa, y Russi, que tenía mil medios para probar la certeza de sus aseveraciones, pues el hecho de vivir Rodríguez en la casa de aquel era sabido de muchas personas; Russi, que si fuera inocente pudo comprobar a Rodríguez que mentía, calló y solo se atrevió a decir que su declaración había sido dada bajo juramento y que en ella se afirmaba. ¿Por qué negaba Rodríguez sus relaciones con Russi? Porque temía que, descubiertos los crímenes de éste, fuera envuelto en la desgracia de su compañero. ¿Por que Russi no comprobaba esas relaciones y se dejaba desmentir descaradamente? Porque él tenía que respetar los secretos de su cómplice, para que este respetara también los de Russi; pues si éste se hubiera resuelto a comprobar al otro la verdad, quedaba expuesto a unas represalias que debía temer.Y si estas respuestas que he dado a las precedentes preguntas no os satisfacen,

excepto uno de ellos- a muerte por el asesinato de FERRO, la cual se ejecutó en la plaza de Bolívar de la ciudad de Santa Fe de Bogotá mediante fusilamiento, el 17 de julio de 1851. Al momento de su ejecución RUSSI contaba con 35 años de edad. Cfr. Quintero Ospina, Tibero, *Práctica Forense Penal. El Nuevo Código de Procedimiento Penal en la Teoría y en la Práctica*, Ed. Abc, 1ª edición, 1972, pp. 394 y ss... Se han seguido las citas del autor sobre los textos de José María Cordovés Moure (*Reminiscencias de Santafé de Bogotá,* Ed. Aguilar, Madrid, 1957), Pedro María Ibáñez – Folletines de Los Hechos. *Muerte de Sagrario Morales, Juicio del Oidor Cortés, Causa y Ejecución de Russi*, Bogotá, Imprenta Nacional, 1894.) y José Joaquín Vargas Valdés (*A mi paso por la tierra*, Ed. Colón, Bogotá, 1.938).

115 Russi desde un principio admitió que alojó a Rodríguez en su casa unos días por dinero.

> desechadlas y veréis como no encontraréis otras para explicaros tal misterio. Pero suspendo aquí mis comentarios sobre ese careo; leedlo vosotros y hallaréis que jamás un criminal se ha revelado más perentoriamente delante de su como los dos que figuran en esa escena, para lo cual pido vuestra atención.[116]

Pero el acusado Russi valoró de manera contraria el resultado de esa diligencia de careo en su alegato de conclusión:

> Como no contradije enérgicamente, dice el señor Fiscal, a Ignacio Rodríguez, el día del careo en la Jefatura Política. Sin embargo, no atiende a que allí sostuve mi dicho bajo juramento y con la firmeza de un hombre de mi clase; pero hay muchos que no entienden ésta firmeza no obstante que, aparentando semejante virtud, no hablan más que el lenguaje de las *verduleras*: ¡Oh, Dios mío! Yo he oído aplausos dentro del recinto, dirigidos a este último lenguaje.[117]

El Código de Procedimiento Penal expedido en el año de 1.938 consagró expresamente la diligencia de careo. Dicho Estatuto recogió la regulación de la diligencia de careo en términos muy semejantes a su consagración en la Ley Española de Enjuiciamiento Criminal de 1.882.[118]

Por su parte, en la actualidad el Código de Procedimiento Civil permite el careo por decreto oficioso del juez en los artículos 202 y 230.

El artículo 376 del Código de Procedimiento Penal Colombiano de 1.938 regulaba detalladamente los casos y la forma en que procedía la diligencia de careo:

> Cuando los testigos o procesados entre sí, o aquellos con estos discordaren acerca de algún hecho o de alguna circunstancia que interesen a la investigación, el funcionario podrá ordenar el careo de los discordantes. El careo debe hacerse sólo entre dos personas.

116 Citado por Quintero Ospina, op. cit., pp. 405-406.
117 Ibíd., p. 413, resaltado en el texto original.
118 Capítulo VI. "Del careo de los testigos y procesados". Artículos 451 a 455. El texto de la antigua Ley Española en cita aparece en la obra de Mittermaier, *Tratado de la Prueba en Materia Criminal*, Octava Edición, Reus, Madrid, 1929, pp. 442 y ss..

Y el artículo 377 de la misma obra consagraba el procedimiento a seguir en la diligencia de careo:

> Para verificar el careo el funcionario hará comparecer a las personas cuya declaración sea contradictoria, juramentará a los que sean testigos y exhortará a todos a decir la verdad; sin leer a los careados sus declaraciones, hará que estos declaren de nuevo en presencia el uno del otro y en el orden que el Juez considere oportuno. En seguida, el funcionario ordenará que cada uno de los careados haga al otro las preguntas que estimare conducentes y las observaciones a que dieren lugar.

Adicionalmente, al regular la audiencia pública, el artículo 472 del Código de Procedimiento Penal de 1.938 disponía:

> Durante la audiencia, el Juez gozará de amplias facultades para suscitar los careos que crea oportunos, para exigir a los testigos o peritos las relaciones que considere necesarias y para practicar las diligencias que estimare convenientes al mejor esclarecimiento de los hechos.

De las normas transcritas y lo hasta aquí expuesto se deducen las siguientes notas características que ostentaba el careo en la práctica forense colombiana:

A) *Sujetos involucrados*: El careo no podía celebrarse entre más de dos personas. Los sujetos que participaban en el careo eran los testigos y/o los procesados entre sí, lo cual arrojaba tres posibilidades en cuanto a los sujetos involucrados:

- Testigo Vs. Testigo.
- Sindicado Vs. Sindicado.
- Testigo Vs. Sindicado.

B) *Supuesto que originaba el careo*: El supuesto que originaba la diligencia de careo consistía en que entre los sujetos relacionados en el punto anterior se presentara una discordancia acerca de algún hecho o circunstancia que interesara a la investigación, es decir: declaraciones contradictorias sobre aspectos sustanciales. Si no existía discordancia o contradicción el careo carecía de sentido y de objeto.

C) *Finalidad del careo*: El objetivo del careo era en esencia aclarar el punto contradictorio existente entre las dos declaraciones, es decir,"el acto persigue superar las discrepancias o los desacuerdos entre aquellas declaraciones contradictorias acerca de los hechos o circunstancias importantes"[119] .

D) *Procedimiento del careo*: La manera como se pretendía llegar a la solución de la(s) contradicción(es) entre las declaraciones era ordenándole a cada uno de los careados que hiciera al otro las preguntas y las observaciones que estimare conducentes. Nótese que la esencia de la diligencia de careo consistía en que los testigos discordantes se interrogasen entre sí.

E) *Quién podía suscitar el careo:* Era un derecho reservado al funcionario judicial, no a las partes. Estas podían solicitarle al Juez que lo decretara en ejercicio de su discreción, oficiosamente. Por ejemplo, ante la existencia de una discordancia objetiva existente entre dos testigos advertida por las partes el Juez podía negar el careo al estimar que la misma "no interesaba a la investigación", o que simplemente no era indispensable "aclarar el punto".[120]

El artículo 378 del Código de Procedimiento Penal de 1.938 consagraba el denominado *semicareo*, que se presentaba cuando existía una contradicción entre dos declaraciones pero sólo era posible la comparecencia de uno de los dos declarantes en pugna. La norma señalaba:

> Cuando apareciere contradicción entre la declaración de un testigo ausente y la del procesado o la de otro testigo presente, y el funcionario considere indispensable aclarar el punto en que tal contradicción ocurra, leerá al procesado o al testigo presente su declaración y las particularidades de la del ausente en que se note el desacuerdo y pedirá las explicaciones del caso con el fin de que el procesado o el testigo confirme, varíe o modifique sus anteriores aseveraciones.

119 Salvamento de voto de Jorge Enrique Valencia Martínez, a la sentencia de casación penal de la Corte Suprema de Justicia del 19 de mayo de 1995, Radicado 8724.
120 Parra Quijano, op. cit., p. 253: "Las partes pueden "insinuarle" al juez el decreto del careo, indicándole que es lo que consideran contradictorio; sin embargo, quedará a discrecionalidad del funcionario decretarlo, es decir, que no existe derecho de las partes para solicitar su decreto".

Como en este supuesto no había sino una persona presente no se podían preguntar entre sí los testigos contradictorios, por lo que el juez intervenía pidiendo explicaciones al declarante presente con el fin de aclarar la inconsistencia con lo manifestado por el testigo ausente, bien confirmando su versión o modificándola.[121]

La razón de ser del careo como medio de confrontación de la prueba testifical radica en que "se considera que es más fácil mentir sin la presencia de la persona a la cual puede perjudicar esa mentira, o sencillamente, frente a la persona que tiene otra versión de los hechos".[122]

Para los propósitos de este libro conviene diferenciar el *careo* del *contrainterrogatorio*, exponiendo los aspectos fundamentales de cada uno. Esto permitirá comprender dos ideas:

a) Que en nuestra práctica forense la diligencia de careo *absorbió* el espíritu de contradicción inherente al contrainterrogatorio.

b) Que es posible *reconducir* al contrainterrogatorio la esencia o espíritu de contradicción que originariamente alimentó al careo.

El siguiente cuadro diferencia el careo del contrainterrogatorio a partir de unos criterios básicos de comparación:

121 De ésta práctica judicial aún se conserva un rezago cultural en nuestra práctica forense, consistente en preguntarle a un testigo o sindicado que está siendo interrogado "*por qué será*" que otro testigo o sindicado dice cierta cosa. Ésta pregunta es ilegal y objetable, bajo el entendido de que un declarante, por falta de conocimiento, no puede contestar por sobre los motivos que tuvo otro declarante para decir tal o cual cosa. Este es un ejemplo elocuente de cómo ciertas prácticas judiciales pueden sobrevivir por décadas y adaptarse a los cambios legislativos, a semejanza de virus informáticos que contaminan las nuevas regulaciones obstaculizando su cabal aplicación.

122 Parra Quijano, op. cit., p. 252. Cfr. Chiesa Aponte, op. cit., Volumen I, p. 393: "Es una proposición general indiscutible que es más difícil mentir de frente a la persona afectada o perjudicada con la declaración, que lo que sería de espaldas o en ausencia de esa persona".

CUADRO 1. Comparación del careo y el contrainterrogatorio

CRITERIO DE COMPARACIÓN	CAREO	CONTRAINTERROGATORIO
Sujetos en controversia	Declarante Vs. Declarante	Abogado Vs. Testigo adverso
Quién tiene el derecho de solicitarlo	El Juez. La parte no tiene derecho al careo	La parte afectada con la declaración tiene derecho al contrainterrogatorio
En qué casos procede	Cuando entre dos declaraciones se presente discordancia acerca de algún hecho o de alguna circunstancia que interese a la investigación Su práctica no presupone *necesariamente* declaraciones contradictorias	Procede en todo caso en que la parte afectada pretenda *confrontar* una declaración adversa
Qué pretende	Aclarar el punto contradictorio entre las dos declaraciones	Cuando los testigos que se contradicen son adversos, el contrainterrogatorio evidencia o maximiza las contradicciones Cuando se contradice un testigo adverso con uno de descargo pretenderá mostrar que el error que origina la contradicción proviene del testigo adverso
Quién formula preguntas	Fundamentalmente los sujetos careados entre sí y el Juez a éstos. La intervención de las partes es subsidiaria o accesoria y es de la total discrecionalidad del Juez permitirla	Las preguntas en un contrainterrogatorio están a cargo de la parte que ejerce el derecho a contrainterrogar

Esta diferenciación permite concluir sin lugar a dudas que el contrainterrogatorio supera ampliamente al careo en eficiencia, eficacia, técnica y garantía como método de confrontación en materia testimonial, por lo siguiente:

- El contrainterrogatorio permite una mayor *técnica* y *efectividad* en el desarrollo de la contradicción en la medida en

que será un profesional debidamente capacitado para interrogar quien dirija las preguntas al testigo. En el careo son los mismos testigos, usualmente legos en el difícil arte de interrogar y contrainterrogar, quienes mutuamente se interrogan sobre lo que estimen conducente a partir de su conocimiento personal de los hechos. Esta mayor técnica conlleva a una mayor *eficiencia* en cuanto al desarrollo y resultado de la diligencia.

- El contrainterrogatorio satisface plena y eficazmente el derecho fundamental de contradicción del sujeto procesal afectado con la declaración adversa, en la medida en que éste *tiene derecho* a controvertirla directamente. Ello no sucede en el careo, pues la parte no tiene "derecho a citar a careo" al testigo adverso; es facultativo y discrecional del funcionario judicial acceder a esa solicitud. Y aún cuando el funcionario judicial decretase un careo a solicitud de la parte afectada con la declaración contradictoria, ésta no tendría verdadero *control sobre la controversia y la estrategia de defensa*, pues el interrogatorio en el careo se libra a los testigos careados y cae bajo la total dirección y manejo por parte del funcionario judicial. Cosa distinta ocurre en el contrainterrogatorio, donde el poder de formular las preguntas se entrega totalmente al abogado que contrainterroga, obviamente bajo límites legales[123].

- Los supuestos en que opera el careo son mucho más restringidos y estrechos que los del contrainterrogatorio. El careo solo opera en un supuesto: contradicciones esenciales entre declaraciones. En cambio ese es solo uno de los supuestos en que es viable el contrainterrogatorio, el cual puede también presentarse cuando la declaración del testigo adverso no contradice ninguna otra declaración. Por ejemplo, el contrainterrogatorio puede operar en eventos en que un testimonio discrepa con otro medio de prueba no testimonial; o puede aplicarse en asuntos penales cuando el acusado ha hecho uso del

123 Así, por ejemplo, durante el contrainterrogatorio la parte contraria a aquella que lo formula, o el mismo juez, tienen derecho a objetar al contrainterrogador las preguntas que se formulen ilegalmente (el caso mas común, pero no el único, son las *preguntas argumentativas*). Asimismo, es deber del juez proteger al testigo contrainterrogado contra todo tipo de acoso o humillación indebidos.

derecho a guardar silencio, evento en el cual no hay contradicción entre dos declaraciones, por sustracción de materia.

- La finalidad del careo es mucho más reducida que la del contrainterrogatorio. El careo pretende aclarar el punto contradictorio entre las dos declaraciones. Los objetivos del contrainterrogatorio son más amplios y dependerán de la estrategia adoptada por el litigante en cada caso concreto. Como se explicará más adelante el contrainterrogatorio puede básicamente pretender: (1) Limitar el alcance perjudicial del interrogatorio; (2) Obtener testimonio favorable; y (3) Destruir o desacreditar, al testigo o a su testimonio.[124]

- Mientras que el careo siempre se orienta a *aclarar la contradicción* entre dos declaraciones, el contrainterrogatorio se orienta a lo siguiente, según el caso: (1) Si existe una contradicción entre dos testigos de cargo, antes que aclarar el punto el contrainterrogatorio pretende exponer y ampliar la contradicción, en la medida de lo posible.[125] (2) Si se presenta contradicción entre un testigo de cargo y uno de descargo el contrainterrogatorio pretende demostrar que el testimonio de cargo no merece credibilidad.

Además de lo expuesto, cabe agregar que el tradicional careo colombiano no representa ninguna ventaja cuando el contrainterrogatorio se practica con la presencia física del acusado, porque se cumple con el elemento de la *presencia física* del adversario, de donde se preserva la dificultad de mentir en presencia de la persona que tiene otra versión de los hechos.

Conviene recordar que el Decreto 409 de 1.971 consagró el careo en los mismos términos en que ya había sido regulado por la Ley 94 de 1.938, pero el Código de Procedimiento Penal de 1.987 no lo incorporó. Se rompió así una tradición legislativa, a su vez heredada de España, que había existido desde los inicios de la República. Esta ruptura por omisión de consagración -no

124 Véase el capítulo sobre *Los Objetivos del Contrainterrogatorio.*
125 Romero Soto y Romero Álvarez, op. cit., 1.989, p. 503: "Creando desacuerdo entre dos testigos cuyas declaraciones no lo (sic) son favorables sobre un punto principal de carácter objetivo, quien interroga puede convencer tanto al juez de derecho como a los jueces de hecho, que ninguno de los dos merece credibilidad".

por prohibición expresa- originó un debate en nuestro medio a partir de 1.987 -que algunos con razón encuentran inoficioso[126]- acerca de si el funcionario judicial penal podía o no llevar a cabo una diligencia de careo. Interesa aquí presentar el tema desde la perspectiva de las relaciones del careo con el contrainterrogatorio.

Algunos sostienen que el funcionario judicial puede practicar una diligencia de careo en un proceso penal en la medida en que no le está expresamente prohibido, ya que existe libertad probatoria y posibilidad de integración del Código de Procedimiento Penal con el Código de Procedimiento Civil, que lo consagra expresamente. Otro sector de la doctrina señala lo contrario, en tanto el careo debe entenderse prohibido al no consagrarse en el Código de Procedimiento Penal.

Al respecto, conviene reseñar que en sentencia del 19 de mayo de 1995[127] la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia emitió *dictum* conforme al cual el careo no era aplicable al procedimiento penal por integración con el proceso civil, donde sí se permite expresamente.

Se trató de un caso cuya etapa instructiva se adelantó bajo la vigencia del Decreto 409 de 1.971, el cual consagraba expresamente la viabilidad de la diligencia de careo. El funcionario de instrucción citó en dos ocasiones un careo entre el sindicado y la víctima lesionada, testigo de cargo. Asistieron a la diligencia el sindicado y su defensor, pero no la víctima. El funcionario judicial no hizo nada por lograr la comparecencia de la víctima al careo. Ya en la etapa del juzgamiento entró en vigencia el Código de Procedimiento Penal de 1.987, que no consagró expresamente la diligencia de careo en su articulado. En ese caso, durante la etapa del juicio ningún sujeto procesal insistió en la práctica del careo decretado en la etapa instructiva.

En esta sentencia realmente el problema sometido a consideración de la Corte fue, de un lado, la nulidad del proceso por indebida notificación de la resolución de acusación y, del otro, la

126 Gómez Jiménez, John Jairo, op. cit., p. 96.
127 M. P. Edgar Saavedra Rojas y Juan Manuel Torres Fresneda, radicado 8724.

nulidad por falta de defensa técnica originada en la pasividad del defensor del acusado[128].

La Corte contestó al segundo punto que no había nulidad porque dicha pasividad configuraba estrategia de defensa en el caso concreto, pero al primer punto contestó afirmativamente y casó la sentencia. Como *cuestión incidental*, sobre el tema del careo, la mayoría de la Corte expresó que "la diligencia de careo no es un medio de prueba, sino uno apenas, entre varios mecanismos procesales aptos para contrastar los testimonios o la injurada", y en sustento de su tesis señaló:

> A propósito de este tema vale la pena clarificar que a juicio de la Sala, y a diferencia de cuanto plantea el libelista, la diligencia de careo dista de integrar un medio probatorio autónomo o independiente, constituyéndose en elemento apto para contrastar o depurar las declaraciones de testigos cuyas versiones se oponen entre sí o frente a la que rinde el procesado.
>
> Trátase, además, de un medio discrecional y facultativo, tanto en la concepción que de él traían los Códigos de Procedimiento Penal anteriores al Decreto 050 de 1.987, como en la del artículo 230 del Código de Procedimiento Civil, donde la razonabilidad de su decreto tiene que depender de la igualdad y proporcionalidad entre las partes enfrentadas, de modo que resultaría absurdo pretender su práctica entre un mayor y un menor, o entre un jefe y sus subordinados, cuando no y muchas veces entre ofensores poderosos, avezados y agresivos frente a sus víctimas débiles, temerosas e indefensas.
>
> Contingente, además, en cuanto la falta de su práctica no impediría a los intervinientes procesales ni al juzgador controvertir directamente la prueba o mediante el aporte de otras, ni

128 "Al amparo de la causal tercera de casación el demandante plantea la existencia de una nulidad, por haberse afectado el debido proceso y el derecho a la defensa del procesado, quien inicialmente designó a un defensor de confianza, que no cumplió con los deberes encomendados pues nunca formuló una petición, ni asistió a la práctica de ninguna diligencia de carácter probatorio.
A ello agrega que, calificado el proceso, el juzgado le nombró un defensor de oficio, sin que los funcionarios judiciales hubieran hecho esfuerzo alguno para informar de tales hechos al sindicado, cuando se contaba con su dirección, a quien tampoco se le notificó la resolución de acusación" (sentencia del 19 de mayo de 1995, radicado 8724, M. P. Edgar Saavedra Rojas y Juan Manuel Torres Fresneda).

sopesar después los diferentes medios encontrados cotejándolos razonadamente, sin que con ello se lesione el derecho de defensa, menos si ex-profeso en materia criminal el careo se marginó del ordenamiento procesal por ineficaz, inconveniente y desprestigiado.

En este aspecto ha de tomarse en cuenta que la prerrogativa constitucional consagrada en el artículo 29 superior como derecho "a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra", lejos está de hallar su única expresión en la desueta diligencia de careo, siendo mucho más amplias y plurales las oportunidades que se conceden a los intervinientes procesales, respecto de todos los medios probatorios, y no solo del testimonial, como sucede por vía de ejemplo ante la diligencia de inspección donde se prevé la posibilidad de su conocimiento y solicitud de aclaraciones y ampliaciones (art.260 C. de P.P.), el enteramiento del dictamen facilitando su ampliación, aclaración u objeción (artículos 270-271), tachando documentos o interviniendo ante informaciones recibidas (arts.277-280) o repreguntando y contrainterrogando a los testigos (art. 292).

(...)

Tal derecho no se consolida, entonces, con la práctica de un interrogatorio recíproco y rostro a rostro entre testigos discrepantes, o frente al procesado cual sucedía en la diligencia de careo, sino mediante la posibilidad mucho más amplia y en relación con todas y cada una de las pruebas que tienen los intervinientes procesales para objetar, aclarar, contraprobar, y por supuesto repreguntar y contrainterrogar en la búsqueda de la verdad y la demostración del derecho alegado.

Se concluye que la opinión de la Corte sobre la aplicabilidad del careo en el proceso penal no es realmente vinculante como *precedente* ya que se trató de *dictum*, en la medida en que esa argumentación no fue la razón de decisión adoptada por la Corte en la parte resolutiva de la sentencia, consistente en anular el proceso por indebida notificación de la resolución de acusación.

En realidad, la imposibilidad para los funcionarios judiciales penales de decretar una diligencia de careo no deriva en la actualidad de la mencionada sentencia sino, más bien, de la ausencia de soporte normativo que permita a un testigo preguntar a otro, con la salvedad del caso en que el sindicado se encuentre presente en la diligencia de testimonio, pues podría interrogar en ejercicio del derecho de defensa material.

Como hipótesis se sostiene aquí que en Colombia la confrontación directa del testimonio se ha materializado tradicional y culturalmente en la diligencia de careo, al menos mientras esta figura existió en nuestra legislación procesal. A través de la historia se presentó una especie de absorción del contrainterrogatorio (mal entendido) por el careo, al punto de asumirse que la contradicción del testimonio adverso se concreta mediante el careo.[129]

Este fenómeno explica los fuertes salvamento y aclaración de voto de dos magistrados de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia frente a la mayoría de la Corte en la sentencia citada. Sin entrar a establecer la corrección o el error del salvamento y la aclaración de voto, el análisis del concepto de derecho de contradicción prohijado por los argumentos de los magistrados disidentes arroja reveladores resultados en la comprobación de la hipótesis acabada de formular: la contradicción directa de la prueba testifical adversa fue "absorbida" en la tradición jurídica colombiana por la diligencia de careo.[130]

En efecto, el Magistrado Saavedra Rojas en su salvamento de voto equiparó el careo a la "confrontación entre el sindicado y el testigo", definiéndolo como "un medio de defensa" que consiste en la "confrontación entre el sindicado y su principal acusadora."

129 Muy ilustrativa al respecto es la opinión de la Procuraduría General de la Nación en concepto emitido dentro del proceso de casación que dio origen a la sentencia del 19 de mayo de 1995, ya citada: "*Es así como el instructor no permitió* ***el contrainterrogatorio*** *de la lesionada que* ***por la vía del careo*** *se había solicitado, pues a pesar de las varias citaciones para ello la interesada no compareció, sin que tal conducta motivara la aplicación de correctivo alguno por parte del funcionario instructor;*" (s.n.)

130 Salvamento de voto de Edgar Saavedra Rojas y aclaración de voto de Jorge Enrique Valencia Martínez a la sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de 19 de mayo de 1995 (Proceso 8724).

Y luego de reseñar las normas de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos que consagran el derecho del acusado de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo[131] señaló que esas normas consagran el careo, toda vez que:

> De estos textos no surge la más mínima duda que se trata de una clara y específica referencia al **derecho de confrontación** que tiene el sindicado en relación con las personas que lo acusen dentro del proceso penal, **y que en la legislación procesal colombiana se denominó diligencia de careo**, hasta su desaparición con la vigencia del Código Procesal de 1.987. (s.n.)

En verdad de estas normas surge el "derecho de confrontación que tiene el sindicado en relación con las personas que lo acusen dentro del proceso penal", pero repárese cómo a renglón seguido se identifica y se materializa el derecho de confrontación no con el contrainterrogatorio sino con el careo, tal y como aparecía consagrado en el Código de Procedimiento Penal de 1.971.

Más adelante en el salvamento de voto se agregó lo siguiente:

> Tampoco se puede desconocer que (el careo) es un importante medio defensivo, **porque se trata del justo y lógico derecho de quien es acusado por alguien, para que esa persona repita la acusación en su presencia y tenga la oportunidad de formular las preguntas y repreguntas que considere de importancia para sus fines defensivos**. (s.n.)

Es correcto sostener la existencia de un "justo y lógico derecho de quien es acusado por alguien, para que esa persona repita la acusación en su presencia y tenga la oportunidad de formular las preguntas y repreguntas que considere de importancia para sus fines defensivos", pero adviértase que para eso fue creado con lujo de eficiencia el contrainterrogatorio. Nótese como se razona de forma tal que, quizá sin quererlo, se termina subsumiendo el contrainterrogatorio en la antigua diligencia de careo.

131 Precisamente las mismas normas que tradicionalmente se citan como fundamento del derecho a contrainterrogatorio: Leyes 74 de 1.968 y 16 de 1.972.

Finaliza el salvamento de voto expresando que "este derecho de contradicción, también de raigambre constitucional, se vulnera si se desconoce la existencia de la diligencia de careo o de contradicción".

Aquí es más claro aún que materialmente se entiende el careo en el sentido angloamericano del término, como presencia del acusado ante el testigo de cargo para que declare "en su cara". Sin embargo, expresa y formalmente se aduce en el salvamento de voto que el careo que se está reivindicando es el que tradicionalmente se conoce en nuestro medio, al punto que se considera que "el juez debe recurrir para su práctica a su prudente juicio, que no sería otro que la forma como la prueba se practicaba de conformidad con las regulaciones establecidas en el Código Procesal de 1.971 (Decreto 409), derogado precisamente por el Decreto 0057 de 1.987 que quiso hacer desaparecer este medio de prueba."

El careo y el contrainterrogatorio pueden coincidir en algunas de sus características, en la medida en que en una diligencia de careo puede presentarse un contrainterrogatorio; es el caso hipotético de un careo celebrado en materia penal entre un testigo y el sindicado, en el curso del cual se permita al abogado del sindicado formularle preguntas al testigo. Esta situación acarrea algunos inconvenientes, pues el propósito esencial del careo no es que el defensor contrainterrogue sino que los testigos se interroguen y contrainterroguen entre sí.

Adicional a ello, es de la esencia del careo que el juez mantenga un estricto control durante el desarrollo de la diligencia, por lo que la intervención del defensor es puramente subsidiaria y totalmente dependiente de la autorización y parámetros brindados por aquél. En el evento en que el careo en materia penal se desarrolle entre dos sindicados, el defensor podría encontrar oposición al contrainterrogatorio de uno de ellos bajo la antigua regla que le prohíbe al defensor formular preguntas al sindicado durante la diligencia de indagatoria; y en todo caso, aunque al abogado defensor se le permitiera formular preguntas, ellas dudosamente podrían ser sugestivas –como es esencial al contrainterrogatorio- por cuanto estarían dirigidas a un sindicado que

declara libre de todo juramento y sin posibilidad de ser exhortado a decir la verdad.[132]

El anterior análisis explica por qué el contrainterrogatorio no ha sido desarrollado en nuestra práctica forense ni acogido por la tradición jurídica. Nuestros abogados asistían a diligencias de careos convocados por el Juez según su buen criterio sobre las necesidades de la investigación, que no necesariamente eran las mismas de la defensa; esos abogados asistían mas como *convidados de piedra*, tal y como lo han hecho tradicional y lamentablemente a la diligencia de indagatoria[133] ,y no como participes activos con autonomía estratégica; en ese escenario los protagonistas eran los testigos careados y no el abogado litigante.

En aquellos careos el litigante no contrainterrogaba realmente a los testigos de cargo ni ostentaba autonomía y control sobre la controversia, empezando porque el testigo careado, que en el contrainterrogatorio se debe limitar a contestar las preguntas, podía él mismo replicar formulándolas.

Es cierto que el careo, tal y como se practicaba en nuestro medio, podía ser una fuente de indecibles riquezas valorativas para el Juez; es que "es útil la percepción directa del magistrado sobre el enfrentamiento vivo de los declarantes en oposición"[134] , pero el costoso precio que se paga a cambio es la muerte del derecho al contrainterrogatorio, por cuanto el defensor pierde la autonomía estratégica en el manejo del caso y la libertad para controvertir. Sólo es posible desplegar a plenitud esas cualidades en un contrainterrogatorio.

Se comprende entonces que a partir de 1.987, con la desaparición del careo de la práctica penal colombiana, la situación de la

132 Romero Soto y Romero Álvarez son partidarios de prohibir las preguntas sugestivas (que denominan "capciosas") al sindicado aun bajo contrainterrogatorio, en virtud del carácter plenamente libre y espontáneo que tiene la diligencia de indagatoria en materia penal. Cfr. Romero Soto y Romero Álvarez, op. cit., 1.989, p. 429.
133 Más por un rezago práctico del principio inquisitivo sumado a la pasividad y servil sumisión de muchos de nuestros abogados defensores en asuntos penales, entre otras cosas. El papel del defensor en la diligencia de indagatoria *puede ser* claramente participativo y activo, por ejemplo mediante las siguientes gestiones: aconsejando a su cliente guardar silencio; oponiéndose u objetando preguntas ilegales; insinuando al funcionario judicial preguntas relevantes para que las formule como propias al sindicado, si es que no se le permite al defensor formularlas directamente, entre otras gestiones.
134 Aclaración de voto del Magistrado Jorge E. Valencia M. a la sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de 19 de mayo de 1995 (Proceso 8724).

confrontación de los testigos adversos se agravó aún más: de un momento a otro el mecanismo por el cual se suponía debía confrontarse directamente la prueba testifical adversa desapareció: ya no era el careo, *podía ser* el contrainterrogatorio. Pero en la práctica esta posibilidad se vio limitada por la total ausencia de referentes teóricos y culturales sobre el tema: hacia el pasado no había tradición forense sobre contrainterrogatorio, ni existían referentes jurisprudenciales ni doctrinales.

La teoría de la evolución enseña que cuando un órgano o habilidad no se utiliza se atrofia y tiende a desaparecer. En esas condiciones cabe reflexionar con sentido histórico, ante el panorama presentado, ¿hasta que punto se atrofió la habilidad de los operadores jurídicos colombianos para *confrontar directamente* los testigos adversos? Eso es precisamente lo que sucedió, y la realidad de nuestra práctica forense lo confirma. Lo alentador del asunto es que una habilidad perdida o disminuida se puede rehabilitar, mediante arduo trabajo.

La tradición jurídica colombiana es heredera del legado jurídico europeo-continental sobre contradicción de la prueba testifical adversa mediante el careo, no mediante el contrainterrogatorio.

De hecho, es revelador que Altavilla en su *Psicología Judicial* denomine "objeciones" a las "preguntas que pueden contener dudas acerca de su veracidad (del testigo), oponiéndole a sus declaraciones argumentos o testimonios que demuestran su falsedad".[135]

Este entendimiento del término "objeción" como equivalente a *tacha* o *impugnación* del testigo[136], se confirma en el siguiente pasaje citado por el autor:

> N. N., acusada de envenenamiento y de calumnia por haberle atribuido el homicidio a su patrón, ante las objeciones que se

135 Altavilla, Enrico, *Sicología Judicial*, Temis, Bogotá, 1975, Vol. II, p. 867. En cambio, en la doctrina angloamericana las "objeciones", que la Ley 906 de 1994 denomina "oposiciones", son el instrumento para oponerse a preguntas o respuestas que contrarían las reglas de la prueba, evitando así la contaminación de la evidencia recogida durante la actuación procesal.
136 En la tradición angloamericana el *impeachment* consiste en la impugnación, tacha o recusación del testigo mediante la técnica del contrainterrogatorio.

> le hicieron en vez de responder las **preguntas tendientes a comprobar las razones de resentimiento hacia su patrón**, se perdió en infinidad de detalles insignificantes... (s. n.)

Agréguese a lo anterior que el autor en cita entiende que esas "objeciones" son aplicables dentro del marco de la diligencia de careo, cuando señala que "las objeciones pueden venir del juez o de otro actor del procedimiento, sometido a careo".[137]

3. La tradición legislativa

En la historia legislativa colombiana muy pocas veces se ha mencionado la expresión *contrainterrogatorio*, aunque en algunas ocasiones se ha aludido al término *repreguntas*.

En efecto, la Ley 105 de 1.931, o Código Judicial[138], señalaba en su artículo 690:

> Cada parte puede **repreguntar** a los testigos de la otra, de palabra o en el acto de declarar, o por escrito presentado previamente... **Las repreguntas**, que deben ser limitadas y conducentes a juicio del Juez, se hacen luego que se haya contestado el interrogatorio principal, o después de cada respuesta, a voluntad de la parte que repregunta. (s.n.)

En el artículo 684 el mismo Código disponía que "también firma la diligencia la parte que concurra en ejercicio del **derecho de repreguntar a los testigos**."Y en el artículo 693 de la misma obra se expresaba que "para apreciar los testimonios se requiere que estos o su ratificación se hayan pedido o decretado durante el término probatorio, **a fin de que las otras partes intervengan en la diligencia, repregunten y ejerzan su derecho a infirmar la prueba**".

137 Altavilla, op. cit., Vol. II, p. 867. El autor trata este tema bajo el título "respuesta a objeciones y en (sic) diligencia de careo".
138 El Código Judicial regulaba en un solo estatuto el procedimiento aplicable a los asuntos civiles y penales. La separación de ambos ordenamientos procesales ocurrió en 1.938, con la adopción del primer Código de Procedimiento Penal expedido en ese año.

Dejando de lado lo expuesto, nuestros Códigos de Procedimiento Penales y Civiles tradicionalmente no han hecho referencia al contrainterrogatorio, salvo el Código de Procedimiento Penal de 1.971 (Decreto 409), que en su artículo 253, que reproducía el artículo 241 de la Ley 94 de 1.938, expresaba:

> El juez, el funcionario de instrucción, el procesado, su apoderado o defensor, el apoderado de la parte civil, y las demás personas que tengan derecho de intervenir en el proceso, podrán hacer a los testigos, cuando declaren, todas las preguntas **y contrainterrogatorios que quieran para establecer mejor los hechos**... (s.n.)

La expresión "contrainterrogatorio" fue también utilizada por el artículo 50 del Decreto Legislativo 099 de 1.991, adoptado como legislación permanente por el artículo 4º del Decreto 2271 de 1.991 y aplicable a la en ese entonces denominada 'justicia sin rostro':

> A fin de garantizar su seguridad, cuando el Juez considere conveniente mantener la reserva de su identidad o la de los intervinientes en el proceso, dispondrá que en la práctica de pruebas se utilice cualquier medio o mecanismo adecuado para tal efecto, o que los **contrainterrogatorios**, solicitud de aclaración de dictámenes o cualquier petición similar, se formulen y tramiten por escrito. (s.n.)

Por lo demás, no mencionan el "*contrainterrogatorio*" los Códigos de Procedimiento Penal de 1.987 (Decreto 050), 1.991 (Decreto 2700) y 2.000 (Ley 600), así como el Código de Procedimiento Civil vigente desde 1.970, con reformas en 1.989 (Decreto 2282) y 2.003 (Ley 794).

La expresión en comento viene apenas a ser utilizada por la Ley 906 de 2.004 al definir el *interrogatorio cruzado del testigo*.[139]

Ahora bien: un recorrido histórico por los diversos desarrollos legislativos que han regido en Colombia en materia de prueba

139 Artículo 391 de la Ley 906 de 2004.

testimonial demuestra que las regulaciones no han cambiado en esencia desde hace casi un siglo.

Mírense los resultados de tal muestra histórica, fundamentalmente aplicada al procedimiento penal. La conclusión de este análisis es que en materia de prueba testimonial la tendencia ha sido claramente inquisitiva, de donde resulta comprensible por qué muchas prácticas judiciales existentes son simplemente repetición mecánica de antiguos formatos originados hace décadas.

La importancia de esta revisión legislativa consiste en obtener *conciencia histórica* acerca del estado de la práctica de la prueba de testigos en Colombia, lo cual servirá para permitir la entrada en vigencia cultural del sistema acusatorio implementado en materia penal por la Ley 906 de 2.004.[140]

Se pretende entonces, a continuación, develar al menos en parte el origen histórico de la práctica forense en materia de práctica de interrogatorio y contrainterrogatorio, acudiendo al expediente de mostrar cómo, en algunas ocasiones, las cosas se hacen de determinada forma "porque siempre se han hecho así", inconsulta y mecánicamente.

Este análisis ayuda también a demostrar que la implementación cultural del contrainterrogatorio -y del sistema acusatorio en general- no implica copiar descontextualizadamente el sistema angloamericano, ni ninguno otro; en el fondo, si se superan ciertos prejuicios mínimos, se comprenderá que el sistema puede adaptarse a nuestra realidad porque en el fondo es un desarrollo y desprendimiento de nuestras normas constitucionales y de los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos vigentes desde hace más de treinta años en nuestro país.

A continuación se presentarán cuadros comparativos de las normas sobre testimonio aplicables al proceso penal, vigentes

140 Como es sabido, una cosa es la entrada en vigencia de una norma, y otra muy distinta su efectiva y cabal aplicación por los operadores jurídicos, lo cual depende, entre otros, de factores sicológicos, sociológicos y culturales. En este sentido, la teoría del derecho distingue la *validez formal* o *validez en sentido estricto* (existencia del derecho) de la *validez sociológica* o *eficacia* (obediencia efectiva al derecho). Véase Falcón y Tella, Maria José, *Concepto y Fundamento de la Validez de Derecho*, Civitas, Madrid, 1.994.

desde 1.938, pasando por las reformas de 1.971, 1.987, 1.991 y 2.000, con algunas referencias al proceso civil, para terminar con algunos comentarios referidos a la actual reforma que implementa el sistema acusatorio en materia penal (Ley 906 de 2.004). Los cuadros deben leerse de izquierda a derecha para apreciar cronológicamente los cambios legislativos respectivos.

Algunos puntos de referencia para el estudio de la técnica del contrainterrogatorio son las normas que consagran las siguientes variables en materia de prueba de testigos:

1. *Las preguntas de prohibida formulación*. El escrutinio histórico del Código de Procedimiento en materia penal, existentes desde 1.938 y hasta el año 2.004, arroja el siguiente resultado:

CUADRO 2. Las preguntas de prohibida formulación.

LEY 94 DE 1938	DECRETO 409 DE 1971	DECRETO 050 DE 1987	DECRETO 2700 DE 1991	LEY 600 DE 2000	LEY 906 DE 2004
Art. 240. El juez o el funcionario de instrucción se abstendrán de insinuar al testigo su respuesta, y de redactar en forma alguna la respuesta que el testigo diere. Las respuestas deberán consignarse por escrito en los mismos términos en que las diere el testigo.	Art. 252. Prohibición de insinuar respuestas. El juez o el funcionario de instrucción se abstendrán de insinuar al testigo su respuesta, y de redactar en forma alguna la respuesta que el testigo diere. Las respuestas deberán consignarse por escrito en los mismos términos en que las diere el testigo.	292.—Prohibición. El Juez se abstendrá de sugerir respuestas, de formular preguntas capciosas y de ejercer violencia sobre el testigo. Las respuestas se consignarán tal y como las suministre el testigo.	290.—Prohibición. El funcionario se abstendrá de sugerir respuestas, de formular preguntas capciosas y de ejercer violencia sobre el testigo.	274.— Prohibición. El funcionario se abstendrá de sugerir respuestas, de formular preguntas capciosas y de ejercer violencia sobre el testigo.	Artículo 392. Reglas sobre el interrogatorio. El interrogatorio se hará observando las siguientes instrucciones: a) Toda pregunta versará sobre hechos específicos; b) El juez prohibirá toda pregunta sugestiva, capciosa o confusa; c) El juez prohibirá toda pregunta que tienda a ofender al testigo; d) El juez podrá autorizar al testigo para consultar documentos necesarios que ayuden a su memoria. En este caso, durante el interrogatorio, se permitirá a las demás partes el examen de los mismos; e) El juez excluirá toda pregunta que no sea pertinente. El juez intervendrá con el fin de que el interrogatorio sea leal y que las respuestas sean claras y precisas.

Se dedicará un capítulo de este libro al estudio de la pregunta sugestiva, dada su importancia en la práctica del contrainterrogatorio.[141] Por el momento basta señalar que en el Decreto 050 de 1.987 se modificó la tradicional expresión, utilizada por espacio de más de 50 años, consistente en "insinuar al testigo su respuesta" por la prohibición de "sugerir respuestas".

En el año de 1.987 desapareció la prohibición de "redactar en forma alguna la respuesta que diere el testigo", hasta entonces vigente, por entenderse implícita en la nueva expresión "las respuestas se consignarán tal y como las suministre el testigo".

También aparecen en el Decreto 050 de 1.987 la prohibición de "preguntas capciosas" y la de "ejercer violencia contra el testigo", que no existían antes. En los Códigos de Procedimiento anteriores a esa fecha (1.938 y 1.971) la prohibición consistía solo en "sugerir respuestas" y en "redactar en alguna forma la respuesta del testigo".[142]

Como puede verse, por espacio de más de 60 años ha existido en nuestra legislación una norma que prohíbe al funcionario judicial "sugerir respuestas" al testigo en el interrogatorio, o insinuarle la respuesta a la pregunta. Esto ha generado una correlativa costumbre o práctica judicial que se constituye en uno de los peores obstáculos culturales para comprender el significado del contrainterrogatorio, cuya forma natural es precisamente el sistema de preguntas sugestivas o que insinúan la respuesta.

Esta tradición normativa impide asimismo separar nítidamente el interrogatorio del contrainterrogatorio como dos fenómenos diferenciables en la práctica de la prueba testimonial, sujetos en consecuencia a reglas diferentes como la que se viene comentando (prohibición de preguntas sugestivas).

De la misma forma, la norma que prohíbe las preguntas sugestivas, al haber sido tradicionalmente formulada de manera *abso-*

141 Véase el capítulo sobre *La Pregunta Sugestiva en el Contrainterrogatorio.*
142 Cabe anotar que el artículo 351 de la Ley 94 de 1.938, al regular la diligencia de indagatoria, señalaba que "Es absolutamente prohibido (...) toda **pregunta capciosa** o sugestiva, como sería la que tendiese a suponer reconocido un hecho que el procesado no hubiere verdaderamente reconocido". (s.n.)

luta o *sin excepciones* y en el marco de un sistema procesal con tendencia inquisitiva, impide comprender que la mencionada prohibición, aplicable al interrogatorio directo, tiene incluso excepciones para satisfacer fines superiores, como cuando se trata de ayudar a la memoria del testigo.[143]

Por su parte, la Ley 906 de 2.004 señala en el literal b) de su artículo 392, al referirse a las "Reglas sobre el interrogatorio", que "El juez prohibirá toda pregunta sugestiva, capciosa o confusa." Esta regulación no debe interpretarse como una prohibición a las preguntas sugestivas durante el contrainterrogatorio, según se demostrará más adelante.

Pero incluso un estudio sistemático y finalista de la nueva legislación impide llegar a esa conclusión.

En efecto, el artículo 391 de la Ley 906 de 2.004, relativa al "*Interrogatorio cruzado del testigo", dispone*:

> Todo declarante, luego de las formalidades indicadas en el artículo anterior, en primer término será interrogado por la parte que hubiere ofrecido su testimonio como prueba. Este **interrogatorio**, denominado **directo**, se limitará a los aspectos principales de la controversia, se referirá a los hechos objeto del juicio o relativos a la credibilidad de otro declarante. **No se podrán formular preguntas sugestivas ni se insinuará el sentido de las respuestas**. (s.n.)

Se evidencia que la prohibición de formular preguntas sugestivas aparece desde un principio referida al *interrogatorio directo*, aun cuando se encuentre antitécnicamente ubicado en una norma sobre *interrogatorio cruzado* o contrainterrogatorio. Se confirma la anterior conclusión a partir del siguiente inciso de la norma en comento:

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

143 Así lo admite la doctrina probatoria más tradicional. Por ejemplo, Framarino Dei Malatesta se refiere a la *sugestión lícita*, que se permite por celeridad y ayuda de memoria al testigo. Éstas son "sugestiones que sirven al descubrimiento de la verdad, y que es lícito emplear". (*Lógica de las Pruebas en Materia Criminal*, Temis, Bogotá, 4ª edición, 1995, Vol. II., p. 89.)

Cabe aclarar que la expresión "en forma de contrainterrogatorio" significa mediante preguntas sugestivas, según se demostrara posteriormente.

2. *Las respuestas inadmisibles.* El escrutinio histórico respectivo arroja el siguiente resultado:

CUADRO 3. Las respuestas inadmisibles.

CODIGO JUDICIAL DE 1931	LEY 94 DE 1938 (C. P. P.)	DECRETO 409 DE 1971 (C. P. P.)	DECRETO 1400 DE 1970 (C. P. C.)
Artículo 688. (...) No se permite al testigo se limite a decir simplemente que "es cierto el contenido de la pregunta", sino que debe explicar cada respuesta para demostrar así que dice la verdad con suficiente conocimiento de los hechos."	Art. 239. Respuesta inadmisible. No se admitirá por respuesta la expresión de que "es cierto el contenido de la pregunta", ni la reproducción del texto de la pregunta.	Art. 251. Respuesta inadmisible. No se admitirá por respuesta la expresión de que "es cierto el contenido de la pregunta", ni la reproducción del texto de la pregunta.	ART. 228. (…) "5. No se admitirá como respuesta la simple expresión de que es cierto el contenido de la pregunta, ni la reproducción del texto de ella."

Esta prohibición desapareció de la legislación procesal penal a partir del Decreto 050 de 1.987, pero desde 1.970 y hasta la fecha subsiste en el Código de Procedimiento Civil expedido en ese año.

Originalmente la prohibición fue pensada para ser aplicada al interrogatorio, como se demostrará más adelante[144], pero en un sistema como el nuestro, donde no se ha diferenciado el *interrogatorio* del *contrainterrogatorio,* la prohibición terminó extendiéndose a toda la diligencia de testimonio.

Este impedimento caló hondamente en nuestra práctica forense, constituyendo un obstáculo cultural para comprender el contrainterrogatorio, pues en su formato típico de preguntas sugestivas del testigo precisamente se esperarán respuestas asertivas. La práctica forense originada en un entendimiento absoluto de la

144 Véase el capítulo sobre *La Pregunta Sugestiva en el Contrainterrogatorio,* Num. 3.3.2. *La interpretación histórica: el origen de la prohibición de contestar que "es cierto el contenido de la pregunta.*

prohibición de preguntas sugestivas provocará la interrupción del flujo natural del contrainterrogatorio, en la medida en que se esperará del testigo una permanente explicación complementaria a la respuesta asertiva en la medida en que éste no se debe limitar a responder que "es cierto el contenido de la pregunta".

En materia penal, la Ley 906 de 2.004 no consagra norma alguna al respecto. El artículo 397, relativo al "*Interrogatorio por el juez*" señala que

> Excepcionalmente, el juez podrá intervenir en el interrogatorio o contrainterrogatorio, para conseguir **que el testigo responda la pregunta que le han formulado o que lo haga de manera clara y precisa**. (s.n.)

De allí se deduce que si la pregunta en el contrainterrogatorio es asertiva el testigo debe contestarla directamente y sin evasivas, manifestando si es o no cierto el hecho contenido en la pregunta, pero sin que *deba* (claro que *pudiendo* hacerlo) explicar la respuesta que se le pedía contestar con un "si" o un "no".

3. *Los criterios para apreciar el testimonio.* El escrutinio histórico del Código de Procedimiento Penal desde 1.938 y hasta el año 2.004, arroja el siguiente resultado:

CUADRO 4. Los criterios para apreciar el testimonio.

LEY 94 DE 1938	DECRETO 409/ 1971	DECRETO 050/ 1987	DECRETO 2700/ 1991	LEY 600 DE 2000	LEY 906 DE 2004
224. Toda persona sana de mente es hábil para rendir testimonio. Pero al juez le corresponde apreciar razonablemente su credibilidad, teniendo en cuenta las normas de la crítica del testimonio, y especialmente las condiciones personales y sociales del testigo, las condiciones del objeto a que se refiere el testimonio, las circunstancias en que haya percibido y aquellas en que se rinda la declaración. Las condiciones y circunstancias que, conforme al inciso anterior, puedan ser conducentes para apreciar la credibilidad del testigo, se harán constar en la misma declaración.	Art. 236. Capacidad para rendir testimonio. Toda persona es hábil para rendir testimonio. Pero al juez le corresponde apreciar razonablemente su credibilidad, teniendo en cuenta las normas de la crítica del testimonio, y especialmente las condiciones personales y sociales del testigo, las condiciones del objeto a que se refiere el testimonio, las circunstancias en que haya percibido y aquellas en que rinda la declaración. Las condiciones y circunstancias que, conforme al inciso anterior, puedan ser conducentes para apreciar la credibilidad del testigo, se harán constar en la misma declaración.	ART. 295.— Apreciación del testimonio. Corresponde al juez apreciar la credibilidad del testimonio, teniendo en cuenta los principios de la sana crítica, entre ellos las condiciones del objeto a que se refiere el testimonio, las personales y sociales del testigo, las circunstancias en que haya sido percibido el hecho y en que haya rendido la declaración. Las condiciones y circunstancias que pueden ser conducentes para apreciar la credibilidad del testigo, se harán constar en acta.	ART. 294.—Criterios para la apreciación del testimonio. Para apreciar el testimonio, el funcionario tendrá en cuenta los principios de la sana crítica y, especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, a la personalidad del declarante, a la forma como hubiere declarado y las singularidades que puedan observarse en el testimonio.	ART. 277.—Criterios para la apreciación del testimonio. Para apreciar el testimonio, el funcionario tendrá en cuenta los principios de la sana crítica y, especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, a la personalidad del declarante, a la forma como hubiere declarado y las singularidades que puedan observarse en el testimonio.	Artículo 404. Apreciación del testimonio. Para apreciar el testimonio, el juez tendrá en cuenta los principios técnico-científicos sobre la percepción y la memoria y, especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad.

Esta norma tampoco varió sustancialmente a lo largo de la historia legislativa, sólo se ha pulido su redacción haciéndola más técnica, pero esencialmente se trata del mismo contenido normativo.

La Ley 600 de 2000 consagra los siguientes criterios para "apreciar el testimonio":

(1) Los principios de la sana crítica.

(2) Lo relativo a la naturaleza del objeto percibido.

(3) El estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción.

(4) Las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió.

(5) La personalidad del declarante.

(6) La forma como hubiere declarado.

(7) Las singularidades que puedan observarse en el testimonio.

La norma contenida en la Ley 600 de 2.000 es idéntica a la prevista en su antecesor, el Decreto 2700 de 1.991, pero en esta fecha hubo una aparente variación respecto a lo estipulado por el anterior Decreto 050 de 1.987, que en materia de criterios para "apreciar la credibilidad del testimonio" establecía:

(1) Los principios de la sana crítica.

(2) Las condiciones del objeto a que se refiere el testimonio (en reformas posteriores se denominará "lo relativo a la naturaleza del objeto percibido").

(3) Las condiciones las personales y sociales del testigo (será luego denominado por el legislador posterior "la personalidad del declarante").

(4) Las circunstancias en que haya sido percibido el hecho (luego serán "las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió").

(5) Las circunstancias en que haya rendido la declaración (posteriormente denominado "la forma como hubiere declarado").

No se incluía en el Decreto 050 de 1.987 el "estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción" ni tampoco "las singularidades que puedan observarse en el testimonio." Estas variables surgen en la legislación colombiana a partir del Decreto 2700 de 1.991, pero no por eso debe entenderse que antes no podían ser aplicables como criterios de valoración del testimonio, ya que se entendían cubiertos dentro de "los principios de la sana crítica".

Lo relativo al "estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción" se entendía incluido dentro de "las circunstancias de la percepción del hecho". Y "las singularidades que puedan observarse en el testimonio" estaban implícitamente comprendidas dentro de "las circunstancias en que hubiere declarado".

A su vez, la norma pertinente del Decreto 050 de 1.987 no varía en esencia las disposiciones del Decreto 409 de 1.971 y la Ley 94 de 1.938 sobre apreciación del testimonio. Las variaciones son simplemente de redacción pero permanecen los cinco criterios básicos para valorar el testimonio, así como la exigencia de hacer constar las circunstancias para apreciar la credibilidad. Esto evidencia que la norma ha sido en esencia la misma a lo largo de los años.

Como ya se anotaba antes, tradicionalmente esta norma se ha aplicado en nuestro medio judicial desde la perspectiva del juez o funcionario judicial encargado de apreciar el testimonio, evidenciándose un absoluto abandono de la perspectiva del abogado litigante al momento de la práctica de la prueba.

La norma sobre valoración del testimonio debe ser analizada desde esta perspectiva por cuanto las partes, además de *derechos*, también tienen *cargas* en el proceso judicial. En efecto, las partes tienen el deber de probar las circunstancias fácticas que constituyen el supuesto de hecho de las normas cuyo efecto jurídico pretenden declare el juez y que están en la base de sus pretensiones. Esta norma, vista así, es un poderoso instrumento para

comprender el significado del interrogatorio y del contrainterrogatorio, pues entrega a las partes los materiales que pueden ser objeto de exploración con los testigos; el buen o mal resultado de ello dependerá de la técnica de quien formule las preguntas.

Como ya se dijera, estos criterios de apreciación del testimonio son las guías para efectuar la *práctica* del interrogatorio, no solamente su *valoración*.

En cuanto a los criterios para apreciar el testimonio previstos en la Ley 906 de 2.004, su artículo 404 sigue sujetándose en esencia a los parámetros de las legislaciones anteriores. Lo novedoso del nuevo sistema es la actitud que se exige del juzgador y los sujetos procesales para valorar la prueba: como práctica y valoración ocurren simultáneamente, el juzgador deberá ir concluyendo sobre el alcance que le otorgará al testimonio a medida que escucha al testigo.

Ya no será posible que el juez, después de recibir los testimonios, "deje en turno el proceso para fallo" y, semanas después, repase nuevamente los testimonios *escritos* para decidir que valoración o alcance concede a los mismos.

La adopción del sistema oral explica por qué se le concede tanta importancia y énfasis a ciertos criterios de apreciación del testimonio que antes eran letra muerta en nuestro medio judicial, debido a la recepción escrita del testimonio; ahora, entonces, deberá atenderse especialmente a "el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad".[145]

4. *La forma cómo se recibe el testimonio*. El escrutinio histórico del Código de Procedimiento Penal arroja el siguiente resultado:

145 Artículo 404 de la Ley 906 de 2.004.

CUADRO 5. La forma en que se recibe el testimonio.

LEY 94 DE 1938	DECRETO 409 DE 1971	DECRETO 2700 DE 1991	LEY 600 DE 2000
Art. 238. Antes de formular a un testigo preguntas detalladas sobre las circunstancias de los hechos, o sobre los mismos hechos, se les pedirá que hagan un relato espontáneo sobre todo lo que sepan acerca del hecho principal que sea materia de declaración. Y solamente después de que el testigo haya hecho ese relato espontáneo, se le podrá formular el interrogatorio detallado. Art. 241. Quien puede interrogar al testigo. El juez, el funcionario de instrucción, el procesado, su apoderado o defensor, el apoderado de la parte civil, y las demás personas que tengan derecho de intervenir en el proceso, podrán hacer a los testigos, cuando declaren, todas las preguntas y contrainterrogatorios que quieran para esclarecer mejor los hechos; y todo lo que se diga de una y otra parte será escrito fielmente en la diligencia. Art. 244. Luego que el testigo haya prestado el juramento y oído leer los artículos de la Ley Penal sobre falso testimonio, se le preguntará	Art. 250. Relato espontáneo e interrogatorio. Antes de formular al testigo preguntas detalladas sobre lo que es materia de la declaración, se le pedirá que haga un relato espontáneo. Art. 253. Quien puede interrogar al testigo. El juez, el funcionario de instrucción, el procesado, su apoderado o defensor, el apoderado de la parte civil, y las demás personas que tengan derecho de intervenir en el proceso, podrán hacer a los testigos, cuando declaren, todas las preguntas y contrainterrogatorios que quieran para establecer mejor los hechos; y todo lo que se diga de una y otra parte será escrito fielmente en la diligencia. Art. 255. Interrogatorio. Luego que el testigo haya prestado el juramento y oído los artículos de la ley penal sobre falso testimonio, se le preguntará su nombre, apellido, estado, vecindad, profesión u oficio, y en seguida se le interrogará en la forma prevenida en el artículo 250 sin permitir-	ART. 292.—Práctica del interrogatorio. La recepción del testimonio se sujetará a las siguientes reglas: 1. Presente e identificado el testigo, el funcionario le tomará el juramento y le advertirá sobre las excepciones al deber de declarar. 2. A continuación, el funcionario informará sucintamente al testigo acerca de los hechos objeto de su declaración y le ordenará que haga un relato de cuanto le conste sobre los mismos. Terminado éste, procederá el funcionario a interrogarlo si lo considera conveniente. Cumplido lo anterior, se le permitirá a los sujetos procesales interrogar. Se permitirá provocar conceptos del declarante cuando sea una persona especialmente calificada por sus conocimientos técnicos, científicos o artísticos sobre la materia.	ART. 276.—Práctica del interrogatorio. La recepción del testimonio se sujetará a las siguientes reglas: 1. Presente e identificado el testigo, el funcionario le tomará el juramento y le advertirá sobre las excepciones al deber de declarar. 2. A continuación, el funcionario le informará sucintamente al testigo acerca de los hechos objeto de su declaración y le ordenará que haga un relato de cuanto le conste sobre los mismos. Terminado éste, procederá el funcionario a interrogarlo si lo considera conveniente. Cumplido lo anterior, se le permitirá a los sujetos procesales interrogar. Se permitirá provocar conceptos del declarante cuando sea una persona especialmente calificada por sus conocimientos técnicos, científicos o artísticos sobre la materia. El funcionario podrá interrogar en cualquier momento que lo estime necesario. Las respuestas

CUADRO 5. La forma en que se recibe el testimonio.

LEY 94 DE 1938	DECRETO 409 DE 1971	DECRETO 2700 DE 1991	LEY 600 DE 2000
su nombre, apellido, estado, vecindad, profesión u oficio, y en seguida se le interrogará en la forma prevenida en el artículo 238 sin permitirle ninguna contestación oscura o ambigua.	le ninguna contestación oscura o ambigua.	El funcionario podrá interrogar en cualquier momento que lo estime necesario. Las respuestas se copiarán textualmente, y el funcionario deberá requerir al testigo para que sus respuestas se limiten a los hechos que tengan relación con el objeto de la investigación.	se registrarán textualmente. El funcionario deberá requerir al testigo para que sus respuestas se limiten a los hechos que tengan relación con el objeto de la investigación.

La norma consagrada en la Ley 600 de 2.000 es la misma existente en el Decreto 2700 de 1.991. En las legislaciones anteriores (1.938, 1.987, 1.971) esta regla estaba distribuida en varias normas que luego fueron incorporadas esencialmente a una sola, en orden a la precisión y técnica de la redacción. Pero de nuevo se advierte que la regla sobre práctica del interrogatorio es la misma desde hace varias décadas.

En efecto, nuestra práctica forense desde antaño adoptó el método del *relato espontáneo* por oposición al del *interrogatorio detallado*. Mírese cómo la norma vigente antes de la expedición de la Ley 906 de 1994 señalaba:

> A continuación, el funcionario le informará sucintamente al testigo acerca de los hechos objeto de su declaración y le ordenará que haga un relato de cuanto le conste sobre los mismos. (Artículo 276.2 de la Ley 600 de 2000)

El antecedente remoto en nuestro medio de esta norma se encuentra en la Ley 94 de 1.938, que disponía:

> Art. 238. Antes de formular a un testigo preguntas detalladas sobre las circunstancias de los hechos, o sobre los mismos hechos, se les pedirá que hagan un relato espontáneo sobre todo lo que sepan acerca del hecho principal que sea materia de declaración. Y solamente después de que el testigo haya hecho ese relato espontáneo, se le podrá formular el interrogatorio detallado.

Igualmente, ha sido tradicional en nuestro medio que el funcionario interrogue primero y, luego, agotado el interrogatorio, se conceda la palabra a los sujetos procesales para interrogar. La Ley 600 de 2.000 señala:

> Terminado éste, procederá el funcionario a interrogarlo si lo considera conveniente. Cumplido lo anterior, se le permitirá a los sujetos procesales interrogar.

El antecedente legislativo al respecto es la Ley 94 de 1.938, que señala en idéntico sentido:

> Art. 241. El juez, el funcionario de instrucción, el procesado, su apoderado o defensor, el apoderado de la parte civil, y las de-

> más personas que tengan derecho de intervenir en el proceso, podrán hacer a los testigos, cuando declaren, todas las preguntas y contrainterrogatorios que quieran para esclarecer mejor los hechos; y todo lo que se diga de una y otra parte será escrito fielmente en la diligencia.

En materia penal, la Ley 906 de 2.004 representa un cambio respecto de la tradición implantada por las normas citadas. Bajo la nueva normatividad, el testigo será primero interrogado por el juez pero solo sobre sus nombres y apellidos y demás datos generales de ley; culminado ésto, el testigo deberá ser examinado sobre los hechos por "la parte que hubiere ofrecido su testimonio como prueba", luego de lo cual puede ser contrainterrogado por "la parte distinta a quien solicitó el testimonio". El artículo 390 de la Ley 906 de 2.004 dispone:

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

Y el artículo 391 de la misma Ley agrega:

> Art. 391. *Interrogatorio cruzado del testigo.* Todo declarante, luego de las formalidades indicadas en el artículo anterior, **en primer término será interrogado por la parte que hubiere ofrecido su testimonio como prueba.** Este interrogatorio, denominado directo, se limitará a los aspectos principales de la controversia, se referirá a los hechos objeto del juicio o relativos a la credibilidad de otro declarante. No se podrán formular preguntas sugestivas ni se insinuará el sentido de las respuestas.
>
> **En segundo lugar, si lo desea, la parte distinta a quien solicitó el testimonio, podrá formular preguntas al declarante**

en forma de contrainterrogatorio que se limitará a los temas abordados en el interrogatorio directo. … (s.n.)

Con la expedición de estas normas, el gran reto para nuestra práctica forense penal radica en cumplir la carga probatoria de obtener un testimonio exacto, responsivo, completo y detallado; esa responsabilidad no recaerá ya en el funcionario judicial sino en la parte que ofreció el testimonio como prueba. De otro lado, la carga probatoria de refutar en todo o en parte la declaración no será soportada por el juzgador sino por la parte contraria a la que convocó al testigo.

En buena hora se abandona esa tradición judicial claramente paternalista e inquisitiva que consideraba subsidiaria y accesoria la intervención de las partes en la diligencia de testimonio, optando en cambio por una concepción en la cual éstas son protagonistas bajo estricto control y vigilancia por el juez y la parte contraria. La magnitud del cambio se aprecia cuando se entiende que rompe con la única cultura judicial bajo la cual se ha administrado justicia en Colombia.

5. *La forma en que se recoge el testimonio.* El escrutinio histórico de los Códigos de Procedimiento Penales existentes desde 1.938 hasta el año 2.004 arroja el siguiente resultado:

CUADRO 6. La forma en que se recoge el testimonio.

LEY 94 DE 1938	DECRETO 409 DE 1971	DECRETO 050 DE 1987	DECRETO 2700 DE 1991	LEY 600 DE 2000.
Art. 240. (...) Las respuestas deberán consignarse por escrito en los mismos términos en que las diere el testigo.	Art. 252. Prohibición de insinuar respuestas. (...) Las respuestas deberán consignarse por escrito en los mismos términos en que las diere el testigo	Art. 292. Práctica del interrogatorio. (...) Las respuestas se copiarán textualmente, y el funcionario deberá requerir al testigo para que sus respuestas se limiten a los hechos que tengan relación con el objeto de la investigación. Art. 293.—Testimonios en audiencia pública. Los testimonios que hubieren de ser recibidos en la audiencia pública, lo serán oralmente, pudiendo ser recogidos y conservados por cualquier medio electrónico, mecánico o técnico en general, de tal manera que facilite su examen cuantas veces sea necesario, todo lo cual se hará constar en el acta.	Art. 292. Práctica del interrogatorio. (...) Las respuestas se copiarán textualmente, y el funcionario deberá requerir al testigo para que sus respuestas se limiten a los hechos que tengan relación con el objeto de la investigación. Art. 291.—Testimonios en audiencia pública. Los testimonios que deban ser recibidos en audiencia pública, lo serán oralmente, pudiendo ser recogidos y conservados por cualquier medio electrónico, mecánico o técnico en general, de tal manera que facilite su examen cuantas veces sea necesario, todo lo cual se hará constar en el acta.	Art. 276. Práctica del interrogatorio. (...) Las respuestas se **registrarán** textualmente. El funcionario deberá requerir al testigo para que sus respuestas se limiten a los hechos que tengan relación con el objeto de la investigación. Art. 275.—Recepción del testimonio. Los testimonios **serán recogidos y conservados** por **el medio mas idóneo**, de tal manera que facilite su examen cuantas veces sea necesario, todo lo cual se hará constar en un acta.

Con la entada en vigencia del Decreto 050 de 1.987 se consagró la posibilidad de recoger el testimonio por medios distintos a la escritura del mismo mediante su dictado por el testigo.

Ni la Ley 94 de 1.938 ni el Decreto 409 de 1.971 consagraba normas que previeran la posibilidad de recoger el testimonio por una forma que no fuera la escritura de la declaración, previo dictado por el declarante. Es por esto que el artículo 245 de la Ley 94 de 1.938 señalaba que terminada la declaración al testigo debía serle leída en voz alta si él no hacia uso de ese derecho "*bajo pena de nulidad de la diligencia*", lo cual demuestra que la práctica de recolección del testimonio era totalmente escrita.[146]

La norma contenida en la Ley 600 de 2.000 realizó un cambio trascendental con respecto a lo prescrito en igual sentido por los Códigos de 1.991 y 1.987:

> Los testimonios **serán recogidos y conservados** por **el medio más idóneo**, de tal manera que facilite su examen cuantas veces sea necesario, todo lo cual se hará constar en un acta. (s.n.)

Esta norma ya no es *potestativa*, como ocurría a partir de la reforma de 1.987, sino *imperativa*; no señala que los testimonios ***pueden*** "ser recogidos y conservados por cualquier medio electrónico, mecánico o técnico en general", sino que ***serán*** recogidos por el medio más idóneo.

Por su parte, el Código de Procedimiento Civil permite la posibilidad de recoger las diligencias mediante el sistema de grabación magnetofónica:

> **Artículo 109. Modificado. D. E. 2282/89, art. 1º, num. 58. Actas de audiencias y de diligencias**. Las actas de audiencias

146 "Art. 245. Concluida la declaración, el testigo podrá leerla por si mismo, y el juez o el funcionario le hará saber que le asiste este derecho. Si el testigo no quisiere hacer uso de este derecho, el secretario la leerá en alta voz íntegramente, bajo pena de nulidad de la diligencia, al pie de la cual se hará mención expresa de tal lectura. El testigo puede hacer las enmiendas, supresiones, adiciones o aclaraciones que tenga a bien, lo cual se escribirá con toda fidelidad al final de la declaración, sin tachar ni borrar por esto lo que ya esté escrito." La norma fue reproducida por el artículo 256 del Decreto 409 de 1.971 y despareció a partir de la Codificación de 1.987 (Decreto 050).

y diligencias deberán ser autorizadas por el juez y firmadas por quienes intervinieron en ellas, el mismo día de su práctica.

Cuando se emplee el sistema de grabación magnetofónica o electrónica, dentro de los dos días siguientes a la fecha de la audiencia deberá elaborarse un proyecto de acta que, firmado por quien lo hizo, quedará a disposición de las partes por igual término para que presenten observaciones escritas, las cuales tendrá en cuenta el juez antes de firmarlo a más tardar el día siguiente. Las demás personas la suscribirán en el transcurso de los dos días posteriores; si alguna no lo hiciere, se prescindirá de su firma.

Firmada el acta, se podrá prescindir de la grabación.

Las intervenciones de cada parte o de su apoderado en audiencia o diligencia, no podrán exceder de quince minutos, salvo norma que disponga otra cosa.

Cuando algunas de las personas que intervinieron en la audiencia o diligencia no sabe, no puede o no quiere firmar, se expresará esta circunstancia en el acta.

En similar sentido, la regulación del trámite de la audiencia del proceso verbal en el Código de Procedimiento Civil permite la grabación de lo actuado, en estos términos:

Artículo 432.- Modificado. D.E. 2282/89, art. 1º, num. 236. Trámite de la audiencia. Para el trámite de la audiencia se aplicarán las siguientes reglas:

(…)

PAR. 7º—**Grabación de lo actuado y acta**. En la audiencia podrá utilizarse el sistema de grabación electrónica o magnetofónica, siempre que se disponga de los elementos técnicos adecuados y así lo ordene el juez. Cuando así ocurra, en el acta escrita se dejará constancia únicamente de las personas que intervienen como partes, apoderados, testigos y auxiliares de la justicia, de los documentos que se hayan presentado, del auto que en su caso haya suspendido la audiencia y ordenado reanudarla, y se incorporará la sentencia completa que se pro-

fiera verbalmente, esto último sin perjuicio de que el juez lleve la sentencia por escrito para agregarla al expediente.

Cualquier interesado podrá pedir la reproducción escrita o magnetofónica de las grabaciones proporcionando los medios necesarios para ello.

En todo caso, de las grabaciones se dejará duplicados que formarán parte del archivo del juzgado, bajo custodia directa del secretario, hasta la terminación definitiva del proceso. Si una de las grabaciones llegue a perderse o deteriorarse en cualquiera de sus partes, el juez podrá reproducirla empleando otra.

Estas normas no suelen aplicarse en la práctica forense civil, donde también se impone *la escritura mecanográfica al dictado*[147] en materia de prueba testimonial.

De otro lado, la Ley 906 de 2.004 imprime un cambio radical al respecto en materia penal. El artículo 9º, sobre *oralidad*, dispone:

La actuación procesal será oral y en su realización se utilizarán los medios técnicos disponibles que permitan imprimirle mayor agilidad y fidelidad, sin perjuicio de conservar registro de lo acontecido. A estos efectos se dejará constancia de la actuación.

El numeral 4º del artículo 146 de la Ley 906 de 2.004, sobre registro de la actuación, señala:

4. El juicio oral deberá registrarse íntegramente, por cualquier medio de audio-video, o en su defecto audio, que asegure fidelidad.

El registro del juicio servirá únicamente para probar lo ocurrido en el juicio oral, para efectos del recurso de apelación.

Una vez anunciado el sentido del fallo, el secretario elaborará un acta del juicio donde constará la individualización del acu-

147 El concepto en Cardoso Isaza, Jorge, *Manual de las Pruebas Judiciales*, Editorial ABC, Primera edición, Bogotá, 1969, Vol. I, p. 171.

sado, la tipificación dada a los hechos por la Fiscalía, la autoridad que profirió la decisión y el sentido del fallo. Igualmente, el secretario será responsable de la inalterabilidad del registro oral del juicio.

Nuestros operadores jurídicos, tradicionalmente acostumbrados a la escritura, deberán adoptar un cambio de actitud severo que destruya las prácticas y costumbres ancladas en las formas y normas superadas. La primera y más importante habilidad que deberán adquirir quienes participen en la administración de justicia colombiana (funcionarios judiciales y litigantes) será la capacidad para preguntar y valorar el testimonio y al testigo en el momento mismo en que declara, en *tiempo real*, no distorsionado por el artificioso dictado de la declaración.

Esta consideración no debe limitarse al proceso penal en aplicación de la Ley 906 de 2.004. Toda diligencia de testimonio, en cualquier tipo de procedimiento judicial, debe practicarse oralmente para no afectar el núcleo esencial del derecho al contrainterrogatorio. *La escritura mecanografiada al dictado* de la declaración debe ser definitivamente desterrada de la administración de justicia colombiana, si se quiere, claro está, que su funcionamiento respete los mínimos estándares internacionales vigentes en la materia.

III
La pregunta sugestiva en el contrainterrogatorio

Se ha destinado un capítulo exclusivamente al análisis de la pregunta sugestiva en razón a que tradicionalmente en nuestra cultura jurídica este tipo de preguntas constituyen un tema tabú. Por efecto de una tradición legislativa de casi cien años el operador jurídico colombiano parte de la base incuestionada de que *nunca* debe formular preguntas sugestivas en una diligencia de testimonio.

El problema surge cuando se considera que la doctrina del contrainterrogatorio, de manera unánime, ha entendido desde sus inicios que las preguntas sugestivas son el formato de interrogación por excelencia y aconsejado durante las repreguntas.

Así las cosas, ante una tradición fuertemente contraria a las preguntas sugestivas, se hace necesario dedicar un capítulo especial a explicar por qué también en nuestro sistema jurídico esa forma de interrogación es pertinente y aconsejable *durante el contrainterrogatorio*. Estas conclusiones son aplicables a todo procedimiento judicial, no obstante lo cual se analizará independientemente la regulación prevista en la Ley 906 de 2.004, que implantó en nuestro medio el sistema acusatorio en materia penal.

En este capítulo no se hará referencia a los casos en que, excepcionalmente, proceden las preguntas sugestivas durante el *interrogatorio directo*[148]; tampoco se abordará el tema de la sugestión que es inherente a todo interrogatorio[149].

148 Enseña Framarino Dei Malatesta que la sugestión es *lícita* en todo caso cuando "no contraría a los fines de la justicia" y está aconsejada "por el doble fin de la celeridad y de la ayuda a la memoria" del testigo. Lo primero porque "para no perder tiempo con divagaciones inútiles, es menester sugerirle las cosas sobre las que debe hablar"; y lo

El propósito de este capítulo es simplemente demostrar, como cuestión de derecho, que la pregunta sugestiva por regla general puede y debe operar con toda su intensidad durante el contrainterrogatorio. Por razones metodológicas, en otro capítulo se demostrará un asunto íntimamente relacionado con el aquí expuesto, a saber: que la posibilidad de formular preguntas sugestivas hace parte del *núcleo esencial* del derecho fundamental al contrainterrogatorio.[150]

1. Que es una pregunta sugestiva

Antes que nada es conveniente definir que se entiende por *preguntas sugestivas*, también llamadas *conductivas*, *sugerentes* u *orientadoras*.[151]

Buena parte de la explicación del tabú que en nuestro medio significan las preguntas sugestivas proviene de una grave y perjudicial confusión conceptual con las perniciosas *preguntas capciosas*, éstas sí universalmente reprochadas.

Básicamente la pregunta sugestiva es aquella que sugiere al testigo la respuesta deseada por quien interroga. Es pacíficamente aceptada por la doctrina la definición que presenta J. Bentham de las preguntas que él denomina *sugerentes*:

> segundo porque muchas veces basta que al testigo se le recuerde "una fecha, una circunstancia un hecho para que pueda volver al camino de la verdad." Estas son, pues, "sugestiones que sirven al descubrimiento de la verdad, y que es lícito emplear". (*Lógica de las Pruebas en Materia Criminal*, Temis, Bogotá, 4ª Edición, 1995, Vol. II, pp. 73-91 y Vol. I, pp. 116-121.)
>
> 149 La jurisprudencia de casación civil ha admitido la existencia de un aceptable margen de tolerancia cuando se formulan preguntas sugestivas al declarante pero sin referirse al tratamiento del fenómeno en el contrainterrogatorio: "*Se debe tolerar cierto margen sugestivo o insinuante en el interrogatorio.*." (sentencia de 23 de enero de 1981, M. P. Germán Giraldo Zuluaga); "*En punto de interrogatorios es preciso recordar que, en principio, todas las preguntas son sugestivas porque en mayor o menor grado envuelven sugerencias*..." (sentencia del 29 de julio de 1980, M.P. Humberto Murcia Ballen). Al respecto véase Jairo Parra Quijano, *Tratado de la Prueba Judicial. El Testimonio*, Tomo I, Ediciones Librería del Profesional, 5ª Edición, Bogotá, 1996, p. 233-238 y 243- 244, con abundante jurisprudencia. En el mismo sentido H. Devis Echandía, *Teoría General de la Prueba Judicial*, 3ª Edición, Buenos Aires, 1974, Vol. II, p. 242: "... cierto grado de sugestionabilidad es inevitable, especialmente en los interrogatorios previos y escritos... "
>
> 150 Capítulo sobre *El Derecho Fundamental al Contrainterrogatorio*, Num.3.3. *Su Naturaleza Sugestiva*.
>
> 151 La definición de los conceptos es fundamental cuando se trata con las ideas, pues "quienes han reflexionado acerca de las ideas saben bien cuanto dependen de las *palabras*. Los términos impropios son cadenas que ligan a los hombres con prácticas contrarias a la razón. El error jamás es tan difícil de destruir, como cuando tiene su raíz en el lenguaje. Todo término impropio contiene un germen de proposiciones engañosas, forma una nube que oculta la naturaleza de las cosas y presenta un obstáculo, con frecuencia invencible, a la investigación de la verdad". (Bentham, Jeremy, *Tratado de las Pruebas Judiciales*, Editorial Jurídica Universitaria, México, 2001, p. 76, resaltado en el texto original)

> Una pregunta es *sugerente* cuando el hecho real o supuesto que el interrogador espera y desea ver confirmado con la respuesta se indica al interrogado mediante la pregunta. ¿No es su nombre tal o cual?, ¿no vive usted en tal lugar?, ¿no está usted al servicio de fulano o mengano?, ¿no ha vivido usted tantos años en su casa?[152]

El análisis de la pregunta sugestiva conduce a la conclusión de que, en realidad, se trata de preguntas sólo desde el punto de vista de la *forma*, ya que su sustancia es la declaración del interrogador sobre un hecho, formulada de tal manera que le exige al testigo que convenga o discrepe.[153] Por eso la doctrina sostiene con razón que "las preguntas orientadoras en realidad no son preguntas, **son enunciados fácticos seguidos por un signo de interrogación**".[154]

2. La pregunta sugestiva en la tradición jurídica colombiana

2.1. La posición mayoritaria.

En nuestro medio existe una marcada tradición legislativa, doctrinal, judicial y académica conforme a la cual *son prohibidas las preguntas sugestivas durante la práctica del testimonio*.[155] Nuestra doctrina probatoria es del criterio de lo que podría denominarse un **enfoque restrictivo absoluto** aplicable a la prohibición de preguntas sugestivas.

Esta tradición legislativa ha generado una correlativa costumbre o práctica forense fuertemente anclada en el inconsciente colectivo de nuestros operadores jurídicos, lo que constituye el peor obstáculo de orden cultural y mental para comprender el verdadero significado del contrainterrogatorio.

152 Ibíd, p. 88, letra resaltada en el texto original. En el mismo sentido Gorphe enseña que las *preguntas sugestivas* son las que "inducen al testigo a responder en un sentido o en otro." (Gorphe, Francois, *La Crítica del Testimonio*, Reus, Madrid, 1985, p. 297).
153 Steven H. Goldberg, *Mi primer Juicio Oral. ¿Donde me siento y que diré?*, Heliasta, Buenos Aires, 1994, p. 186.
154 Hegland, F. Kenney, *Manual de Prácticas y Técnicas Procesales*, Heliasta, Buenos Aires, 1995, p. 125, s.n.

En síntesis, las ideas básicas que alimentan el rechazo absoluto a las preguntas sugestivas en nuestra tradición jurídica son las siguientes:

— Las preguntas sugestivas le quitan originalidad al testimonio y libertad al declarante.

— Con las preguntas sugestivas se corre el riesgo de que el testigo conteste lo que el interrogador *quiere* que le contesten, no lo que aquél realmente percibió o conoce.

— Las preguntas sugestivas reemplazan total o parcialmente el recuerdo del testigo el cual resulta suplantado con el hecho sugerido en la pregunta alterando así la naturalidad del recuerdo.

— Las preguntas sugestivas perjudican la búsqueda de la verdad, pues en la mente del testigo la respuesta será siempre inspirada por quien lo interroga.

La idea básica que se quiere exponer aquí es que nuestra tradición jurídica prohíbe las preguntas sugestivas de manera *absoluta* y sin admitir *excepciones* aplicables al contrainterrogatorio, lo cual afecta el núcleo esencial del derecho constitucional de contradicción.

Así, por ejemplo, Parra Quijano expresa que "de acuerdo con nuestra legislación no es posible en forma lícita hacer preguntas conductivas"[156]. Por su parte, Devis Echandía enseña que al funcionario judicial le está prohibido formular preguntas sugerentes por virtud de los principios de imparcialidad y espontaneidad de la prueba; y que a las partes también les está prohibido ese comportamiento de cara a los principios de la libertad, espontaneidad y naturalidad de la prueba.[157]

Nuestra tradición legislativa siempre ha exhibido el mismo **enfoque restrictivo absoluto** frente a la prohibición de preguntas sugestivas.

155 Se refieren expresamente a la prohibición de las preguntas sugestivas en la práctica del testimonio, sin excepcionar al contrainterrogatorio: Jairo Parra Quijano, op. cit., p. 239; H. Devis Echandía, op. cit., Tomo II, p. 243, Tomo I, pp. 131, 132 y 134; Escobar López, Edgar, *Temas de Derecho Probatorio Penal*, Leyer, Bogotá, 1999, p. 152, entre otros.
156 Parra Quijano, op. cit., p. 239.
157 H. Devis Echandía, op. cit., Vol. II, p. 243 y Vol. I, pp. 131, 132 y 134.

En efecto, el artículo 226 del Código de Procedimiento Civil señala, dentro de los requisitos del interrogatorio, que "**Cuando la pregunta insinúe la respuesta deberá ser rechazada**, sin perjuicio de que una vez finalizado el interrogatorio, el juez la formule eliminando la insinuación, si la considera necesaria". (s.n.)

Y el artículo 274 de la Ley 600 de 2000 (Código de Procedimiento Penal), al igual que el artículo 438 de la Ley 522 de 1999 (Código Penal Militar) expresa que "El funcionario **se abstendrá de sugerir respuestas**, de formular preguntas capciosas y de ejercer violencia sobre el testigo" (s.n):

Una rápida revisión de la tradición legislativa demuestra que históricamente nuestros ordenamientos procesales siempre han adoptado un **enfoque restrictivo absoluto** al momento de prohibir las preguntas sugestivas, tal y como se indicó en el CUADRO 2 sobre "Las preguntas de prohibida formulación", al cual debe remitirse el lector.[158]

El **enfoque restrictivo absoluto** frente a las preguntas sugestivas al momento de interrogar al testigo tiene un claro origen en la tradición procesal inquisitiva española y europea- continental en general. Joaquín Scriche, en su *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, expone:

> **Las preguntas sugestivas están reprobadas por el derecho**; porque puede decirse que su efecto es dar las respuestas los sugerentes y no los preguntados, con especialidad siendo pobres o sencillos; pues éstos suelen asentir a ellas más por miedo o por no desagradar al que pregunta, que por ser verdad lo que dicen.[159] (s.n.)

Resulta revelador el que la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española de 1.882, en sus artículos 439 y 709, consagrara prohibiciones en términos muy similares a las previsiones visibles en los Códigos de Procedimiento Colombianos y, en general latinoamericanos. Señalaba esta antigua Ley en lo pertinente:

158 Véase el capítulo *El Contrainterrogatorio en la Tradición Jurídica Colombiana*, Num. 3. *La Tradición Legislativa*.
159 Scriche, Joaquín, *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, Temis, Bogotá, 1977, Tomo IV, página 337.

> Artículo 439. **No se harán al testigo preguntas** capciosas ni **sugestivas**, ni se empleará coacción, engaño, promesa ni artificio alguno para obligarle o inducirle a declarar en determinado sentido.
>
> …
>
> Artículo 709. **El Presidente no permitirá que el testigo conteste a preguntas o repreguntas** capciosas, **sugestivas** o impertinentes. (...) (s.n.)

Ahora bien: en nuestra doctrina probatoria de manera insular se ha admitido, por Julio Romero Soto y Rocío Romero Álvarez, la procedencia de las preguntas sugestivas (que denominan *capciosas*) como técnica característica y apropiada en el contrainterrogatorio de testigos.[160]

Pero adviértase que se trata de una situación insular en la doctrina probatoria colombiana, e incluso los autores en comento no justifican detenidamente por qué nuestra tradición jurídica debería aceptar las preguntas sugestivas en el contrainterrogatorio, a pesar de la abundante tradición doctrinaria y legislativa en contra de dicha conclusión.

2.2. Razones y origen de la posición mayoritaria.

Pero cabe preguntarse, ¿por qué nuestra tradición jurídica sostiene como criterio *general* y *absoluto* que no es lícito formular preguntas sugestivas durante la práctica del testimonio? Se expondrán al menos tres razones que explican esta situación.

2.2.1. La indiferenciación conceptual y práctica entre interrogatorio y contrainterrogatorio.

Una primera razón que lleva a sostener un **enfoque restrictivo absoluto** frente a las preguntas sugestivas surge del hecho de que, como ya se anotaba, tradicionalmente nuestra doctrina no

160 Romero Soto, Julio y Romero Álvarez, Rocío, *Técnica Jurídica de Investigación e Interrogatorio*, Librería del Profesional, Bogotá, 1989, páginas 55-56 (entre otras): "Cuando por una de las partes se cita a un testigo hostil, o una de las contrapartes o un testigo identificado con la contraparte es interrogado pueden presentarse preguntas capciosas" (la pregunta "capciosa" se asimila a la "sugestiva" en la obra en cita, como se demostrará más adelante).

se ha ocupado del *contrainterrogatorio* como fenómeno autónomo e independiente del *interrogatorio*.[161]

En efecto, la doctrina de la prueba testimonial en Colombia, heredera del enfoque jurídico vigente en Europa continental, siempre se ha ocupado de la prueba testimonial desde la perspectiva del funcionario judicial al momento de valorar la declaración, dejando de lado la perspectiva de las partes en la práctica de la prueba.

Si se parte de la base de que el contrainterrogatorio es un instrumento al servicio de las partes enfrentadas en el proceso judicial, se comprenderá por qué aquél ha terminado relegado a un plano inexistente y, con ello, el análisis a profundidad de las preguntas sugestivas.

La tradicional prohibición absoluta frente a las preguntas sugestivas durante la práctica del testimonio dificulta enormemente separar el *interrogatorio directo* del *contrainterrogatorio* como dos fenómenos diferenciables y sujetos, en consecuencia, a reglas diferentes.

2.2.2. La confusión entre preguntas sugestivas y capciosas.

Otra razón que contribuye a prohibir de plano y sin excepciones las preguntas sugestivas en nuestro medio surge de asimilar éstas a las reprochables preguntas capciosas. En algún momento y por alguna razón nuestra tradición jurídica asimiló la pregunta sugestiva a la capciosa, y de ésta forma el justificado repudio y rechazo inherente a las *preguntas capciosas* contaminó también a las *preguntas sugestivas*.

Es usual en nuestra práctica forense que se acuse de capciosa a una pregunta cuando en realidad se trata de una pregunta sugestiva, al punto que algunos sectores de nuestra doctrina probatoria han asimilado expresamente las *preguntas sugestivas* a las *capciosas*.

Por ejemplo, Romero Soto y Romero Álvarez, quienes de manera acertada admiten las preguntas sugestivas en el contrainterrogatorio, señalan que "la pregunta capciosa es la que sugiere una res-

161 Véase el capítulo *El Contrainterrogatorio en la Tradición Jurídica Colombiana*, Num. 1. *La doctrina probatoria, la práctica forense y la tradición jurídica.*

puesta determinada dentro de los términos o frases como ella es expresada".[162]

Y en similar sentido, Escobar López indica que "no deben formularse preguntas capciosas, donde el funcionario o los sujetos procesales incluyen en ellas la respuesta que desean".[163]

Las razones de esta confusión conceptual son desconocidas. Quizá pudo originarse -al menos en parte- en el propio legislador, quien al iniciar esta tradición de prohibición legislativa en el primer Código de Procedimiento Penal (Ley 94 de 1938) equiparó en su artículo 351 la pregunta sugestiva a la capciosa, como pasa verse:

> Art. 351. Es absolutamente prohibido no solo el empleo de promesas, coacción o amenazas para obtener que el procesado declare la verdad, sino también **toda pregunta capciosa o sugestiva, como sería la que tendiese a suponer reconocido un hecho que el procesado no hubiere verdaderamente reconocido**". (s.n.)

Nótese como la pregunta que tiende a suponer reconocido un hecho que el testigo no ha reconocido antes es en realidad *capciosa,* porque induce a error.[164]

Pero quizá la confusión conceptual se deba también, en alguna medida, a una lectura descontextualizada de algunos apartes de las obras extranjeras sobre pruebas que más peso han tenido en nuestra tradición jurídica. Es el caso, por ejemplo, de la obra de Framarino Dei Malatesta, como pasa a demostrarse.

2.2.2.1. La pregunta sugestiva en la obra de Framarino Dei Malatesta.

La obra de Nicola Framarino Dei Malatesta ha tenido un poderoso influjo en formación de la cultura y la tradición sobre la prueba testimonial en Colombia.

162 Romero Soto y Romero Álvarez, op. cit., p. 429.
163 Escobar López, Edgar, op. cit., p. 152.
164 Un ejemplo de pregunta capciosa comúnmente utilizada en la práctica forense colombiana es ésta: ¿porque será que en el expediente se dice que usted estaba en … el día …? (en el expediente no existe esa información)

En punto a "la sugestión en el interrogatorio", una lectura apresurada podría conducir a la equivocada conclusión de que en esa obra se asimilan las preguntas sugestivas a las capciosas, sobre la base de que el autor define como *sugestión ilícita fraudulenta* o *dolosa*, aquella en que "*se incluyen en las preguntas que se hacen, las respuestas que se desea obtener inspirando así al interrogado*"[165].

Empero, tal conclusión no es acertada. Se analizará con detenimiento este aspecto para demostrar como el autor en cita en realidad no asimila la pregunta capciosa a la sugestiva, como si lo hace la tradición colombiana y buena parte de su doctrina.

En efecto, al referirse a la "apreciación el testimonio en cuanto a la forma"[166] Framarino Dei Malatesta analiza dos aspectos:

a) Las "formas exteriores que sirven para darle o quitarle eficacia", y

b) Las "formas protectoras de la verdad que se aconsejan como garantía contra posibles errores judiciales"

Dentro de éstas últimas, junto con el "carácter judicial del testimonio" y su "publicidad", el autor ubica "el interrogatorio", como una "forma legal secundaria que aconseja la técnica criminal".

Es al desarrollar el tema del *interrogatorio* donde el destacado autor italiano aborda el problema de la *sugestión*; debe tenerse presente que esta exposición de la Segunda Parte de la obra de Framarino Dei Malatesta retoma lo expuesto con mucho mayor detalle en la Primera Parte al referirse a la "*naturalidad o calidad natural de las pruebas*", axioma del cual deriva tres principios, siendo uno de ellos la "*libertad subjetiva de la prueba*".[167]

165 Framarino Dei Malatesta, Nicola, *Lógica de las Pruebas en Materia Criminal*, Temis, Bogotá, 4ª Edición, 1995, Vol. II, p. 88: "Pero el interrogatorio, que representa una gran ayuda para el descubrimiento de la verdad, se convierte, por el contrario, en fuente de falsedades, si en él se hace uso de sugestión ilícita. Al discurrir sobre las pruebas en general, hablamos de la sugestión, y vimos que se clasifica en lícita e ilícita, y que ésta última a su vez, puede ser violenta, fraudulenta y culposa. Ahora observamos que quien interroga debe proceder con habilidad, para lograr que la verdad salga de la conciencia del interrogado; pero dejando de lado la violencia, que en los tiempos modernos no puede adoptarse en el debate público, es preciso notar que ésta habilidad no debe tornarse en dolo, **lo cual ocurre cuando se incluyen en las preguntas, las respuestas que se desea obtener, inspirando así al interrogado**." (s.n.).
166 Framarino Dei Malatesta, op. cit., vol. II, pp. 73 a 91.
167 Ibíd, vol. I, pp. 116 a 121.

Framarino Dei Malatesta propone que la libertad subjetiva de la prueba puede ser violada "por alteración moral de la persona que prueba" o por "alteración del ánimo de la persona que declara", es decir, "en cuanto al sujeto probatorio sobre el cual se actúa"; esto último puede ocurrir mediante la **sugestión**, que define como una especie de "violación de la libertad subjetiva del interrogado" que "no puede ejercer influjo maléfico si no por intermedio del funcionario que interroga".

Es claro que en el pensamiento de Framarino Dei Malatesta "no toda sugestión se presenta como violatoria de la libertad subjetiva del testigo y como medio dirigido a obtener la desviación de la verdad". Es por eso que la sugestión se clasifica en *lícita* e *ilícita*.

Para el pensador en cita la sugestión *ilícita* puede ser *violenta* -aquí ubica "la tortura, vergüenza medioeval (sic), hasta la expresión feroz y la voz ronca de algunos instructores modernos"-, *fraudulenta o dolosa* –que ocurre "por medio del error que se origina en el dolo de quien interroga"- y *culposa*, que se presenta "valiéndose del error que se produce a causa de la negligencia de la persona que pregunta".

Para desarrollar el tema de la pregunta sugestiva en la obra de Framarino Dei Malatesta y detectar su preciso sentido se explicarán estos dos últimos conceptos.

Al tratar la *sugestión ilícita fraudulenta* o *dolosa* el autor aplica una rápida definición en la Segunda Parte de su obra, según la cual aquella se presentaría cuando "se incluyen en las preguntas que se hacen, las respuestas que se desea obtener inspirando así al interrogado"[168]; y al definir la sugestión culposa señala que consiste en que, el interrogador "hace que se incluya, por impericia, en la propia pregunta una respuesta determinada".[169]

Pero una lectura sistemática del tema, expuesto con mayor detalle en la Primera Parte de la obra, permite comprender que la fuerte prevención del autor contra la *sugestión ilícita fraudulenta* y la *culposa* está en realidad dirigida contra las *pregunta artificio-*

168 Ibíd., vol. II, p. 88, para la definición de la *sugestión lícita* véase la nota al pie 1 de este capítulo.
169 Ibíd.

sas y engañosas, esto es, las que Altavilla denomina *preguntas capciosas* o *implícitas propiamente dichas*. Véase:

Luego de tratar la *sugestión violenta* Framarino Dei Malatesta se ocupa de "*la segunda especie de sugestión*", la **fraudulenta** o **dolosa**:

> En la segunda especie de sugestión, es decir, en el caso de la sugestión fraudulenta, el juez, **mediante artificiosa exteriorización de palabras o por medio de falsa representación de las cosas**, hace surgir en el ánimo del interrogado determinada convicción, a fin de obtener respuesta de la misma clase; o bien **mediante equívocos** lo induce a dar una respuesta que aquél expresa en un sentido y se hace constar en otro.[170] (s.n.)

Y a renglón seguido agrega éste fuerte calificativo:

> En estas dos primeras especies de sugestión ilícita [se refiere a la violenta y a la fraudulenta] **el juez no hace sino suplantar en su oficio a los delincuentes**, a los cuales les arrebata sus armas, que son **el fraude y la violencia**.[171] (s.n.)

Para mayor precisión del pensamiento del autor en cita, mírese como antes, al tratar el tema de la *violación de la libertad subjetiva de las pruebas*, expresa:

> Nos corresponde solamente estudiar la acción ejercida sobre el ánimo del declarante, la cual, **encubriéndose bajo un ropaje de hipócrita amor a la verdad y de celo por la justicia**, conduce a aquél a decir cosas diferentes de las que hubiera dicho y produce, por lo tanto una declaración no conforme a las condiciones espontáneas y genuinas de su espíritu.[172] (s.n.)

Luego explica que la *sugestión culposa* solo se diferencia de la fraudulenta en que el error inducido no procede del dolo sino "*de la negligencia de quien interroga*".

Es claro entonces que lo que reprende duramente Framarino Dei Malatesta bajo el nombre de *sugestión ilícita fraudulenta* y *culposa* no es en realidad **la pregunta sugestiva a secas**, es decir,

170 Ibíd, vol. I, p. 120.
171 Ibíd, paréntesis fuera del texto original.
172 Ibíd, p. 117.

cualquier pregunta que sugiera la respuesta en cualquier momento de la declaración y bajo toda circunstancia. Su esfuerzo demostrativo se enfoca claramente a definir el concepto de pregunta *capciosa*, en la forma en que se ha expuesto antes a partir de la etimología de la palabra "capcioso", como artificioso, engañoso. Es por eso que el autor finalmente expresa lo siguiente en revelador pasaje que confirma lo que se viene exponiendo:

> Desde el punto de vista de la persona que interroga, **las preguntas sugestivas dolosas podrán llamarse propiamente** *insidiosas*, del mismo modo que **las culposas podrán llamarse** *capciosas*; pero desde el punto de vista de la persona interrogada, las preguntas insidiosas no se diferencian de las que son simplemente capciosas, pues producen idéntico efecto.[173] (s.n.)

Como se ve, la *sugestión ilícita fraudulenta* en la obra de Framarino Dei Malatesta equivale a la que el llama *pregunta insidiosa*, mientras que el mismo tipo de sugestión atribuible no al dolo sino a la impericia del interrogador (sugestión ilícita culposa) es denominada *pregunta capciosa*; ambas preguntas pueden cumplir su propósito engañoso (falsa representación de las cosas) y artificioso mediante la técnica de incluir la respuesta en la pregunta.

Por eso es comprensible la insistencia del autor al indicar que en la sugestión ilícita se *oculta el carácter sugestivo* de la pregunta en cuanto aparenta no sugerir nada, *y en eso reside su engaño*.[174]

En este contexto de lo *insidioso* y lo *capcioso* debe entenderse la conclusión del autor cuando a renglón seguido señala:

> El juez, **al incluir determinada respuesta en la pregunta**, sea que lo haga por impericia o por dolo, perjudica del mismo

173 Ibíd, p. 120, cursivas en el texto original.
174 "La sugestión ilícita, tanto fraudulenta como culposa, **sugiere las respuestas sin que tenga las apariencias de sugerirlas**; y en esto reside primordialmente su naturaleza que induce al engaño." (Framarino Dei Malatesta, op. cit., vol. II, p. 89, s.n.). "La sugestión ilícita **ayuda sin mostrar que ayuda** y en ello reside especialmente su condición insidiosa". (Ibíd, vol. I, p. 118, s.n.) También Gorphe: "...las preguntas más peligrosas (...) son con frecuencia aquellas cuyo carácter sugestivo está oculto, que dictan la respuesta sin parecerlo ...". (*La Crítica del Testimonio*, op. cit., p. 300).

> modo los intereses de la verdad, ya que, con relación a la mente del interrogado, la respuesta será siempre igualmente inspirada por quien interroga, y la impericia de éste produce el mismo efecto del dolo, perjudicando igualmente la verdad.[175] (s.n.)

Ahora bien: la tesis central que se sostiene en este capítulo es que la pregunta sugestiva debe ser por regla general permitida en el contrainterrogatorio sobre la base de que ese tipo de preguntas son las que verdaderamente sirven de test o prueba a la razón de la ciencia del testigo, además que materializan el derecho constitucional a controvertir la prueba de cargos.

El detallado análisis efectuado sobre la obra de Framarino Dei Malatesta en punto a la sugestión en el interrogatorio, tiene por objeto demostrar como de este autor, tan determinante en nuestra cultura jurídica, no sustenta una objeción que deseche la procedencia de las preguntas sugestivas durante *toda* la diligencia de testimonio, incluido el contrainterrogatorio.

Los alcances de la obra de Framarino Dei Malatesta sirven para demostrar la improcedencia de la pregunta sugestiva *durante el interrogatorio o examen directo*, no durante el contrainterrogatorio.

Esto es así por cuanto resulta evidente que el autor en cita no diferencia en su exposición el interrogatorio del contrainterrogatorio, siguiendo en ello la tradición romano – germánica y europea-continental: en la práctica de la prueba testimonial solo se concibe el *interrogatorio directo*, fundamentalmente a cargo del juez.

Ni una sola palabra en la obra que se analiza permite deducir que el autor se haya ocupado de enfocar y resolver el problema del testimonio desde el punto de vista de *la prueba del examen contrario o contrainterrogatorio* del testigo, a cargo de las partes.

Eso es explicable si se tiene en cuenta que la obra analizada está inserta en el sistema jurídico italiano de finales sdel siglo XIX, cuando estaba en vigencia un modelo procesal en el cual la facultad de

175 Framarino Dei Malatesta, op. cit., vol. I, p. 120.

preguntar se concebía principalmente radicada en cabeza del juez, no de las partes, y en el marco de la tradición jurídica romano – germánica que, por oposición a la tradición del common law, **no distingue** el interrogatorio del contrainterrogatorio.

Mírese, de hecho, como en la obra en cita constantemente se hace referencia a la perspectiva del "juez" que interroga, dejándose a las partes mas como interrogadores residuales o subsidiarios.[176]

En virtud de lo expuesto, queda claro que la esencia de la pregunta *capciosa* consiste en que, tal y como viene redactada, su meta es confundir o engañar al testigo.Asimismo, es evidente que la pregunta capciosa y la sugestiva no deben jamás identificarse.

Ciertamente, las enseñanzas de Framarino Dei Malatesta son rigurosas y acertadas cuando señalan, en primer lugar, que el juez no debe hacer nunca preguntas sugestivas. Ello es premisa básica de la teoría del contrainterrogatorio en un sistema procesal con tendencia acusatoria. La razón es muy simple: si el juez formulara preguntas sugestivas violaría el principio de imparcialidad de la administración de justicia (artículo 228 de la Carta) al asumir la perspectiva de los hechos que defiende o impugna una de las partes en conflicto.[177]

2.2.2.2. Diferenciación entre preguntas sugestivas y capciosas.

Atendiendo las regulaciones legales vigentes sobre la materia, ya citadas, se concluirá que lo *capcioso* y lo *sugestivo* son dos conceptos jurídicos enteramente diferentes.

Si el legislador hizo alusión a las preguntas *sugestivas*, de un lado, y a las preguntas *capciosas*, del otro, es porque se estaba

176 Las referencias al enfoque del interrogatorio practicado por el funcionario judicial son constantes. Por ejemplo: "Por regla general, ante una pregunta sugestiva **del juez**, el testigo acepta en su respuesta la sugerencia, sea por ligereza, sea por salir del paso, ora por timidez, ora porque, como se cree que **el juez** está al tanto de todo, mejor que nadie, considera conveniente ponerse de acuerdo con sus convicciones, porque teme contradecirlo." (Framarino Dei Malatesta, op. cit., vol. II, p. 88, s.n.).
177 "La prohibición para el juez o investigador de formular esas pregunta sugerentes se deriva de su imparcialidad" (H. Devis Echandía, op. cit., Vol. II, p. 243 y Vol. I, pp. 131, 132 y 134).

refiriendo a dos conceptos *distintos*. De lo contrario, tendría que aceptarse lo absurdo: que el legislador ha repetido inútilmente a lo largo de décadas un mismo concepto, restándole efecto útil a la otra expresión.

La teoría de la interpretación jurídica enseña que toda interpretación que suprima el *efecto útil* de la disposición interpretada debe ser rechazada, por lo que debe descartarse una interpretación de la Ley conforme a la cual se anule el sentido de la prohibición de "sugerir respuestas" asimilándola a la prohibición de "formular preguntas capciosas".

Pero además, una interpretación exegética implica idéntica conclusión: "**Sugerir**" viene del latín *suggerere*, y significa "hacer entrar en el ánimo de alguno una idea o especie, insinuándosela, inspirándosela o haciéndole caer en ella. SUGERIR una buena idea; SUGERIR un mal pensamiento."[178] En cambio "**capcioso**" viene del latín *captiösus*, y significa "*artificioso, engañoso*."[179]

Joaquín Scriche, en su clásico *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia* diferencia ambas expresiones:

> Preguntas *sugestivas* son las que influyen, inspiran o determinan la respuesta que ha de dar el preguntado, y pueden ser claras o paliadas; se llaman *claras* las que se hacen específicamente de algunas cosas, expresando las personas, circunstancias y calidades de la causa civil o criminal, o del hecho o delito, como si se preguntase al testigo si vio que Pedro mató a Juan en tal día, en tal parte y tal hora, hiriéndole con un puñal en el pecho; y se dicen *paliadas* aquellas en que se previene sutilmente al preguntado indicándole el modo de responder, o se le abre camino y da luz para la respuesta.[180]

Y en cuanto a las preguntas capciosas expresa:

> Preguntas c*apciosas* son las que algunos jueces poco delicados se permiten hacer al acusado empleando las suposiciones falsas, el artificio y la mentira para descubrir la verdad.[181]

178 Diccionario de la Lengua Española, Decimonovena edición. Con idéntico enfoque Parra Quijano, op. cit., pp. 231-232.
179 Diccionario de la Lengua Española, Decimonovena edición.
180 J. Scriche, op. cit., Tomo IV, página 337, resaltado en el texto original.
181 Ibídem, página 338, resaltado en el texto original.

Por su parte Couture, en su *Vocabulario Jurídico*, define las *preguntas capciosas* como "aquellas preguntas que, por su modo especial de formularse, procuran inducir en error al declarante", y agrega sobre la etimología del vocablo: "*Capcioso*, del latín *captiosus, -a, -um* 'capcioso, engañoso', derivado de *captio, -nis*; que es un nomen actionis del verbo capio, *-ere* 'tomar', y significa originalmente 'acción de tomar', más tarde 'lo que se debe tomar' y, debido a una abstracción peyorativa, también 'fraude, argumento capcioso'. "[182]

Por otra parte, el mismo autor define las *preguntas sugestivas* como "aquellas que en su propia formulación llevan insinuada la respuesta, sugiriéndola al declarante."Y presenta a continuación la etimología del término:

> *Sugestivo* es vocablo moderno (siglo XIX), tomando, a través del francés *suggestif*, del ingles *suggestive*, que es un neologismo formado sobre el verbo latino *suggero, -ere* 'sugerir', de la época imperial, que en el latín clásico significaba solamente 'aportar en lugar de algo' (compuesto de *gero, - ere* "llevar", con el prefijo *sub-* que expresa la idea de sustitución como en *substituere, subrogare, succedere* etc.).[183]

Puede precisarse que las preguntas capciosas equivalen a aquellas "peligrosísimas" preguntas que Altavilla denomina "implícitas":

> Ahora vamos a referirnos a aquellas peligrosísimas *preguntas implícitas* que son tan frecuentes, esto es, cuando se pregunta sobre un detalle, dando por segura una circunstancia que era necesario comprobar; así, por ejemplo, si se dice a un testigo: ¿de que color era el abrigo de la señora?, se presupone que en realidad se trataba de una señora y que tenía abrigo, circunstancias que, por el contrario, es preciso comprobar. Esto puede producir las desviaciones más impresionantes, porque el testigo, partiendo de estos datos, que pueden ser inexactos, cree forzar sus recuerdos, cuando los está deformando.[184]

182 Couture, *Vocabulario Jurídico*, Depalma, Segunda reimpresión, Buenos Aires, 1983, p. 467, letra resaltada en el texto original.
183 Ibíd., letra resaltada en el texto original.
184 Altavilla, Enrico, *Sicología Judicial*, Temis, Bogotá, 1975, Vol. II, p. 814, resaltado en el texto.

Nótese entonces como la *pregunta capciosa* es aquella que contiene material que tiende a confundir al testigo, bien porque la pregunta no es fiel reflejo de la realidad, o porque está elaborada de forma confusa y engañosa.

La esencia de una pregunta capciosa es el artificio o engaño que pretende crear en el testigo, o en el que lo induce; por eso, una pregunta capciosa sin engaño o artificio es un contrasentido. Así mismo, *el artificio o el engaño no es elemento de la esencia de la pregunta sugestiva*, pues lo que la caracteriza es, simplemente, que contiene un hecho que se pretende sea confirmado o negado por el testigo.

Por supuesto que es posible formular una pregunta sugestiva que induzca a error, en cuyo caso la pregunta sugestiva será a la vez capciosa, caso en el cual el error o engaño se vale de la sugestión. En esos eventos es cierto aquello de que *lo sugestivo envuelve engaño*[185], pero no siempre es así, toda vez que es posible engañar o confundir al testigo sin sugerirle respuestas.

En aras de la claridad conceptual, conviene subrayar que puede existir sugestión en una pregunta sin que contenga engaño o artificio; en efecto, se puede sugerir una respuesta sin que con ello se tenga la intención de engañar (subjetivamente, en cuanto al ánimo de quien interroga) y sin que se consagre un engaño o confusión en el texto de la pregunta (objetivamente, en cuanto al contenido de la pregunta).

En otras palabras dicho: una pregunta sugestiva puede ser capciosa; una pregunta capciosa puede ser sugestiva; pero *no toda pregunta capciosa es sugestiva*, ni *toda pregunta sugestiva es capciosa*.

No es correcto indiferenciar conceptualmente ambas figuras, pues dicha confusión *teórica* repercutirá en la *práctica forense*. Por eso no se comparte el criterio según el cual "la frontera conceptual entre las preguntas sugestivas y capciosas es académica".[186]

185 Gómez Jiménez, *Las Pruebas en el Nuevo Código de Procedimiento Penal*, Librería Jurídica Sánchez, Medellín, 2001, p. 101.
186 Ibíd.

Mas aún: precisamente la ausencia de una clara diferenciación teórica y práctica entre ambos tipos de pregunta impide comprender una de las ideas centrales del contrainterrogatorio: que *la pregunta sugestiva es un elemento de la esencia del contrainterrogatorio*, de donde, sí se prohíbe la pregunta sugestiva en esta manifestación de la prueba testimonial, se estará afectando el núcleo esencial del derecho constitucional de contradicción.

2.2.3. Las preguntas sugestivas en la obra de F. Gorphe.

Parte de la resistencia que nuestro medio prodiga a la pregunta sugestiva propia del modelo angloamericano puede provenir del influjo de *La Crítica del Testimonio*, escrita por Francois Gorphe en 1924; en dicha obra el autor en cita se muestra claramente opuesto al sistema angloamericano de interrogación y, en particular, al "*efecto deformador de las preguntas sugestivas*", señalando en uno de sus pasajes:

> Toda influencia sugestiva sobre un testigo debe ser estrechamente evitada, no solamente antes, sino también durante la deposición, tanto por parte de quienes lo rodean, como por parte del que recibe la declaración.[187]

Es entonces conveniente exponer la teoría de Gorphe sobre las preguntas sugestivas para evaluar como ella afecta la tesis principal que aquí se sostiene: que *la pregunta sugestiva debe ser permitida durante el contrainterrogatorio*.

La obra de Gorphe en su conjunto[188] presenta algunas variaciones en cuanto al tratamiento de las preguntas sugestivas. En efecto, su posición radical inicial sobre las preguntas sugestivas, expuesta en *La Crítica del Testimonio*, encuentra modulaciones en su obra posterior, la *Apreciación Judicial de las Pruebas*. Ello quizá se deba a que para ésta segunda obra el autor tuvo en cuenta una más autorizada fuente bibliográfica sobre el sistema probatorio angloamericano.[189]

187 Gorphe, *La Crítica del Testimonio*, op. cit., p. 295.
188 Es decir, "*La Crítica del Testimonio*" y la "*Apreciación Judicial de las Pruebas*", escrita con posterioridad.
189 La fuente que consultó Gorphe sobre el sistema angloamericano en *La Critica del Testimonio,* según se lee en la bibliografía citada en la obra, consistió en un texto de 1.917 escrito en francés

Por ello, para comprender cabalmente el pensamiento de Gorphe sobre las preguntas sugestivas debe estudiarse su pensamiento plasmado tanto en *La Crítica del Testimonio* como también, y fundamentalmente, en la *Apreciación Judicial de las Pruebas*.

2.2.3.1. La Crítica del Testimonio.

Para Gorphe "Toda influencia sugestiva sobre un testigo debe ser estrechamente evitada, no solamente antes, sino también durante la deposición, tanto por parte de quienes lo rodean, como por parte del que recibe la declaración"[190]; ésto en razón a que "cuando las preguntas implican una sugestión cualquiera, la fidelidad de las respuestas disminuye sensiblemente."[191] Y a renglón seguido hace notar que "la sugestividad de las preguntas depende no solamente de la forma que se les ha dado, sino también del tono y de la autoridad del interrogador y del ambiente en que se deslizan."[192]

El jurista francés, acudiendo a obras y experimentos de psicología experimental muy en boga en su época, demuestra como la sugestión afecta la fidelidad de una declaración. Enseña que hay diversos grados de sugestión, pues "hay preguntas más o menos sugestivas según su forma", y expone "las varias maneras en que se producen las falsas respuestas."[193]

por Robert Ferrari, Profesor de Nueva York, publicado en el boletín de la sociedad de estudios legislativos y titulado "*Comparación du systeme anglo-americain des regles de preuve et de la procédure dans les tribunaux de yere instance en France*" (véase *La Crítica del testimonio,* op. cit., pp. 63 y 301). Llama la atención que en la bibliografía de esta obra Gorphe cite las obras de dos de los más tradicionales tratadistas sobre evidencia en los Estados Unidos: Charles Moore Moore (*A Treatise on Facts or Weight an Value of Evidence,* 1908 y *Psychologi in the Courts*, 1908) y J. H. Wigmore (*On Evidence a Treatise of the Anglo – American System of Evidence in Trials at Common Law*, (I y II: *Testimonial evidence*), 5 vol., 2 edición, Boston), pero extrañamente no referencia estas autoridades al momento de desarrollar el contrainterrogatorio angloamericano y las preguntas sugestivas.
En la *Apreciación Judicial de las Pruebas*, Gorphe ya no referencia a Robert Ferrari sino a H. Selden Bacon, en una obra escrita en francés en 1930 y publicada en el boletín de la sociedad de legislación comparada, titulada "*Le systeme de la preuve dans les pays de Droit coutumier (common law), ses origines et ses effets*" (*Gorphe, Francois, Apreciación Judicial de las Pruebas. Ensayo de un método técnico.* Temis, Bogotá, 1985, p. 345, pie de página 110). A diferencia de lo que ocurrió en *La Crítica del Testimonio,* en *Apreciación Judicial de las Pruebas* se cita con inusitada frecuencia y admiración la obra de WIGMORE "*The Principles of Judicial Proof*" (1914), de la cual el autor reconoce en su prólogo que "*no existe equivalente de tal publicación en el derecho continental europeo*". (*Apreciación Judicial …*, op. cit., p. 8)

190 Gorphe, *La Crítica del Testimonio,* op. cit., p. 295.

191 Ibíd., p. 298.

192 Ibíd., pp. 301-302. Ya Framarino Dei Malatesta prevenía contra la *sugestión ilícita* en los interrogatorios, que puede ser violenta por "*la expresión feroz y la voz ronca de algunos instructores modernos.*"

193 Gorphe, *La Crítica del Testimonio,* op. cit., p. 299.

Mas adelante, siguiendo a Stern y a Lipmann, establece "una serie de gradaciones en la *sugestibilidad* de las preguntas". Partiendo del ejemplo consistente en preguntar si una mujer llevaba un sombrero y de que color era, establece siete tipos de preguntas que son de una "sugestividad creciente", así:

1º. Pregunta *determinativa*, con pronombre interrogativo: "Como iba vestida?", si se sabe ya que llevaba un sombrero: "Cual era el color del sombrero?"

2º. Pregunta *completamente disyuntiva*:"Llevaba sombrero o no?". Esta pregunta es más precisa que la anterior; manda optar entre los dos términos de una alternativa.

3º. Pregunta *de si o no*:"¿Es que llevaba un sombrero?" o "¿Es que el sombrero era rosa?"*

4º. Pregunta *expectativa afirmativa*: "¿Acaso el sobrero era rosa?", etc.

5º. Pregunta *expectativa negativa*: "¿No era rosa el sombrero?", etc.

6º. Pregunta *parcialmente disyuntiva*:"Era rosa o azul el sombrero?"Esta pregunta parece excluir la posibilidad de cualquier otro color.

7º. Pregunta hipotética o de prejuicio o *implicativa*:"¿Cuál era el color del sombrero?" en el caso en que no se esté seguro de la existencia del sombrero.[194]

Luego Gorphe concluye que "evidentemente las más peligrosas" son las *preguntas implicativas*,"esencialmente sugestivas", puesto que "de ellas resalta la suposición de que el testigo tiene conocimiento de cierto estado de cosas, sin haber examinado antes si es éste el caso, o sin que, en nuestro ejemplo, se haya preguntado previamente si la muchacha llevaba un sombrero y si el testigo lo había visto."[195]

* En *Apreciación Judicial de las Pruebas (*op. cit., páginas 348 –349*)* Gorphe hace una dura critica a las preguntas asertivas (cuando el testigo debe responder con un "si" o un "no") porque considera le arrebatan mucha espontaneidad al testimonio "por efecto de un interrogatorio de contrapreguntas que no le concede respiro", y entiende, citando a Mittermaier, que ello choca con los principios de libertad y espontaneidad del testimonio.

194 Gorphe, *La Crítica del Testimonio,* op. cit., p. 299, resaltado en el texto original.

195 Ibíd., p. 300.

Y agrega:"Las preguntas sobre el color del sombrero son *engañosas* en el caso en que el sombrero no exista en realidad"[196]; pero "todavía más peligrosas son las preguntas parcialmente disyuntivas, cuando no se tiene la seguridad de la exclusión de otras posibilidades. Supóngase que el testigo creyese, con justo o falso título, que el sombrero de la muchacha era gris: de la pregunta 'rosa o azul' puede deducir que el 'gris' era falso, y sucumbir a la influencia de la sugestión".[197]

La exacta dimensión de la prevención contra las preguntas sugestivas en la obra de Gorphe es clarificada en éste aparte:

> ... de una manera general, las preguntas más peligrosas no son siempre aquellas cuya forma muestra claramente una sugestión; son con frecuencia aquellas **cuyo carácter sugestivo está oculto**, que dictan la respuesta **sin parecerlo**, como las preguntas parcialmente sugestivas (LIPMANN).[198] (s.n.)

Nótese cómo existe una significativa coincidencia entre el pensamiento de Gorphe y el de Framarino Dei Malatesta en el sentido antes expuesto: las preguntas más peligrosas por sugestión se asimilan a las preguntas *capciosas*.[199]

Gorphe señala las siguientes cuatro recomendaciones sugeridas por los expertos para evitar el peligro de las preguntas sugestivas, o al menos "para permitir tenerlo en cuenta"[200]:

> 1º Que las preguntas sugestivas sean prohibidas (STERN, LIPMANN, SEIDEL, GOOTTSCHALK)
>
> 2º. Que el primer interrogatorio sea reservado a un jurista psicólogo (LIPMANN, SCHNEIKERT)
>
> 3º Que las preguntas sean insertadas en el proceso verbal, pues"hay que conocer la pregunta para poder apreciar la espontaneidad de la respuesta" (LIPMANN, SCHNEIKERT)

196 Ibíd., resaltado en el texto original.
197 Ibíd..
198 Ibíd., p. 300, paréntesis en el texto original.
199 "... la sugestión ilícita, tanto fraudulenta como culposa, **sugiere las respuestas sin que tenga las apariencias de sugerirlas**; y en esto reside primordialmente su naturaleza que induce al engaño." (Framarino Dei Malatesta, op. cit., Tomo II, p. 89, s.n.). Y agregaba: "La sugestión ilícita **ayuda sin mostrar que ayuda** y en ello reside especialmente su condición insidiosa". (Ibíd., Tomo I, p. 118, s.n.).
200 Gorphe, *La Crítica del Testimonio,* op. cit., p. 300-301.

> 4º. Que en todo caso el proceso verbal relate fielmente los términos de la deposición y la manera de conducirse en ella, para lo cual se sugiere la taquigrafía (BINET, STERN)

Luego de citar las clásicas reglas del foro inglés en la práctica de la prueba testimonial: *You must not lead your own witness*[*] y *You may lead your adversary's witness*[**], a renglón seguido concluye, **sin expresar el fundamento**, que "no hay razón para distinguir así: la regla debe ser la misma para las dos partes".[201]

Pero esas razones si existen y son de peso, como lo demostró claramente J. Bentham al referirse a "*los afectos que se suponen entre los que preguntan y los que contestan*"[202]. Más adelante se dedicará un aparte especialmente al estudio de estas dos clásicas reglas del foro ingles y a las razones en que se fundamentan, dejadas de lado por Gorphe.

En *La Crítica del Testimonio* Gorphe opinaba que "el derecho anglo-americano (...) somete a los testigos a verdaderas y con frecuencia rudas pruebas de interrogatorio y de contra- interrogatorio por las partes mismas".[203] Y criticaba duramente dicho sistema, señalando que "*tiene graves defectos que hacen reclamar su abolición*", apoyándose para ello en obras francesas y alemanas de psicología experimental.[204] Las razones de tan radical afirmación eran estas:

> Desde luego, **abusa del derecho a interrogar**, y le atribuye una eficacia exagerada sobre los testigos sospechosos, **no respetando en cambio, suficientemente a los testigos sinceros.** Mucho más sensible es que **no tenga ningún cuidado en no influenciar**, ni aún al ver turbado, al testigo, y no haya en cuenta del **efecto deformador de las preguntas sugestivas**, que agravan la animosidad de los debates. Es, como dijo SCHNEIKERT, "el mejor medio de trabajar y de perder a los testigos". ¿No será preciso que el testigo desgraciado fuese de mármol para permanecer impasible y conservar la serenidad

* *Usted no debe sugerir* (respuestas) *a su propio testigo.*
** *Usted puede sugerirle* (respuestas) *al testigo de su adversario.*
201 Gorphe, *La Crítica* …, op. cit., p. 298.
202 Bentham, op. cit., pp. 92-93.
203 Gorphe, *La Crítica* …, op. cit., p. 62.
204 Como las MONTROCHET ("*Psicología del Testimonio*", 1907), SEIDEL (sus obras datan de 1910-1912), Otto LIPMANN (obras de 1903-1914) y SCHNEIKERT (obras de 1904-1906).

> de su espíritu bajo el fuego cruzado de los interrogatorios y de los contra- interrogatorios "direct", "redirect", "cross" y "recross", que tiene que sufrir de ambas partes? ¡Imaginemos un tímido, un débil o un niño obligado a declarar en tales condiciones! Realmente, la verdad y la justicia no pueden hacerse hoy más que en una atmósfera de calma y serenidad.[205] (s.n.)

Más adelante Gorphe califica de "*modernas*" las legislaciones en que -como la Francesa- "*el cuidado de proponer las preguntas es, con razón, atribuido, durante la instrucción previa, exclusivamente al juez instructor, y en la Audiencia, en principio al Presidente, cuya autoridad debe ser imparcial.*" Esto era suficiente para calificar a las legislaciones anglo-americanas "*de espíritu un tanto primitivo*":

> En las legislaciones anglo- americanas, al contrario, las preguntas están todavía *abandonadas a las partes*, **que no aportan a ellas verdaderamente más cuidado que el del interés de sus respectivas causas**. Estas legislaciones de espíritu un tanto primitivo, no ven, es verdad, en las reglas de la prueba (evidencia) mas que las reglas de la lucha judicial, del juego (play) entablado entre las partes: supervivencia de la antigua concepción del duelo judicial, en que **el Juez no era mas que un árbitro o incluso un simple testigo del combate**. Luego, las partes pueden bien llevar su juego, según las reglas, al mismo tiempo que con habilidad; pero solo un Juez puede seguir una técnica del interrogatorio que entre en un método general en la investigación de la verdad.[206] (s.n.)

Nótese como en la obra de Gorphe se aprecia un entendimiento no del todo exacto del papel del Juez en la dinámica de los interrogatorios y contrainterrogatorios en el sistema anglo-americano.[207] Esta visión no se corresponde con la realidad del

205 Gorphe, *La Crítica*…, op. cit., página 63.
206 Ibíd., p. 302.
207 "El papel del juez se reduce a dirigir los debates para impedir que se desvíe el asunto y que se violen las reglas del procedimiento: debe tener gran cuidado en no inclinarse hacia ninguno de los dos platillos de la balanza; **si se arriesgase a intervenir indebidamente en el contra-interrogatorio**, la parte lesionada podría interponer apelación, y no dejaría nunca de hacerlo." (Gorphe, *La Crítica*..., op. cit., página 63, s.n.).

verdadero papel del Juez y del contrainterrogatorio en dicho sistema, como se verá luego.[208]

Gorphe parece entender que el Juez angloamericano debía permanecer plenamente pasivo y del todo ajeno a la contienda de las partes mientras éstas podrían incluso "despedazar" al testigo en los "rudos" interrogatorios y contrainterrogatorios; esta imagen da pie a pensar que el testigo en el sistema angloamericano es 'abandonado' a su propia suerte durante el examen de las partes –que abusan del derecho a interrogar- bajo la simple mirada pasiva del Juez.

Pero la realidad era y es aún bien distinta. Una rápida revisión a las regulaciones angloamericanas sobre la materia demuestra que esa perspectiva del problema no es exacta. Tradicionalmente en los Estados Unidos las Cortes han entendido que tienen el deber legal de **proteger a los testigos contra toda forma de violencia y acoso**, y que las partes no pueden de ninguna manera "abusar" del derecho a interrogar o contrainterrogar.[209]

Es así como la Regla 611.a) de las Reglas Federales de Evidencia aplicables a las Cortes y Magistrados en los Estados Unidos ordenan al juez ejercer un razonable control sobre el modo y orden de los interrogatorios para proteger a los testigos de acoso, hostigamiento, vergüenza o turbación indebidas.[210]

Y no puede objetarse que se trata de regulaciones inexistentes para la época en que Gorphe escribía su obra. Ya en la primera década del siglo XIX Bentham calificaba de "abuso" la actitud de un abogado para con un "testigo honesto que declara de manera contraria a sus miras", sometiéndolo a interrogatorio en "tono

208 Véase el capítulo sobre *El Derecho Fundamental al Contrainterrogatorio*, Num. 3.6. *Es un 'derecho – deber'.*

209 Ya en *Alford v. U.S.* (1931) la Suprema Corte de los Estados Unidos señalaba que el Juez tiene el deber de proteger al testigo de repreguntas que, sobrepasando los objetivos de un apropiado contrainterrogatorio, pretenden acosarlo o humillarlo: "There is a duty to protect him from questions which go beyond the bonds of proper cross- examination merely to harass, annoy or humiliate him."

210 Texto original: "Control by court. The court shall exercise reasonable control over the mode and order of interrogating witnesses and presenting evidence so as to... (3) protect witnesses from harassment or undue embarrassment".
Embarrassment es traducido como "Vergüenza, turbación, embarazo, desconcierto". *Harass* es "Acosar, hostigar, atormentar", pero la más exacta es la definición de la expresión *harassment*: es "hostigamiento, ejercicio abusivo de un derecho" (Alcaraz Varo, Enrique y Huges, Brian. *Diccionario de Términos Jurídicos*. Ingles – Español Spanish - English, Ariel, Barcelona, 2ª Edición, 1994, p. 192).

arrogante" para "intimidarlo" y "turbarlo, imputándole contradicciones", al punto de "convertir su testimonio en oscuro e ininteligible", caso en el cual advirtió:

> Tal inconveniente, lejos de ser esencial a la forma oral, es un abuso, que solo puede producirse en la medida en que el juez lo tolere y se haga cómplice.[211]

Significa entonces que incluso bajo la más pura tradición inglesa, el Juez tenía asignado el poder y el deber de proteger a los testigos de acoso y abusos inferidos por las partes durante los interrogatorios y contrainterrogatorios.

De otro lado, Gorphe continúa su crítica al contrainterrogatorio advirtiendo que en las legislaciones anglo-americanas las "preguntas están todavía abandonadas a las partes, que no aportan a ellas verdaderamente más cuidado que el del interés de sus respectivas causas"[212]; es precisamente en éste pasaje donde se aprecia con mayor claridad la exactitud del análisis de Bentham: las legislaciones europeo-continentales reprodujeron *el espíritu de desconfianza de la Ley romana hacia todas las partes*, en virtud del cual no les permitía interrogarse recíprocamente, sino que encomendaba esa función exclusivamente al juez.[213]

Como se verá más adelante al tratar el tema de la *licitud de la pregunta sugestiva en el contrainterrogatorio*, es precisamente en este punto en donde Bentham demostró cual fue el aporte de la jurisprudencia inglesa a la ciencia de interrogar, justo los dos aspectos en que probó ser defectuoso el sistema europeo continental de interrogatorio monopolizado por el juez.[214] Las consideraciones expuestas por Bentham no fueron siquiera mencionadas por Gorphe al cuestionar el sistema angloamericano de procesamiento e interrogatorio.

211 La obra de Bentham esta plagada de referencias al poder-deber del Juez en orden a controlar los interrogatorios de las partes. Por ejemplo, cuando dice que quien interroga a "su propio testigo" no puede comunicarle ninguna información so pretexto de ayuda de memoria "sin autorización expresa del juez", op. cit., p. 89.
212 Gorphe, *La Crítica del Testimonio*, op. cit., p. 302.
213 Cfr. Bentham, op. cit., pp. 92-93: "La Ley romana, desconfiando de todas las partes, no les permitía interrogarse recíprocamente, sino que encomendaba esa función exclusivamente al juez."
214 Ibíd.

Se concluye entonces que la obra de Gorphe no desvirtúa la hipótesis que aquí se enuncia: la pregunta sugestiva debe ser por regla general lícita y permitida durante el contrainterrogatorio de los testigos.

2.2.3.2. *La Apreciación Judicial de las pruebas*.

En su *Apreciación Judicial de las Pruebas*, Gorphe advierte que va a tratar el tema de la sugestión "desde el punto de vista de las respuestas sujetas a apreciación, más bien que como preguntas que convenga evitar".[215] En esta obra reitera la idea esencial expuesta antes en *La Crítica del Testimonio*, según la cual "la sugestión resulta tanto más peligrosa cuanto menos aparente. Ha de ser temida, sobre todo, en seres débiles, como los niños, y más aún en la primera deposición testimonial que en las otras".[216]

El autor reconoce que resulta "impracticable" lo que preconizan algunos autores: "que se prohíban las preguntas sugestivas", pero añade que "hay que recomendar evitarlas, y más aún en los casos delicados: por lo menos habría que consignar la pregunta con la respuesta, cuando una haya influido sobre la otra."[217]

Luego Gorphe presenta un cambio fundamental con respecto a lo expuesto en *La Crítica del Testimonio*, cuando reconoce que *hay casos* donde "**puede ser útil intentar preguntas sugestivas**".[218]

Un primer caso donde sería lícito intentar este tipo de interrogatorio ocurre cuando se pretende "experimentar el grado de sugestionabilidad del testigo, cuando se tema que haya sufrido alguna influencia."[219]

Para el tema que aquí se trata es muy significativo que el autor en cita reconozca que "otro caso en el cual pueden ser útiles las

215 Gorphe, *Apreciación Judicial de las Pruebas*, op. cit., pp. 342-343. El autor aclara a pie de página: "dejamos aquí a un lado la técnica del interrogatorio."
216 Ibíd., p. 343.
217 Ibíd.
218 Ibíd., s.n.
219 Y cita en su apoyo autores alemanes que no aparecían relacionados en la bibliografía de *La Crítica del Testimonio*, como A. HELLWIG y H. GMELIN; en soporte de esta conclusión cita un caso de su propia práctica judicial como Magistrado: en el testimonio de un niño que acusaba de ademanes impúdicos a un hombre Gorphe logró determinar, con el método de preguntas sugestivas "la sugestionabilidad del sujeto, la carencia de espontaneidad de sus declaraciones y, en consecuencia, la incredibilidad de su testimonio" (Gorphe, *Apreciación Judicial ...*, op. cit., p. 343).

pregunta sugestivas se da **cuando el testigo parece de mala fe y queremos desenmascarar sus mentiras**"[220], y agrega:

> … debe bastar con servirse conscientemente de ellas [las preguntas sugestivas], a título de experimento, en el arte de interrogar.[221]

Todos los autores citados por Gorphe para fundamentar las excepciones a la prohibición de preguntas sugestivas son de origen alemán, pero en este aspecto es perceptible la influencia positiva que en su segunda obra tiene la técnica angloamericana del contrainterrogatorio: Gorphe reconoce que los abogados del sistema inglés "sobresalen" en el "arte delicado" del interrogatorio.[222]

Si se repara con detenimiento, el pensamiento de Gorphe sobre el sistema angloamericano sufrió algunas modificaciones de una obra a otra. En *Apreciación Judicial de las Pruebas* su punto de vista varió drásticamente con respecto a lo que sobre el mismo tema opinaba en *La Crítica del Testimonio*.

En efecto, en la *Apreciación Judicial de las Pruebas* hay razones para apoyar la conclusión que aquí se sostiene, como se vio al mencionar los casos en que el propio Gorphe admite que son procedentes las preguntas sugestivas, muy especialmente "*cuando el testigo parece de mala fe y queremos desenmascarar sus mentiras*".

Aún así, Gorphe conserva su prevención contra el procedimiento del contrainterrogatorio angloamericano y sus preguntas sugestivas, con éstas palabras:

220 Gorphe, *Apreciación Judicial*…, p. 343, s.n.. Ya en *La Crítica del Testimonio* Gorphe había señalado que "Cuando un testigo parece sospechoso, hay lugar, de hecho a tratarlo un poco como a un inculpado, si se quiere probar su sinceridad." (*La Crítica*…, p. 61).

221 Gorphe, *Apreciación Judicial*..., op. cit., p. 344, paréntesis fuera del texto original. En apoyo de esta conclusión el autor cita a DEINHARD quien "admite este procedimiento para desenmascarar a los testigos falsos" (obra de 1909, no citada en *La Crítica del Testimonio*), STURM quien "observa que la sugestión judicial constituye con frecuencia el mejor remedio y aconseja a los sicólogos que realicen experiencias comparativas" (esta obra tampoco aparece citada en *La Crítica del Testimonio*) y FUCHS, quien "considera las preguntas sugestivas como prudente remedio para descubrir a los testigos interesados e influidos" (su obra es de 1908, tampoco aparece citada por Gorphe en *La Crítica del Testimonio*).

222 Gorphe, *Apreciación Judicial., op. cit.,* p. 346.

> Con todo, no siempre hay que confiar en el triunfo con ese procedimiento; pues para desenvolverlo debidamente se requieren varias condiciones: la habilidad del interrogador, la irreflexión del interrogado y la producción de circunstancias que permitan el efecto de la sorpresa. Tales circunstancias se encuentran mucho más fácilmente al comienzo de las pesquisas que en el curso del sumario; las condiciones resultan mucho más favorables durante la instrucción que en la audiencia pública. Se reducen a medida que el testigo (lo mismo que el procesado) han tenido más conocimiento del asunto y más tiempo de reflexionar sobre él y preparar sus respuestas. El sistema judicial ingles, mucho más que el resto de Europa, permite los efectos de la sorpresa, al dejar el interrogatorio al cuidado de los abogados en la vista, sin instrucción judicial previa.[223]

El autor en cita reseña el pensamiento de Selden Bacon, quien "estima que la sorpresa resulta imposible en un sistema donde el interrogatorio está reservado al presidente o al juez, y en el cual la repetición de la pregunta por este último, o solamente el que aprueba la interrogación, retrasa la respuesta y deja tiempo para prepararla".[224]

De esta cita se concluye que Gorphe sobreestimaba o mitificaba la diligencia de contrainterrogatorio, pues los casos donde la sorpresa "acaba" con el testigo son en la práctica verdaderamente excepcionales. En realidad, la finalidad y alcance del contrainterrogatorio es más modesta y menos espectacular; la destrucción sorpresiva del perjuro es una situación excepcional, alimentada en nuestra época por el cine y los relatos –muchas veces deformados- de juicios celebres.

En la página 348 de la *Apreciación Judicial de las Pruebas* Gorphe deja caer la crítica más violenta contra el sistema de interrogatorio y contrainterrogatorio angloamericano:

> Pero existe una contrapartida: es el inconveniente de que tales procedimientos de interrogatorio, practicados con una finali-

223 Gorphe, *Apreciación Judicial...*, op. cit., p. 347 – 348.
224 Ibíd., pie de página 116.

> dad de defensa o ataque, y con habilidad mayor que su imparcialidad, tienden mucho menos a descubrir la verdad objetiva que a procurarse un argumento o una prueba en un sentido determinado y que, sin miramientos para los testigos, corren el riesgo de impresionar, de extraviar o de turbar a los espíritus débiles, tímidos o emotivos; también corren el riesgo de sugerir respuestas en un sentido determinado. Constituyen fuentes de inexactitud o de error que interesa tener en cuenta en la interpretación de las contestaciones. Resulta siempre peligroso suscitar riesgos de error.
>
> Y agrega:
>
> Además, este sistema, tan ensalzado por los juristas ingleses o norteamericanos, no ha encontrado favor alguno en la Europa continental y ha sido muy censurado, especialmente por lo sicólogos. OTTO LIEPMANN reclama su abolición completa, en cuanto a lo poco que subsistía en Alemania" [cita obra de 1904 que fue a su vez citada en La Crítica del Testimonio] Tal medio de proceder debería reservarse como excepcional.[225]

Estas y otras objeciones a las preguntas sugestivas serán refutadas en un acápite especialmente dedicado a analizar los motivos por los que la doctrina europeo-continental no admite este tipo de preguntas, con la aclaración de que la refutación a presentar se orienta a permitir las mismas *solamente* durante el contrainterrogatorio.

3. La licitud de la pregunta sugestiva durante el contrainterrogatorio

3.1. Las reglas.

Dos son las reglas clásicas del foro inglés en materia de prueba de testigos[226]:

225 Ibíd., pie de página 117.
226 F. Gorphe, *La Crítica del Testimonio,* op. cit., p. 298.

a) Usted no debe orientar (sugerir respuestas) a su propio testigo. [*You must not lead your own witness*]

b) Usted puede orientar (sugerir respuestas) al testigo de su adversario. [*You may lead your adversary's witness*]

Estas reglas dan origen a los dos enfoques frente a las preguntas sugestivas en la doctrina y la jurisprudencia anglo norteamericana en materia de prueba testimonial:

a) Durante el interrogatorio directo: Se considera que las preguntas sugestivas están prohibidas por regla general, permitiéndolas de forma excepcional.

b) Durante el contrainterrogatorio: Se considera que las preguntas sugestivas están permitidas por regla general, prohibiéndolas de forma excepcional.[227]

Es en razón a estas dos reglas básicas que los sistemas acusatorios consagran normas como la prevista en la Regla 611(c) de las *Reglas Federales de Evidencia para las Cortes y Magistrados de los Estados Unidos*, que dispone:

Regla 611. Modo y orden del interrogatorio y presentación.

(...)

(c) Preguntas sugestivas. Las preguntas sugestivas no deben usarse en el interrogatorio directo del testigo, excepto cuando sea necesario para desarrollar su declaración. Normalmente **las preguntas sugestivas deben permitirse durante el contrainterrogatorio**. Cuando una parte llama a un testigo hostil, a la parte contraria o a un testigo identificado con la parte adversa, el interrogatorio puede llevarse a cabo mediante preguntas sugestivas.[228] (s.n)

227 Véase, entre otros: Thomas A. Mauet, *Fundamentals of Trial Techniques*, Little Brown and Company, Boston- Toronto, 1980, p. 247: "A leading question is one wich suggests the answer and is the basic form you should use for cross – examinations"; Kenneth S. Broun & Walker J. Blakey, *Evidence*, West Publishing Co., St.. Paul, Minn., 1984, p. 58: "Unlike direct examination, leading questions may and should be asked on cross- examination."; E. Garder Brownlee, *Objections to evidence. Trial Judges Guide*, National College of the Satate Judiciary, Montana, 1974, p. 25: "Leading questions are always allowed on cross- examination."

228 Texto original:
"Rule 611.- Mode and order of interrogation and presentation.
(...)
(c) Leading questions. Leading questions should not be used on the direct examination of a witness except as may be necessary to develop his testimony. **Ordinary leading questions should be permitted on cross- examination**. When a party calls a hostile witness, and adverse party, or a witness identified with an adverse party, interrogation may be by leading questions."

En el mismo sentido, el derecho probatorio de Puerto Rico señala en la Regla 43.(H) de las Reglas de Evidencia de ese país, enmendada por la Ley 33 de 1990:

> Regla 43. Orden y modo de interrogatorio de testigos y presentación de la evidencia.
>
> (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 contrainterrogatorio o del re-contrainterrogatorio.** También se permitirán 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 expresión o a una persona que por razón de pudor está renuente a expresarse libremente. (s.n)

3.2. La razón de ser de las reglas.

En sustento de las dos reglas clásicas del foro inglés se encuentra, tal y como enseñara Bentham, en *los afectos que se suponen entre los que preguntan y los que contestan*.

Aquí se encuentra la razón por la cual el sistema angloamericano, esencialmente pragmático, ha distinguido desde sus orígenes las dos reglas básicas sobre preguntas sugestivas en el interrogatorio de los testigos. Son ya clásicas las enseñanzas de Bentham al respecto:

> Si hubiese un criterio por el cual se pudiese conocer **la disposición de testigo hacia la parte que es objeto de su testimonio**, la labor del juez resultaría muy facilitada, a saber.
>
> 1. Estaría en guardia contra las causas de decepción y sabría de que lado se habría de temer la mentira, y lo que debe atribuir a la parcialidad propicia o contraria.
>
> 2. Vería la finalidad de las preguntas sugerentes mediante las cuales se trata de guiar a los testigos o de tenderles un lazo, y podría cortar de raíz las dilaciones que tienen como objeto servir a una de las partes a costa de la justicia.

El interés y la simpatía son indicios naturales de los sentimientos entre los declarantes y la parte que les pregunta. Pero este indicio por muy natural que sea está lejos de ser infalible.

(...)

Es cierto que si he elegido mis testigos, los habré tomado entre quienes son mis amigos o, por lo menos entre aquellos que considero neutrales; mas ésta presunción está muy sujeta a resultar falsa. No siempre sucede que la parte pueda elegir los testigos, e incluso lo contrario es más común.

(...)

De ello se deduce que las reglas inflexibles, fundadas en estas suposiciones de afecto, a menudo serían contrarias a la verdad y perjudiciales para la parte a quien se entorpecería en su facultad de interrogar.

(...)

Ese poder de tachar al testigo es, sobre todo, necesario en los casos en que la parte se ha visto forzada a recurrir al testimonio de una persona, cuyas inclinaciones no le son favorables. Esto puede ocurrir todos los días. Si, ultrajado por alguien, me veo reducido a utilizar el testimonio de su amigo, de su amante, de sus servidores, únicos testigos de la querella, los cuales no estarán bien dispuestos a mi favor, **es preciso que yo disponga de un freno para contenerlos**.

La Ley romana, desconfiando de todas las partes, no les permitía interrogarse recíprocamente, sino que encomendaba esa función exclusivamente al juez. Este sistema era defectuoso en muchos aspectos, incluso suponiendo en el juez el máximo de integridad, a saber:

1. Era defectuoso respecto al celo derivado del interés: es evidente que el del juez, en términos generales, no puede ser el mismo que el de las partes.

2. Era defectuoso respecto a los conocimientos positivos pertenecientes a cada causa individual: cabe presumir que las partes que hacen de ella el objeto principal de su preocupación tienen, en general, superioridad sobre el juez.

> Tal es el estado de cosas, suponiendo que los magistrados tienen la más absoluta probidad; pero si tienen parcialidad en la causa, el derecho exclusivo de interrogación les proporcionará un medio extraordinario para favorecer a una de las partes a expensas de la otra. A menudo se ha observado que los jueces, como consecuencia de su situación y por su hábito de ver delincuentes y de inclinarse a creer fácilmente en el delito, están, en general, prevenidos contra los acusados y revelan ese sentimiento con una forma de interrogar severa y hostil.
>
> (...)
>
> **La jurisprudencia inglesa es la primera en la que se han obviado esos peligros, al dar a las partes la facultad de interrogar a los testigos**; y ello ha dado a esa jurisprudencia un término apropiado para el efecto: *cross examination*, examen contradictorio.[229] (s.n.)

Es así como las preguntas sugestivas se prohíben, por regla general, en el examen directo o interrogatorio, debido a que en esa fase de la prueba testimonial es el testigo –propuesto por la parte que lo interroga– quien debe rendir declaración sobre lo que sabe, de forma espontánea y obviamente sin ningún tipo de insinuación.

Conviene detenerse en la razón última por la cual no pueden utilizarse preguntas sugestivas durante un interrogatorio directo, aun cuando se las permite ordinariamente en el contrainterrogatorio. Un investigador objetivo no puede rechazar una idea sobre la base de un prejuicio; hay que auscultar la esencia de las cosas para comprenderlas, pues muchas veces la verdad está oculta tras velos y apariencias que conviene descorrer.

Se demostrará como la doctrina probatoria de origen romano - germánica y europeo-continental, de la cual se ha nutrido nuestra tradición jurídica probatoria, en realidad apenas en apariencia se opone a lo que en el mismo sentido sostiene la doctrina angloamericana en materia de preguntas sugestivas.

En este caso los extremos se tocan y lo que siempre se ha enseñado como una diferencia radical de enfoques en realidad

229 J. Bentham, op. cit., pp. 92-93, resaltado en el texto original, excepto subrayado.

no lo es. Quizá esto se explique por cuanto los problemas fundamentales de la prueba de testigos son básicamente los mismos en todos los sistemas jurídicos. El punto de confluencia de ambas tradiciones jurídicas (*common law* y *civil law*) se detecta en el respeto debido a los derechos fundamentales y, especialmente, en la garantía del principio de contradicción en la práctica de la prueba testimonial.

Si se permitiesen las preguntas sugestivas en el interrogatorio o examen directo será en últimas el abogado de la parte que se identifica con el testigo -quien lo interroga- el que rendirá la declaración, cuando lo que se espera es que sea el testigo quien declare. Al respecto la doctrina ha escrito:

> La razón del sentido común para no permitir las preguntas sugestivas en el interrogatorio directo es que al juez de los hechos, sea juez o jurado, debe permitírsele no sólo oír lo que el testigo tiene para relatar sino también cómo el testigo, en sus propias palabras, quiere relatar la historia. La razón legal por la que el abogado interrogador no deba testificar, que es lo que él realmente está haciendo en la típica situación de las preguntas sugestivas, es que él es incompetente, no percibió ni tuvo conocimiento de primera mano.[230]

Bentham advertía que si durante el "examen amistoso" –léase: el interrogatorio directo- se le da "información sugerente" al testigo que está bien dispuesto hacia la parte que lo interroga, de todo ello resultará un "estilo artificioso", un "falso testimonio" que "no escaparía a la observación de los jueces". Y agregaba:

> Es menester encontrar un abogado que se preste a esta maniobra, que se muestre como un hombre sobornado y que se deshonre con muy pocas probabilidades de triunfar, porque para el éxito de este falso testimonio habría que contar con la inepcia de los abogados contrarios y con la incapacidad de los jueces o su connivencia.

230 E. Garder Brownlee, op. cit, p. 23; Louis E. Schwartz, *Proof, Persuasion And Cross-Examination: A Winning New Approach In The Courtroom, Ex*ecutive Reports Corporation, Englewood Cliffs, New Jersey, Sixth Printing, 1978, Vol. II, p. 205: Los jurados desean escuchar el testimonio del testigo en vez de un mero eco de las palabras del abogado ("*Jurors want to hear the testimony of the witness rather than a merre echo of the words of the attorney*").

> Puede asegurarse que tales abusos no ocurrirán jamás, o no llegarán muy lejos, en todo tribunal que admita la publicidad. Sin embargo, debe establecerse como regla general que, durante el interrogatorio, el interrogador no podrá comunicar ninguna información al interrogado so pretexto de ayudar su memoria, sin autorización expresa del juez.[231]

Si se comprende este enfoque del problema, de acuerdo al cual se diferencian las facetas de la práctica de la prueba testimonial en interrogatorio y contrainterrogatorio, se concluirá que toda la doctrina probatoria colombiana y europea-continental acierta cuando afirma y fundamenta la improcedencia de las preguntas sugestivas, bajo el entendido de que dicha prohibición opera en el *interrogatorio o examen directo*.

En cambio, esa prohibición es por regla general insostenible si se la aplica al contrainterrogatorio, por cuanto el enfoque es necesariamente distinto.

El contrainterrogatorio consiste en una faceta de la práctica de la prueba testimonial donde se materializa el derecho constitucional de contradicción por la parte afectada con la declaración rendida durante el interrogatorio directo.

El contrainterrogatorio es el espacio donde se someterá a prueba la declaración de cara a su veracidad y credibilidad. Por eso la pregunta sugestiva es permitida siempre que se relacione –directa o indirectamente- con lo declarado durante el examen directo, a la manera de test o prueba de lo declarado previa y espontáneamente por el testigo.

Para evitar que durante el contrainterrogatorio se presenten sugestiones inaceptables -lo que puede suceder si al testigo se le sugieren respuestas sobre temas que no fueron abordados en el interrogatorio directo- la tradición angloamericana acertadamente señala que el testigo solo debe ser contrainterrogado mediante preguntas sugestivas *sobre la materia tratada en el examen directo*.

231 J. Bentham, op. cit., p. 89.

Esta regla admite excepciones, pero existe unanimidad en el sentido de que no se deben formular preguntas sugestivas sobre temas no declarados en el interrogatorio directo. Por eso, si se abordan temas nuevos en el curso del contrainterrogatorio se abandona la regla que permite las preguntas sugestivas y se contrainterroga *como si se estuviese interrogando*, esto es, con el formato de preguntas abiertas. Este tema será objeto de estudio en un capítulo aparte.[232]

Altavilla, incurso en la tradición europeo-continental, no trató el contrainterrogatorio como fenómeno autónomo en la práctica de la prueba testimonial, pero advirtió acertadamente que la pregunta sugestiva "anula la libertad de evocación, sustituyendo otra imagen a la que se conserva"[233] , agregando que "la pregunta debe ser un estímulo para despertar un recuerdo, no una sugestión para imponer el propio convencimiento."[234] El autor en cita escribió:

> La sugestión, aunque sea de buena fe o en forma inconsciente, al tratar de forzar la memoria conduce a la complementación de las lagunas con elementos no percibidos u olvidados, con creaciones absolutamente fantásticas, a menudo sugeridas por el que interroga.[235]

Pues bien: esta razón científica apoya la hipótesis de la permisión de las preguntas sugestivas *durante el contrainterrogatorio*, siempre y cuando recaigan sobre *materias ya declaradas* en el interrogatorio directo.

Cuando el testigo ya ha precisado su memoria y declarado con libertad de evocación expresando su pensamiento durante el interrogatorio directo, pueden sugerirse respuestas *sobre esos temas* en el contrainterrogatorio, porque dada la previa manifestación del testigo en los aspectos señalados se minimiza el riesgo de deformación por obra de la sugestión.

232 Véase el capítulo sobre *El Alcance del Contrainterrogatorio.*
233 E. Altavilla, Psicología judicial, Vol. II, p. 814.
234 Ibíd., Vol. II, p. 816.
235 Ibíd., Vol. II, p. 814.

Y de esa manera se somete a prueba el relato del testigo, ya que la respuesta, si en verdad se corresponde con lo que piensa, deberá ser la misma bajo los dos enfoques: abierto y sugestivo.

Por esto, si durante el contrainterrogatorio se pregunta sobre temas nuevos o no relacionados con lo declarado por el testigo en el interrogatorio la regla varía, prohibiéndose las preguntas sugestivas para evitar que durante el contrainterrogatorio se anule la libertad de evocación, sustituyendo el pensamiento original del testigo por el del contrainterrogador.

Dicho de otra forma, la pregunta-estímulo que despierta el recuerdo se debe formular durante el interrogatorio o examen directo mediante preguntas abiertas, no sugestivas; pero *cuando el tema sea nuevamente abordado* en el contrainterrogatorio se podrán formular preguntas sugestivas, toda vez que el recuerdo sobre la materia por la que se pregunta ya fue antes estimulado libremente y sin sugestión; la fuerza de la sugestión para imponer el propio convencimiento se reduce notablemente, dada la posición asumida libremente por el testigo durante el interrogatorio directo.

Y es que la pregunta sugestiva durante el contrainterrogatorio permite al Juez, quien en últimas valora la credibilidad del testigo y la verosimilitud del testimonio, apreciar en forma dinámica la confrontación directa del relato objetivo del testigo, así como la reacción subjetiva del propio testigo ante esa confrontación; esta labor de confrontación usualmente se logra con preguntas que contienen o insinúan elementos de la teoría del caso de la parte que interroga, esto es, mediante preguntas sugestivas.

Resultaría interesante indagar el pensamiento de los operadores jurídicos norteamericanos acerca de cómo perciben la tradicional perspectiva de los operadores jurídicos colombianos acerca de las preguntas sugestivas. Dicha aproximación tendría de positivo el permitir aprender, mediante contrastación cultural, por qué la tradición angloamericana considera tan esenciales las preguntas sugestivas durante el contrainterrogatorio, así como establecer que tanta diferencia de enfoque existe realmente entre los dos sistemas jurídicos al momento de examinar los testigos adversos.

Sabido es que nuestra tradición jurídica esencialmente rechaza *toda* pregunta sugestiva porque considera que le quita originalidad al testimonio y libertad al declarante; se ha dicho que con ellas se corre el riesgo de que el testigo conteste lo que el interrogador quiere que le conteste, no lo que el testigo realmente percibió; y que reemplazan total o parcialmente el recuerdo del testigo, pues este se sustituye por el hecho sugerido en la pregunta, alterando así la naturalidad del recuerdo.

¿Que opinaría un abogado angloamericano, en términos prácticos, acerca de estas objeciones contra las preguntas sugestivas en el contrainterrogatorio?

Un juez norteamericano[236] tuvo la gentileza de contestar desde su práctica cotidiana -sin pretensiones académicas - un simple cuestionario que contenía las objeciones fundamentales de nuestra doctrina probatoria a las preguntas sugestivas. El cuestionario fue el siguiente:

A) Como abogado norteamericano, desde el sentido común y su experiencia, ¿que opinaría si el congreso de su país expide un estatuto donde prohíbe las preguntas sugestivas durante el contrainterrogatorio?

B) Supongamos que el Congreso de su país expide esa ley que prohíbe las preguntas sugestivas durante el contrainterrogatorio. A continuación le voy a enunciar algunas ideas que justificaron la adopción de esa medida. Le pido las lea con atención y me de su opinión sobre las mismas como abogado norteamericano, desde su formación, experiencia y valores culturales inspirados en su práctica forense.

1. La permisión de preguntas sugestivas durante el contrainterrogatorio le resta originalidad al testimonio y a la libertad del declarante.

2. La prohibición de preguntas sugestivas durante el contrainterrogatorio es adecuada porque con la pregunta sugestiva

236 Se trata de Larry Sage, Juez del Condado de Sparks en Reno, Estado de Nevada, cuyas respuestas se transcriben textualmente.

se corre el riesgo de que el testigo conteste lo que el interrogador quiere y no lo que el testigo realmente percibió o conoce.

3. La esencia de una pregunta es un interrogante, y la pregunta sugestiva más que superar el interrogante consiste en confirmar algo que se piensa.

4. Las preguntas sugestivas durante el contrainterrogatorio reemplazan total o parcialmente el recuerdo del testigo, pues este se cambia con el hecho sugerido en la pregunta, lo cual altera la naturalidad del recuerdo.

Por ser de interés a la temática tratada se consignan las respuestas a estas preguntas, pues reflejan la perspectiva corriente de la práctica forense norteamericana frente a las preguntas sugestivas en el contrainterrogatorio.

En esencia las respuestas del abogado consultado reflejan la importancia del contrainterrogatorio en la práctica forense como instrumento para descubrir la verdad en el proceso.

El Juez Larry Sage, fue tajante al manifestar, al primer interrogante que "*Las preguntas sugestivas son la única forma que permite la búsqueda de la verdad por el encargado de descubrir los hechos*".[237] Agregó que "*sin preguntas sugestivas no hay espacios para atrapar las mentiras. La verdad es sacada a flote haciendo preguntas de diferentes maneras; de otro manera, un testigo dirá exactamente la misma cosa dos veces*".[238]

En cuanto a que la permisión de preguntas sugestivas durante el contrainterrogatorio le restaba originalidad al testimonio y a la libertad del declarante, fue de la opinión de que "*el testigo nunca es libre para desviarse de la verdad o cambiarla. Es la verdad lo que está buscándose, no la libertad del testigo. El testigo es libre para contestar o no contestar. Pero es en la formulación*

237 "Leading questions are the only form of question that allows the seeking of truth for the fact finder." El encargado de descubrir los hechos es el juzgador (juez o jurado).
238 "Without leading questions there are no ways to catch the falsehoods. The truth is found out by asking questions many different ways; otherwise, a witness will say exactly the same thing twice."

de preguntas con variaciones, de diferentes maneras, y mediante la sugerencia, que la verdad es hallada o determinada".[239]

Sobre el riesgo de que con las preguntas sugestivas ocurra que el testigo conteste lo que el interrogador quiere escuchar y no lo que aquél realmente percibió o sabe, expresó: "*El riesgo puede ser remediado o neutralizado con preguntas adicionales. Pero sin preguntas sugestivas entonces ambas partes, el demandante y el demandado, estarán haciendo exactamente las mismas preguntas y la respuesta es repetida. La respuesta a la pregunta puede ser expuesta a la luz de la verdad de muchas formas, para ver que es consistente, que se sostiene como la verdad.*"[240]

No estuvo de acuerdo con que la pregunta sugestiva consista simplemente en confirmar algo que se piensa:

> *No, la pregunta sugestiva hace al testigo contestar más sinceramente. El testigo puede escoger contestar la pregunta como le es formulada, o contestarla diferente para conformarla a la verdad. Un testigo debe poder ser desafiado y cuando los hechos surjan de la misma forma, a través de preguntas abiertas o de preguntas sugestivas, entonces esa debe ser la verdad.*[241]

En cuanto a que con las preguntas sugestivas durante el contrainterrogatorio se corre el peligro de que los testigos declaren no lo que realmente saben sino lo que el contrainterrogador sabe o quiere que digan, opinó que "*El testigo es libre para estar de acuerdo con la pregunta sugestiva, estar en desacuerdo con la*

239 "The witness is never free to deviate from, or change, the truth. It is the truth that is being sought, not a witness freedom. The witness is free to answer or not answer. But it is in the asking of questions with variances, different ways, and by leading that the truth is found or determined."
240 "This risk can be cured or negated with additional questions. But without leading questions then both sides, plaintiff and defendant, are asking the same exact question and the answer is repeated. The answer to a question must be exposed to the light of truth, in many forms, to see what is consistent, what stands up to being the truth."
241 "No, the leading question makes the witness answer more truthfully. The witness may choose to answer the question as put, or answer it differently to conform to the truth. A witness must be challenged and when the facts come out the same through regular open-ended questions or leading questions, then it must be the truth."

pregunta sugestiva, modificar la pregunta sugestiva, contestarla en parte, o negarse a contestar la pregunta sugestiva como le es formulada."[242]

Y, por último, no estuvo de acuerdo con aquello de que las preguntas sugestivas en el contrainterrogatorio reemplacen total o parcialmente el recuerdo del testigo, porque "*El hecho del testimonio del testigo puede ser probado por preguntas abiertas o sugestivas. Cuando los hechos de una respuesta se expresan consistentemente frente a diferentes formas de pregunta, ahí es cuando la verdad del hecho del testimonio es establecida y confirmada. El testigo no tiene que estar de acuerdo con los hechos contenidos en la pregunta sugestiva. El puede decir: 'No, lo que yo dije fue ...' o 'yo no puedo contestar su pregunta sugestiva como usted la ha formulado', o 'La respuesta a esa parte de la pregunta es ... y la respuesta a esta otra parte es...' Ningún testigo tiene las palabras puestas en su boca. El simplemente está siendo interrogado acerca de los hechos y observaciones de diversas maneras para ver que es consistente, que es lo más probable que sea la verdad. La verdad puede salir adelante en el interrogatorio sin importar como se expresen o se formulen las preguntas.*"[243]

Vistas estas opiniones, conviene ahora detenerse en el tratamiento que le ha dado al tema la doctrina nacional. De manera aislada Romero Soto y Romero Alvarez explican porque las preguntas sugestivas[244] son permitidas en el contrainterrogatorio de los testigos adversos. Conviene citar *in extenso* su opinión en un tema que causa tanta resistencia en nuestra práctica forense:

242 "The witness is free to agree with the leading question, disagree with the leading question, modify the leading question, answer it in part, or refuse to answer the leading question, as posed."

243 "The fact of the witnesses' testimony is tested by the questions being open or leading. When the facts of an answer come out consistently to different forms of the question, then the truth of the witness facts is established and confirmed. The witness does not have to agree with the facts of a leading question. They can say: "No, what I saw was .....; or, "I cannot answer your leading question as you have asked it. The answer to this part of the question is.... and the answer to this other part is....." No witness has words put into their mouths. The are merely being asked their facts and observations in many different ways to see what is consistent, what is more likely to be the truth. The truth can stand up to questioning, no matter how the questions are phrased or put."

244 Para evitar confusiones se reitera que cuando estos autores mencionan la pregunta capciosa se refieren en realidad a las preguntas sugestivas, pues en la página 429 de la obra se lee: "... *la pregunta capciosa es la que sugiere una respuesta determinada dentro de los términos o frases como ella es expresada.*" (Romero Soto y Romero Alvarez, op. cit., p. 429)

La regla que prohíbe las preguntas capciosas está específicamente designada para contener la habilidad de quien lleva a cabo el [contrainterrogatorio] a sugerir las respuestas a su testigo. Los tribunales y jueces tienen un legítimo interés en mostrar o hacer ver al testigo que declara que lo haga sobre lo que sabe y que no está bajo la influencia de quien lo interroga. La prohibición contra las respuestas capciosas fue por tanto así formulada. Cuando la naturaleza de la relación entre quien [contrainterroga] y el testigo es considerada, el motivo de ésta regla viene a ser aparente, si la pregunta capciosa (sic), el testigo puede conscientemente o inconscientemente aceptar la sugestión implícita en la pregunta y darle al abogado la respuesta que él sabe es la deseada. Desde que el testigo es citado por quien lleva a cabo el interrogatorio, a declarar y lo hace en relación a su causa, es conveniente asistirlo proveyendo una respuesta o réplica a la pregunta sugestiva. Este no es el caso en el [contrainterrogatorio] **donde el testigo no es amigo, sino hostil, y el poder de sugestión es mínimo.** En consecuencia, algunos de los que contrainterrogan pueden incurrir en ciertas diligencias como las de careo (Arts. 517 y 518 del Código de Justicia Penal Militar) en preguntas capciosas, pero quien interroga (por regla general) no puede hacerlo. (...) Cuando una de las partes cita a un testigo hostil, o una de las contrapartes o un testigo identificado con la contraparte es [contrainterrogado] pueden presentarse preguntas capciosas.[245] (s.n.)

Más adelante los autores en cita señalan:

Si por quien lleva a cabo un [contrainterrogatorio] cita un testigo a declarar el cual es hostil o adverso a su caso, puede formularle preguntas capciosas para restar la credibilidad de ese testigo tal como lo haría si llevara cabo un careo (Arts. 516 y 517 del C. J. P. M.). **Lo racional de ésta regla o su razón de ser es que la hostilidad del testigo quita el peligro que puede ser susceptible a la sugestión de preguntas capciosas.**

(...)

245 Romero Soto y Romero Alvarez, op. cit., pp. 55-56, se sustituyen las expresiones que aluden al interrogatorio por cuanto en realidad se refieren al contrainterrogatorio.

> Así, en consecuencia, puede ser considerado como procedente el formular al testigo preguntas que dirigidas al sindicado podrían considerarse como capciosas **por ser éstas en muchos casos el verdadero apoyo de quien** [contra**interroga**] y por las siguientes razones:
>
> — Ellas permiten a quien [contrainterroga] establecer en sus preguntas aquellos hechos que él desea sean oídos por el jurado;
>
> — Permiten a quien [contrainterroga] limitar el poder de aquellas respuestas que podrían llegar a lesionar los intereses de su cliente y que fueran dadas por el testigo de la contraparte.
>
> — Ellas permiten a quien [contrainterroga] controlar el curso del [contrainterrogatorio].[246] (s.n.)
>
> Y posteriormente agregan:
>
> Las preguntas sugestivas, en cualquiera de sus formas son armas poderosas en el arsenal de quien [contrainterroga]. Ello suministra la oportunidad de declarar aquellos hechos que se desearía por el jurado fueran oídos por una vía directa, sencilla y perfectamente comprensibles y por lo tanto las preguntas capciosas deben ser utilizadas en su plenitud en cualquier [contrainterrogatorio] a los testigos y demás partes a excepción del sindicado o procesado.[247]

Es en este sentido que la pregunta sugestiva en el contrainterrogatorio de los testigos adversos desarrolla el derecho constitucional de contradicción en la práctica de la prueba testimonial, en el momento mismo en que ella es producida. Y la razón es clara: la parte contra la cual se produce prueba testimonial tiene el derecho a *controvertirla directamente* ante el Juez, desde su personal perspectiva, que obviamente no será el de la parte que interrogó al testigo.

El tipo de preguntas que caracterizan un contrainterrogatorio son usualmente lo que, desde otro enfoque, Altavilla deno-

246 Ibíd., pp. 58 y 429-430.
247 Ibíd., p. 432.

mina "*preguntas que pueden contener dudas acerca de su veracidad, oponiéndole a sus declaraciones argumentos o testimonios que demuestran su falsedad*"[248], y que el autor desarrolla al tratar el tema del *careo*, lo que demuestra la hipótesis señalada en otro aparte de ésta obra, según la cual la esencia confrontativa del contrainterrogatorio angloamericano fue absorbida en la tradición europea-continental, y especialmente colombiana, por la figura del careo.[249]

Es por eso que cuando la Ley colombiana señala que la pregunta sugestiva se encuentra prohibida en la diligencia de testimonio debe entenderse que dicha regla es ajustada a la Constitución y a los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos *en cuanto aplicada al interrogatorio directo del testigo*.

Pero dicha prohibición no es aplicable ni extensible, so pena de inconstitucionalidad por violación de garantías judiciales, al contrainterrogatorio de los testigos adversos, a menos que se traten temas nuevos no comprendidos en el interrogatorio directo. Así las cosas, las normas vigentes (excepción hecha de la Ley 906 de 2004, que se analizará más adelante) que consagran la prohibición de preguntas sugestivas durante el interrogatorio son constitucionales e inconstitucionales a la vez, según el momento aplicativo de que se trate.

Nuestra jurisprudencia constitucional ha admitido que una misma norma puede ser simultáneamente exequible e inexequible, según el punto de vista desde donde se la estudie. En sentencia C-546 de 1992 la Corte Constitucional señaló[250]:

> Debe la Corte en éste punto, empezar por indicar que la decisión del juez constitucional sobre la exequibilidad o inexequibilidad de una norma no siempre se reduce a la simple declaración de la una o la otra.Tanto la exequibilidad como

248 E. Altavilla, *Psicología Judicial*, op. cit., Vol. II, p. 867.
249 Véase el Capítulo sobre *El Contrainterrogatorio en la Tradición Jurídica Colombiana*, Num. 2. *Contrainterrogatorio y Careo.*
250 En esta sentencia se resolvió una demanda de inconstitucionalidad presentada contra las normas que consagraban la inembargabilidad del presupuesto general de la nación. La Corte declaró la EXEQUIBILIDAD del principio de inembargabilidad del presupuesto, como regla general, y por excepción declaró la embargabilidad del presupuesto "en el caso de las obligaciones dinerarias a cargo del Estado, que han surgido de relaciones laborales y cuyo pago no se ha obtenido por la vía administrativa o judicial."

la inexequibilidad pueden serlo con ciertas condiciones y bajo ciertas circunstancias. Dicho de otra manera: la declaración del juez sobre la adecuación de la Ley a la Constitución no excluye las excepciones del caso. Poner en evidencia las excepciones a la regla es, precisamente, hacer que la aplicación del derecho sea razonable, adecuada a los hechos.

La hipótesis aquí sostenida para el sistema colombiano es que las normas que prohíben la pregunta sugestiva son constitucionales siempre y cundo se entiendan referidas **al interrogatorio directo** del testigo. Pero son inconstitucionales en cuanto se entiendan aplicadas **al contrainterrogatorio** de los testigos de cargo.

Si se prohíbe la pregunta sugestiva durante el contrainterrogatorio con relación a lo declarado por el testigo en el interrogatorio se afecta el derecho a contrainterrogar los testigos de cargo, garantía mínima de toda persona acusada de un delito consagrada en la Convención Americana de Derechos Humanos (aprobada en el orden interno por Ley 16 de 1972) y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (aprobado mediante Ley 74 de 1968).[251]

Pero incluso la propia tradición jurídica colombiana concede argumentos de peso para concluir que la pregunta sugestiva debe permitirse en el contrainterrogatorio y prohibirse en el interrogatorio directo, como pasa a demostrarse.

3.3. Argumentos a favor de las preguntas sugestivas en la tradición jurídica colombiana.

3.3.1. La interpretación sistemática de la Legislación colombiana: la pregunta sugestiva en el interrogatorio de parte.

Que la pregunta sugestiva es razonable durante el contrainterrogatorio de los testigos de cargos lo demuestra un estudio analítico de las normas referentes al interrogatorio de parte consagradas en el Código de Procedimiento Civil, así como de la tradición legislativa e histórica de dicha figura, antiguamente denominada "posiciones".

251 Véase el capítulo sobre *El Derecho Fundamental al Contrainterrogatorio*, Num. 3.3. *Su Naturaleza Sugestiva.*

En efecto, repárese, como dato curioso, que el legislador señala que en un 'interrogatorio de parte' **se permiten las preguntas sugestivas**. Es así como el artículo 207 del Código de Procedimiento Civil señala los requisitos del interrogatorio de parte y expresa que las preguntas "podrán ser o no asertivas."

Por su parte, el artículo 208 del Código de Procedimiento Civil señala:

> Práctica del interrogatorio.
>
> (...)
>
> Cuando la pregunta fuere asertiva, **la contestación deberá darse diciendo si es o no cierto el hecho preguntado**, pero el interrogado podrá adicionarla con expresiones atinentes a aquél hecho. La pregunta no asertiva deberá responderse concretamente y sin evasivas. El juez podrá pedir explicaciones sobre el sentido y los alcances de las respuestas. (...) (s.n.)

Finalmente, el artículo 210 de la misma obra vuelve a referirse a las *preguntas asertivas* para regular la confesión ficta o presunta: la no comparecencia del citado a la audiencia o a su continuación, la renuencia a responder o las respuestas evasivas, harán presumir ciertos los hechos susceptibles de prueba de confesión sobre los cuales versen las preguntas asertivas admisibles contenidas en el interrogatorio escrito.

Visto que el Código de Procedimiento Civil permite las preguntas asertivas en el interrogatorio de parte, conviene hacer notar que *una pregunta asertiva necesariamente es sugestiva*, pues no es posible formular una pregunta que solo puede contestarse con un "si" o un "no" sin que la misma contenga una declaración sobre un hecho respecto del cual se pide a quien contesta asentimiento o negación.

Luego, *toda pregunta asertiva necesariamente es sugestiva*, porque en su redacción contiene la respuesta deseada y la condiciona a un "si" o un "no" de parte del testigo.[252] La proposición

252 Como ya se indicó, Gorphe, clasifica en tercer lugar a las preguntas "*de si o no*" dentro del listado de siete tipos de preguntas "de una sugestividad creciente".

contraria no es exacta, pues no toda pregunta sugestiva adopta necesariamente la forma asertiva.

Así las cosas, nótese como en el interrogatorio de parte nuestro legislador permite formular preguntas sugestivas, en su modalidad de asertivas. Lo que llama la atención es que el legislador prohíba idéntico procedimiento en el interrogatorio de testigos o "declaración de terceros", al señalar que se prohíben las preguntas sugestivas y cuando se dispone que

> No se admitirá como respuesta la simple expresión de que es cierto el contenido de la pregunta, ni la reproducción del texto de ella.[253]

Las preguntas que dan origen a este tipo de respuestas son sugestivas porque en su formulación contienen o sugieren un hecho frente al cual el testigo simplemente responde que "es cierto el contenido de la pregunta".

Esta regla es muy antigua en nuestra tradición legislativa, como se indicara[254], pues ya aparecía en el Código Judicial de 1.931.

Pero conviene preguntarse, ¿cual es la razón por la que en el interrogatorio de parte se permiten preguntas sugestivas y se prohíben en la declaración de terceros? Conviene despojarse por un momento de tecnicismos y formalidades para penetrar la esencia de las cosas y analizar por un momento la sustancia del problema; esto para significar que es claro que un "testigo" no es una "parte", que un "interrogatorio de parte" no es una "declaración de terceros" y que no se pueden "confesar" hechos en una declaración de parte, etc., pero ese no es el fondo del problema.

Ya Devis Echandía, al tratar las preguntas sugerentes o sugestivas, terminaba su exposición anotando:

> Es interesante observar que el sistema arcaico de las posiciones para las partes, que rige todavía para lo civil en algunos países, **es el contrario de lo que ocurre con el interrogato-**

253 Es la regla quinta a la que debe sujetarse "La recepción del testimonio". v. artículo 228 Del C. de Procedimiento Civil, modificado por el Decreto 2282 de 1989.
254 Véase el CUADRO 3 expuesto en el capítulo sobre *El Contrainterrogatorio en la Tradición Jurídica* Colombiana, Num. 3. *La tradición legislativa.*

> **rio de testigos, fundamentalmente sugerente**, ya que las preguntas deben formularse afirmativa o asertivamente, para que se respondan con un "si es cierto" o "no es cierto."[255] (s.n.)

El arcaico sistema de las *posiciones* era común en el antiguo derecho español, y allí se origina la tradicional permisión de preguntas sugestivas y asertivas. En efecto, Scriche define así el vocablo:

> **Posiciones**: Ciertas proposiciones o aserciones breves de hechos pertenecientes a la causa sobre los cuales pide un litigante que el otro declare bajo juramento, para relevarse de la prueba. Se expresan estas posiciones o aserciones, diciendo que el contrario declare *cómo tal hecho es cierto o incierto*; a diferencia de un interrogatorio presentado para prueba, en que no se asegura, sino que se pregunta, *¿si saben los testigos, han visto o tienen noticia de tal cosa o hecho?* (...) Las posiciones se hacen por la parte y no por el juez para aclarar alguna duda, y los interrogatorios por la parte y por el juez; aquellas tienen por objeto sacar a la parte contraria una confesión que excuse otra prueba, y estos probar con las declaraciones de los testigos lo que se ha negado por la parte contraria. (...) Presentado que sea el escrito de posiciones, debe el juez llamar al otro litigante, y tomándole juramento de decir la verdad, examinarle por si o por medio del escribano, sin darle tiempo para consultar ni deliberar, y obligarle a que responda categóricamente afirmando o negando con palabras terminantes, sin admitirle otras dudosas, como por ejemplo, *me persuado, me inclino a creer, niego la pregunta según está puesta, u otras semejantes*;[256]

Ciertamente, como lo advertía Devis Echandía, este enfoque del problema es interesante; este referente legislativo aún vigente demuestra lo que se viene exponiendo: la procedencia, pertinencia y necesidad de la pregunta sugestiva durante el contrainterrogatorio de los *testigos*, no solo de las *partes*.

255 E. Devis Echandía, op. cit., Tomo II, p. 244. El autor anota que "somos partidarios de reemplazarlas por el interrogatorio libre."
256 J. Scriche, op. cit., Vol. IV, pp. 329-330, resaltado en el texto original.

La razón por la cual en un interrogatorio de parte se pueden formular preguntas sugestivas es, en esencia, que la "parte" es un verdadero "testigo" hostil o de cargo para quien formula el interrogatorio de parte, pues se trata de quien más condensa el *interés contrario* al que representa quien interroga: la "contraparte".

Así las cosas, el denominado "interrogatorio de parte" es en realidad un contrainterrogatorio, aun cuando absurdamente limitado por el legislador a "veinte preguntas".

En esas condiciones, el *riesgo de sugestión* para la parte que absuelve el interrogatorio de parte es mínimo, pues la naturaleza de las cosas enseña que las personas no tienden a perjudicarse a sí mismas; en el interrogatorio de parte la sugestión contenida en las preguntas sugestivas se ve neutralizada por el interés que representa y defiende instintivamente la parte interrogada.

Materialmente, con independencia de la regulación legal, el principio expuesto demuestra cual es la razón de ser de las preguntas sugestivas.

Por la misma razón la pregunta sugestiva debe entenderse lícita en el contrainterrogatorio de los testigos de cargo, o que se asimilan al interés que representa la parte contraria. Podrá objetarse que un "testigo" no es una "parte", y que es muy claro que la parte representa y defiende un interés determinado pero que el testigo, que es "del proceso", solo declara "la verdad" sin importar a que interés perjudique o favorezca.

A este argumento cabe replicar con Bentham, cuando explicó que se debe entender por la expresión *testigos*:

> La primera observación que se debe formular se refiere al empleo de la palabra *testigo*, pero quienes han reflexionado acerca de las ideas saben bien cuanto dependen de las *palabras*.
>
> (...)
>
> La palabra *testigo* se emplea para designar dos individuos diferentes o el mismo individuo en dos situaciones distintas;

testigo *presencial*, es decir, que ha visto, oído y conocido con sus sentidos un hecho sobre el cual puede dar información, si es interrogado; y testigo de *referencia*, que expone ante un tribunal de justicia las informaciones adquiridas.

En ese sentido el nombre de *testigo* se puede aplicar a las partes interesadas en la causa y a aquellos a quienes se les da más comúnmente. Resulta muy extraño que, después de haber oído la deposición o la confesión de una persona examinada por el juez, se niegue que haya actuado con el carácter de *testigo*. Tal es la inconsistencia del lenguaje: parece que existe una oposición natral entre esos dos caracteres de parte y testigo. *Nemo debit esse testis in propia causa*: vieja máxima de jurisprudencia técnica, siempre repetida, aun cuando no tenga el apoyo de la razón y la autoridad de la práctica, porque los casos en que se desecha abiertamente son, por lo menos, tan numerosos como aquellos en que se sigue. No hay hombre ni juez que tenga en cuenta esa máxima en relación con todo lo que pasa en el seno de su familia. Pero es tal la fuerza el perjuicio, que los caracteres de parte y de testigo se consideran generalmente incompatibles.[257]

Resulta pues insuficiente sostener que a una parte se le pueden formular preguntas sugestivas porque es la "parte" y que con un testigo no puede hacerse lo mismo porque es un "testigo". La realidad y la naturaleza humana indican que los testigos en un proceso, conscientemente o inconscientemente, se inclinan usualmente de algún modo a favorecer o perjudicar a alguna de las partes en litigio.

El propio Gorphe, tan crítico del sistema angloamericano, reconoce que si se quisieran investigar todas las posibilidades por las que los testigos serían recusables el número sería tan elevado que se llegaría a la conclusión de que no podría admitirse ninguno, "*porque los testigos no son casi nunca extraños que no hayan tenido alguna relación con las partes en litigio*".[258]

257 Bentham, op. cit., p. 76, 3.1. "Testigos", letra resaltada en el texto original.
258 Gorphe, *La Crítica...*, op. cit., p. 21.

En el mismo sentido, Amado Adip expresa una verdad de todos conocida en la práctica forense:

> Es un hecho probado de que buen número de testigos, más de lo deseable, es falso, y otro tanto se presenta a declarar adecuadamente aleccionado por los malos profesionales o por la parte que los propone, de modo que cuando se sienta ante el funcionario judicial en la audiencia respectiva, sabe lo que tiene que decir, lo que tiene que negar, lo que tiene que callar o lo que debe 'ignorar'.[259]

Así pues, la posibilidad de formular preguntas sugestivas en el contrainterrogatorio de testigos surge a partir del hecho de que quien pregunta tiene un interés de signo contrario al que consciente o inconscientemente apoya el testigo con su declaración. Esa inclinación natural, sumada al hecho de que el testigo ya fue interrogado directamente, es lo que protege contra los efectos deformadores de la sugestión.

3.3.2. La interpretación histórica: el origen de la prohibición de contestar "es cierto el contenido de la pregunta".

En este mismo orden de pensamiento se inscribe la razón de ser de la prohibición, dirigida a los testigos, según la cual "*No se admitirá como respuesta la simple expresión de que es cierto el contenido de la pregunta, ni la reproducción del texto de ella.*"

El origen legislativo de esta regla se encuentra en el artículo 688 del Código Judicial de 1.931, que señalaba:

> Sus respuestas se escriben como las dicta el testigo capaz de hacerlo; y de no, las redacta el funcionario que recibe la declaración, después de conferenciar con el testigo hasta cerciorarse de que es lo que éste sabe y quiere decir. Extendida cada respuesta, se le lee al testigo, y lo propio se hace con la declaración total, antes de firmarla.

259 Adip, Amado, *Prueba de Testigos y Falso Testimonio*, Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 38.

> Dicho funcionario debe tomar especial empeño en que el testimonio sea responsivo, exacto y completo, en lo posible, haciendo todas las advertencias conducentes a poner en claro la confianza que merezca el testigo, y la manera precisa y distinta como ha sabido los hechos que afirma, o de que tiene noticia.
>
> **No se permite al testigo se limite a decir simplemente que "*es cierto el contenido de la pregunta*", sino que debe explicar cada respuesta para demostrar así que dice la verdad con suficiente conocimiento de los hechos." (s.n.)**

Esta norma incidió sobre los Códigos de Procedimiento Penal hasta el año de 1.987, cuando desaparece; pero sobrevivió hasta la fecha en la legislación procesal civil.[260]

El sentido o propósito de esta norma se aprecia con claridad en las actas de la Comisión encargada de elaborar el proyecto de lo que sería el Código Judicial de 1.931:

> Por igual razón, y al contrario de lo que se acostumbra en la ritualidad de las posiciones, no se permite al testigo decir simplemente que es cierto el contenido de la pregunta, sino que **se le exige la explicación de cada respuesta para demostrar que dice la verdad con suficiente conocimiento de los hechos**; pues de no procederse así, se llega al extremo, ya muy frecuente, con grave quebranto para el derecho y la justicia, de **que quien redacta las preguntas o quien extiende las respuestas viene a suplantar al testigo, que solo concurre a oír lo que se le pregunta, a decir que es cierto y firmar lo que se ha escrito como fórmula vana e irrisoria.**[261] (s.n.)

Mírese entonces hacia donde se dirigió la prohibición legal de contestar que es "cierto el contenido de la pregunta":

> *a*) A exigir que se diga por el testigo la explicación de cada respuesta para demostrar que dice la verdad con suficiente conocimiento de los hechos.

260 Véase el CUADRO 3, "Las respuestas a las preguntas asertivas", en el capítulo sobre *El Contrainterrogatorio en la Tradición Jurídica Colombiana*.
261 Citado en Mesa Prieto, Guillermo, *Código Judicial Colombiano (Ley 105 de 1931) y disposiciones adicionales*, Editorial Cromos, 5ª Edición, Bogotá, 1944, p. 185.

b) A impedir que quien redacta las preguntas o quien extiende las respuestas **suplante al testigo**, que solo concurriría a escuchar lo que se le pregunta y a contestar que "es cierto", firmando luego lo que se ha escrito como fórmula vana e irrisoria.

Pues bien: esas sanas y acertadas finalidades se ven satisfechas **en el interrogatorio directo** cuando se lo practica técnicamente. En el interrogatorio directo la prohibición de sugestión le impide al interrogador suplantar al testigo; ese es el escenario para preguntar por la explicación de cada respuesta, para demostrar que se dice la verdad con suficiente conocimiento de los hechos, es decir: para que exponga la *razón de la ciencia del dicho*.

Satisfechas esas finalidades legítimas no se ve porque deban aplicarse las mismas prohibiciones a otra faceta de la diligencia de testimonio, el contrainterrogatorio, que tiene un propósito diferente: someter a prueba la declaración.

De hecho, si se analiza como era la práctica de la prueba testimonial en los procesos judiciales en Colombia antes de 1.931, cuando aún no se había establecido la prohibición en comento, se notará que lo que estaba ocurriendo, como lo anotaba la Comisión redactora, era que las partes involucradas en un juicio citaban testigos de descargos (identificados con esa parte que los citó) y, bajo la técnica de preguntas sugestivas, lograban que el declarante repitiera el hecho contenido en la pregunta formulada por el abogado, anteponiendo la palabra "es cierto que…".

En la práctica forense colombiana del siglo XIX y principios del siglo XX era usual utilizar la pregunta sugestiva en el curso del interrogatorio o examen directo, es decir, durante el examen de un testigo *dispuesto hacia la parte que es objeto de su testimonio* (Bentham). Esta práctica viciosa se generalizó a tal punto que provocó la reacción del legislador de 1931, que consagró la prohibición expresa en comento que, a su vez degeneró en regla absoluta sin matices o excepciones.

A manera de ejemplo, véanse estos apartes del interrogatorio formulado por parte de la defensa de Rafael Uribe Uribe en el año de 1.886 a los testigos de descargos citados por el propio acusado dentro del célebre proceso penal que se le adelantó por el delito de homicidio.[262] El análisis de este interrogatorio en perspectiva histórica resulta revelador porque el acusado era un abogado y personaje de reconocida importancia social y política; es entonces razonable suponer que en ese proceso se hizo el mejor uso de los instrumentos procesales de contradicción vigentes en la época.

Téngase presente que para el momento en que se adelantó este proceso judicial aun no había entrado en vigencia el Código Judicial de 1.931. El pliego de preguntas escritas elaborado por el acusado constaba de diez y ocho preguntas y su defensor citó en el alegato de conclusión las respuestas a esas preguntas por parte de siete testigos de descargo, aun cuando advirtió que a petición del acusado declararon treinta y cinco o cuarenta testigos que "están absolutamente de acuerdo" y "cuyas declaraciones sería fatigoso leer".[263] Como muestra estadística en orden a demostrar lo aquí expuesto se toma la pregunta 15ª, que era esencial en la coartada alegada por el acusado:

> 15ª- ¿Es cierto que yo afirmaba que Gómez sólo estaba herido, pues yo no le había apuntado sino al brazo izquierdo, y si dije al Sr. Juan C. Uribe U. que lo llevara a la casa de la hacienda, mandara por médico al Retiro y cuidara a Gómez hasta que se curara?[264]

Nótese como la pregunta desconoce varias reglas de la técnica del interrogatorio, pues es innecesariamente sugestiva[265] y compuesta, como que se refiere a varios hechos en una misma pregunta. Pero dejando de lado estas observaciones, lo esencial

262 El para esa época Coronel Uribe Uribe fue acusado de haber dado muerte al soldado Gómez en unos hechos confusos, cuando aparentemente se sublevó y rehusó cumplir una orden impartida por aquél.
263 *Defensa del Coronel Rafael Uribe U.*, Tipografía industrial de Medellín, Segunda edición, Medellín, 1930, pp. 26 y 45.
264 Ibíd, p. 29.
265 Por cuanto puede preguntarse sin sugestión: ¿Dijo o no algo el Coronel Uribe una vez se produjo el disparo contra Gómez?; o ¿Qué dijo, si algo dijo, el Coronel Uribe una vez se produjo el disparo contra Gómez?

es que esta pregunta fue contestada por los siete testigos de descargo mencionados en el alegato de conclusión *aludiendo al hecho mismo insinuado en la pregunta*, en la forma de "es cierto el contenido de la pregunta". A manera de ilustración véanse las respuestas a esta pregunta por parte de dos testigos:

El testigo Salvador Sanín respondió así:

> a la 15. Que es cierto que el Coronel Uribe aseguró que Gómez solo estaba herido en un brazo, pues el declarante cree que el Sr. Coronel al dar fuego a Gómez no trató sino de herirlo en levemente defensa de su vida amenazada seriamente, y que es cierto dijo al Sr. Juan C. Uribe que llevara a Gómez a la casa de la hacienda, mandara por médico al Retiro, y cuidara de él hasta que se restableciera, como lo creímos todos.[266]

Y el testigo Nicolás Macías contestó así a la pregunta:

> "15.- Es cierto que el Coronel afirmaba que Gómez solo estaba herido y yo creo que no supo porque el fue volteando y le dijo a un señor, que no recuerdo quien fue, llevara a Gómez a la hacienda, le pusiera médico y todo lo que necesitara hasta que se curara."[267]

En idéntico sentido, contestando con las mismas palabras expresadas en la pregunta, declararon los demás testigos de descargos en el proceso.[268]

Desde el punto de vista probatorio esta situación es obviamente absurda: el que declara no es el testigo, es el abogado que citó al testigo para probar los descargos del acusado; en palabras de Louis Schwartz, el juzgador en ese caso estaba escuchando un mero eco de las palabras del abogado, más que el testimonio del testigo.

Se comprende entonces la sana idea que inspiró la prohibición legislativa en comento, según la cual el testigo no puede contestar simplemente que "es cierto el contenido de la pregunta": se trataba en el fondo de prohibir la sugestión **durante el interrogatorio directo**.

266 Ibídem, p. 32.
267 Ibíd., p. 35.
268 Ibíd, pp. 37, 39, 41, 43 y 45

Y es que esta prohibición tiene pleno sentido y justificación en cuanto va dirigida a los testigos que son *interrogados* por la parte que los citó al proceso, o que se identifican de alguna forma con él; es en esos casos donde resulta evidente y necesario, como lo expresó la Comisión redactora del Código Judicial de 1.931, reaccionar contra la práctica forense viciosa *evitando que quien redacta las preguntas o quien extiende las respuestas venga a suplantar al testigo, que solo concurre a oír lo que se le pregunta, a decir que es cierto y firmar lo que se ha escrito como fórmula vana e irrisoria*.

Repárese en que la prohibición en comento no nació ni se creó en el contexto o con la finalidad de ser aplicada cuando los *testigos adversos* eran *examinados por la parte contraria*, por la sencilla razón de que esa distinción y tratamiento de los testigos a partir de la relación o afectos con la parte que les pregunta nunca ha estado presente en nuestra tradición jurídica ni en nuestra práctica forense.

Es por eso que no es aplicable la prohibición de contestar "es cierto el contenido de la pregunta" cuando el "testigo" interrogado es la "parte" contraria, como sucede desde sus inicios con la regulación legislativa y la práctica forense del interrogatorio de parte.

3.3.3. Conclusión.

Este es pues un argumento más para demostrar que la prohibición de preguntas sugestivas no debe operar en el curso del contrainterrogatorio formulado por la parte afectada, directa o indirectamente, con la declaración.

Por eso es equivocada la posición de quienes sostienen que no proceden en Colombia las preguntas sugestivas de manera general y absoluta, sin reparar en la especial situación que se presenta durante el *contrainterrogatorio*.

Una vez más, nótese que el origen del planteamiento no es otro que la tradicional *indiferenciación* entre interrogatorio y contrainterrogatorio. Al no separarse ambos fenómenos se deja

de lado una consideración fundamental sobre la naturaleza humana y la realidad de las cosas involucradas en la práctica de la prueba testimonial, advertida ya por Bentham hace casi dos siglos: *los afectos que se suponen entre los que preguntan y los que contestan*.[269]

Confirma lo hasta aquí expuesto el ejemplo de "interrogatorio sugestivo" que presenta Parra Quijano para demostrar que "es más fácil asentir una mentira de otro, repitiendo lo que este le insinúa en la pregunta"[270]:

"P: Sabe y le consta a usted que X y B convivieron en una misma casa de habitación y que el señor X era quien pagaba el arrendamiento?

R: Si se y me consta que X y B convivieron en una misma casa de habitación y que el señor X era quien pagaba el arrendamiento.

P: Diga el testigo si le consta que el señor X tomó en arrendamiento la casa a la señora Y, y era quien le pagaba el arrendamiento?

R: Se y me consta que quien pagaba el arrendamiento era el señor X, a la señora Y, y que fue la persona que le arrendó.

P: Diga el testigo al juzgado si le consta y es cierto que el señor X eras quien pagaba el arrendamiento, le daba los medios de subsistencia, vestido, atención médica, porque la señora B se encontraba en estado de embarazo?

R: Es cierto y me consta que el señor X era quien pagaba el arrendamiento, le daba los medios de subsistencia, vestido, atención médica, porque la señora B estaba embarazada.

P: Dirán los testigos, ¿la señora B estaba embarazada como consecuencia de sus relaciones con X?

C: Se y me consta que efectivamente la señora se encontraba embarazada como consecuencia de la unión que tenía con el señor X.

269 Bentham, op. cit., pp. 92-93, Num. 3.9.
270 Parra Quijano, op. cit., pp. 240-241, señala el autor que éste fragmento de interrogatorio es "tomado de un proceso real".

P: Dirán los declarantes ¿cómo es cierto que la señora B y el señor X convivieron por espacio de dos años desde mediados de julio de 1972, hasta mediados de julio de 1974?

R: Se y me consta que la señora B y el señor X convivieron desde mediados de julio de 1972, hasta mediados de julio de 1974.

P: Digan los testigos, ¿cómo es cierto y les consta que la señora B, como consecuencia de sus relaciones con el señor X, hubo de dar a luz a un niño quien fue bautizado con el nombre de Z?

R: Nos consta que la señora B dio a luz a un hijo habido de sus relaciones con el señor X, bautizado con el nombre de Z."

El análisis de este ejemplo demuestra precisamente lo se está señalando: se trata de un clásico ejemplo de *interrogatorio o examen directo* (no un *contrainterrogatorio*) practicado por el abogado de la parte que solicitó la prueba, o que cuando menos se identifica con el objeto de su testimonio.

No es fácil adivinar cual será el resultado de semejante situación: el efecto de la sugestión sobre el testigo es plena y groseramente patente; lo que se resalta aquí es que la causa última y real de esta situación -parafraseando a Bentham- es "la disposición del testigo hacia la parte que es objeto de su testimonio"[271], pues el declarante esta siendo interrogado por la parte a quien favorece la declaración, no contrainterrogado por la parte contraria.[272]

El contrainterrogatorio, se repite, es distinto del interrogatorio. En el interrogatorio, que antecede al contrainterrogatorio, se permite que el testigo declare su versión y conocimiento de los hechos de forma libre y voluntaria, sin sugerencias, excepto en lo que sea estrictamente necesario para desarrollar la declaración, tal y como lo admite la doctrina mas autorizada.

271 Bentham, op. cit., p. 92.
272 Asumimos que no fue el Juez sino la una de las partes en litigio quien formuló el interrogatorio en el ejemplo citado por Parra Quijano; de lo contrario sobra cualquier explicación para tan aberrante caso de parcialidad por parte del juzgador.

Durante el contrainterrogatorio, al limitarse la pregunta sugestiva a lo declarado por el testigo, se impide la sugerencia respecto de áreas de conocimiento en las cuales el testigo no ha expresado su versión libre y espontáneamente.

Quienes se oponen a la procedencia de las preguntas sugestivas durante el contrainterrogatorio dejan de lado el efecto irradiador que sobre la legislación ejerce la preceptiva constitucional y de derecho internacional de los derechos humanos, especialmente la incidencia y papel que juega, en el contrainterrogatorio, la pregunta sugestiva como aplicación práctica del derecho fundamental de contradicción e instrumento eficaz para la búsqueda de la verdad y el control de la sinceridad de los testigos.

Sostener que se prohíben las preguntas sugestivas durante el contrainterrogatorio equivale a prohijar una interpretación que, por sus efectos, contraviene la Carta Política y la preceptiva internacional sobre derechos humanos, en cuanto interfiere desproporcionadamente el núcleo esencial del derecho a contrainterrogar.

3.4. La pregunta sugestiva en la Ley 906 de 2.004.

Dejando de lado las referencias de la Ley 906 de 2.004 a la sugestión en escenarios distintos al examen del testigo en audiencia[273], se tiene que la regulación del asunto es la siguiente:

El artículo 392, al enlistar las "*Reglas sobre el interrogatorio*" dispone:

> *Art. 392. Reglas sobre el interrogatorio.* El interrogatorio se hará observando las siguientes instrucciones:
>
> (....)
>
> b) El juez prohibirá toda pregunta sugestiva, capciosa o confusa.

273 Por ejemplo, el artículo 253.4 señala que durante el r*econocimiento en fila de personas nadie* "podrá hacer señales o formular sugerencias para la identificación"; y el artículo 252, al referirse al *Reconocimiento por medio de fotografías o vídeos indica que* "en ningún momento podrá sugerirse o señalarse la imagen que deba ser seleccionada por el testigo."

Podría entenderse *prima fascie* que de nuevo el legislador colombiano consagró una prohibición absoluta y general contra las preguntas sugestivas; incluso, reforzaría ésta conclusión el hecho de que el artículo 367 del anteproyecto de Código de Procedimiento Penal que implantó el sistema acusatorio no fue finalmente incluido en la Ley 906 de 2.004.[274]

En efecto, el artículo 391 de la Ley, aun cuando se titula "interrogatorio cruzado del testigo" regula también el interrogatorio "denominado directo" en estos términos:

> Artículo 391. *Interrogatorio cruzado del testigo.* Todo declarante, luego de las formalidades indicadas en el artículo anterior, en primer término será interrogado por la parte que hubiere ofrecido su testimonio como prueba. **Este interrogatorio, denominado directo,** se limitará a los aspectos principales de la controversia, se referirá a los hechos objeto del juicio o relativos a la credibilidad de otro declarante. **No se podrán formular preguntas sugestivas ni se insinuará el sentido de las respuestas.**
>
> En segundo lugar, si lo desea, la parte distinta a quien solicitó el testimonio, podrá formular preguntas al declarante **en forma de contrainterrogatorio** que se limitará a los temas abordados en el interrogatorio directo.
>
> Quien hubiere intervenido en el interrogatorio directo podrá agotar un turno de preguntas dirigidas a la aclaración de los puntos debatidos en el contrainterrogatorio, el cual se denomina redirecto. En estos eventos deberán seguirse **las mismas reglas del directo.**
>
> Finalmente, el declarante podrá ser nuevamente preguntado por la otra parte, si considera necesario hacer claridad sobre las respuestas dadas en el redirecto y **sujeto a las pautas del contrainterrogatorio**. (s.n.)

274 Dicha norma disponía: "(...) Acto seguido, si lo desea, el sujeto procesal distinto a quien solicito el testimonio, podrá formular preguntas al declarante en forma de contrainterrogatorio, el cual se limitara a los temas abordados durante el interrogatorio directo, **aun cuando le estará permitido el hacer preguntas sugestivas**..." (s.n.)

Se resalta el hecho de que la Ley distingue dos tipos de regulaciones: las "reglas del directo" y las "pautas del contrainterrogatorio". Esto significa claramente que existen dos regímenes diferenciables para cada uno de los exámenes a que se somete al testigo: el interrogatorio y el contrainterrogatorio. Si la ley *distingue* los conceptos es porque no se trata del mismo asunto, de donde las "reglas del directo" no deben ser equivalentes a las "pautas del contrainterrogatorio".

Ahora bien: adviértase que la expresión legal "no se podrán formular preguntas sugestivas ni se insinuará el sentido de las respuestas" aparece redactada al interior de la norma (inciso primero), regulando el examen que hace al testigo "la parte que hubiere ofrecido su testimonio como prueba", que la Ley denomina "interrogatorio directo".

Esta prohibición no aparece en la parte de la norma dedicada a regular el examen que hace al testigo "la parte distinta a quien solicitó el testimonio", que la Ley denomina "contrainterrogatorio". Ello significa que la prohibición de formular preguntas sugestivas es aplicable al *interrogatorio directo*.

Además, nótese como la Ley indica que las preguntas que plantea "la parte distinta a quien solicitó el testimonio" se podrán formular "en forma de contrainterrogatorio", de donde cabe preguntarse que significan preguntas "en forma de contrainterrogatorio".

La "forma de contrainterrogatorio" no es otra que la indagación mediante el uso de preguntas sugestivas, obviamente en cuanto referidas a los temas abordados en el interrogatorio directo.

Si la finalidad esencial del contrainterrogatorio es "refutar, en todo o en parte, lo que el testigo ha contestado"[275], ello sólo se logrará de forma completa, efectiva y realista mediante el uso de preguntas sugestivas.

El derecho comparado que sirvió de fuente a la regulación en comento fortalece ésta conclusión, pues en el sistema acusatorio

275 Artículo 393. a) de la Ley 906 de 2.004.

angloamericano la pregunta sugestiva es permitida y aconsejada durante el contrainterrogatorio.

En efecto, la doctrina y la jurisprudencia sobre contrainterrogatorio admiten unánimemente que las preguntas sugestivas caracterizan esencialmente el arte de repreguntar. Por lo tanto, cuando la Ley se refiere a la potestad de formular preguntas "en forma de contrainterrogatorio" está aludiendo al formato de preguntas sugestivas, que es el propio e inherente a dicha técnica de interrogación.

Una comparación del texto del artículo 391 de la Ley 906 de 2.004 con las normas equivalentes de Puerto Rico y Estados Unidos, ya citadas, permite apreciar con claridad esta conclusión. Ningún sentido tendría que el Constituyente y el legislador se ocuparan de implantar un sistema acusatorio sin incluir las notas esenciales y definitorias que lo caracterizan, dentro de las cuales se encuentra la permisión del contrainterrogatorio mediante preguntas sugestivas.

Por eso, prohibir las preguntas sugestivas en el curso del contrainterrogatorio implica afectar gravemente el núcleo esencial de esta garantía, como se demostrará en otro acápite[276].

4. Respuesta a algunas objeciones de la doctrina contra las preguntas sugestivas.

Todo lo hasta aquí expuesto permite ahora responder las objeciones que comúnmente aduce la doctrina nacional y europea-continental contra las preguntas sugestivas.

4.1. PRIMERA OBJECIÓN. Tradicionalmente se ha objetado que mediante la técnica de las preguntas sugestivas durante el contrainterrogatorio un abogado puede *hábilmente cambiar* a

276 Véase el capítulo *El Derecho Fundamental al Contrainterrogatorio*, Num.3.3 Su Naturaleza Sugestiva.

su favor la declaración que dio antes un testigo adverso de manera libre y espontánea, máxime si se tiene en cuenta que "los testigos sensatos y conscientes, incapaces de dejarse desviar de la verdad, son muy raros".[277]

A este cuestionamiento apunta una de las más duras críticas que le formula Gorphe al contrainterrogatorio angloamericano, cuando anota:

> ¿No sería preciso que el testigo desgraciado fuese de mármol para permanecer impasible y conservar la serenidad de su espíritu bajo el fuego cruzado de los interrogatorios y de los contra-interrogatorios "direct", "redirect", "cross" y "recross", que tiene que sufrir de ambas partes? ¡imaginemos un tímido, un débil o un niño obligado a declarar en tales condiciones! Realmente, la verdad y la justicia no pueden hacerse hoy más que en una atmósfera de calma y de serenidad.[278]

A esta objeción se responde: la anómala situación denunciada por Gorphe solo ocurrirá cuando el no Juez cumpla a cabalidad su rol dentro del proceso judicial; además, si el sistema de justicia aplicado al caso no falla, dicha maniobra autodestruirá al abogado que se atreva a ejecutarla.

En efecto, dicho "inconveniente" fue ya advertido por la doctrina clásica de la prueba testimonial mucho antes de que Gorphe lo señalara. Al referirse a las "ventajas de la forma oral frente a la forma escrita del testimonio" Bentham previó este tipo de anómalas situaciones y advirtió expresamente:

> ... un abogado, al ver que un testigo honesto declara de manera contraria a sus miras, adopta con él un tono arrogante, trata de intimidarlo y de turbarlo, imputándole contradicciones y consigue, a veces, convertir su testimonio en oscuro e ininteligible.
>
> (...)

277 Framarino Dei Malatesta, op. cit., Tomo II, p. 88 y p. 89, donde alude a la "falta de superioridad intelectual que ordinariamente presenta el testigo".
278 Gorphe, *La Crítica del Testimonio,* op. cit., p. 63.

> **Tal inconveniente, lejos de ser esencial a la forma oral, es un abuso, que solo puede producirse en la medida en que el juez lo tolere y se haga cómplice.** No es de temer que se trate de intimidar a los testigos en el sistema del jurado, **en que esa manera de actuar sería más perjudicial que útil a una causa.**[279] (s.n.)

Además de lo anterior, si durante o después del contrainterrogatorio llegare el Juez a albergar dudas sobre la naturalidad de la respuesta del testigo, podrá formular preguntas adicionales para auscultar la espontaneidad de la respuesta, por ejemplo aclarando "si el testigo hizo una afirmación por iniciativa propia y por espontáneo recuerdo, o bien si ello se debió a determinada excitación que llevó su interés hacia ese tema, o que despertó recuerdos que le eran nebulosos".[280] En este sentido, la polémica que desata lo expuesto frente al texto del artículo 397 de la Ley 906 de 2.004 deberá ser objeto de otros estudios.[281]

Una vez más, recuérdese que el Juez en el sistema acusatorio tiene amplios e incuestionables poderes, que son a la vez deberes, en orden a proteger al testigo de toda forma de acoso, humillación o turbación indebidos. Es una potestad discrecional que debe ser ejercida razonablemente en los casos concretos, en atención a las circunstancias particulares. Por lo mismo, este tipo de controversias interpretativas no deben zanjarse de manera general y absoluta, como cuando se prohíben radicalmente las preguntas sugestivas en el contrainterrogatorio porque pueden "en algún caso" aturdir o acosar a ciertos testigos.

4.2. SEGUNDA OBJECIÓN. En esta misma línea de objeciones se ubican las protestas de quienes se oponen a la técnica del contrainterrogatorio mediante preguntas sugestivas aduciendo

279 Bentham, op. cit., p. 95, Num. 3.10: "Comparación de las Diversas Formas del Interrogatorio".
280 Framarino Dei Malatesta, op. cit., Tomo I, pp. 118-119; del mismo, Tomo II, p. 89-90: "Esta bien que se sepa si el testigo cambió el objeto de su declaración en forma espontánea, o si lo hizo por inspiración proveniente del juez; y conviene asimismo saber si el testigo hizo una afirmación a causa de un recuerdo espontáneo suyo, o por una excitación que le vino a despertar su memoria adormecida; **es preciso saber todo esto, para tenerlo debidamente en cuenta**." (s.n.)
281 "Artículo 397. *Interrogatorio por el juez.* Excepcionalmente, el juez podrá intervenir en el interrogatorio o contrainterrogatorio, para conseguir que el testigo responda la pregunta que le han formulado o que lo haga de manera clara y precisa. Una vez terminados los interrogatorios de las partes, el juez y el Ministerio Público podrán hacer preguntas complementarias para el cabal entendimiento del caso."

el temor a que "la marcha rápida del interrogatorio oral pueda causar aturdimiento al testigo y perturbar las funciones de la memoria".[282]

A estos temores también se anticipó ya Bentham:

> Esta objeción tiene poco fundamento en un procedimiento público, en el cual el individuo inocente se siente protegido desde todas partes. Al no haber delito, no habrá peligro ni temor. Al decir solo la verdad, no podrá ser contradicho ni por el mismo ni por otros. La ansiedad es la compañera natural de la invención, así como la tranquilidad lo es de la memoria.[283]

De nuevo se reitera que estas situaciones no deben ocurrir si el juez cumple adecuadamente su rol dentro del proceso judicial.

4.3. **TERCERA OBJECIÓN**. También se aduce como motivo para oponerse radicalmente a que el testigo sea examinado mediante preguntas sugestivas, incluso cuando se supone fundadamente que el testigo está mintiendo "*para que por contraste se le demuestre la inconsistencia del relato*", lo siguiente:

> ... muchas veces la inconsistencia del relato se está haciendo en forma inconsciente, demostrando el testigo sinceridad, aunque inexactitud [y] es preferible un testigo inexacto pero sincero, que un testigo exacto pero insincero o mentiroso.[284]

Esta réplica es acertada si se refiere al funcionario judicial y al interrogatorio directo por la parte que convocó al declarante, o que se beneficia con su declaración. Pero si la objeción se aplica al contrainterrogatorio resulta totalmente infundada y muy perjudicial para la administración de justicia y los derechos constitucionales de las partes en litigio.

En nuestra práctica forense se debe definitivamente abandonar el temor a que un testigo adverso y su versión sean sometidas

282 Bentham, op. cit., p. 82. Gorphe critica el clásico estilo del *cross examination* anglo- americano de preguntas asertivas ("si" o "no") dirigidas al testigo en "un interrogatorio de contrapreguntas que no le concede respiro." Considera que esta técnica le arrebata mucha espontaneidad al testimonio y desconoce los principios de libertad y espontaneidad del mismo (*Apreciación Judicial de las Pruebas,* op. cit., 348 –349).
283 Bentham, op. cit., p. 82.
284 Parra Quijano, op. cit., p. 240.

al examen de la parte contraria mediante contrainterrogatorio oral en la forma de preguntas sugestivas. Esa cultura del debate testimonial abierto debe ser asimilada como algo natural e inherente a la racionalidad humana y al proceso judicial civilizado.

En realidad esta réplica a la pregunta sugestiva carece de fundamento desde el momento en que el riesgo enunciado es apenas aparente. No hay aquí una verdadera disyuntiva porque el objetivo es uno solo: *el testigo debe ser siempre sincero*, ese es el fin primero y último de la diligencia de testimonio.

La *exactitud* es en ese orden de ideas, comparando los intereses en conflicto, un objetivo de menos 'peso' que la *sinceridad*. Y es que no porque un testigo sea *inexacto* dejará de ser *sincero*, mucho menos si su inexactitud fue "inconsciente" o no deliberada. Es más, en muchos casos la inexactitud es prueba de sinceridad y la perfecta exactitud indicio de mendacidad, como lo demostró Bentham al concluir que el *testigo inexacto puede ser sincero*:

> Ciertamente el testigo más sincero puede cometer un error y corregirse así mismo. Pero ¿es esto contradecirse? No, es mostrar su respeto por la verdad y adquirir el mayor derecho a la confianza. Habla a hombres que tienen la experiencia de tales errores momentáneos, de los que no hay porque sonrojarse.[285]

Lo expuesto demuestra que las preguntas sugestivas en el contrainterrogatorio son plenamente aplicables, especialmente cuando se sabe o hay serios motivos para suponer que el testigo está mintiendo, pues sirven para demostrar, por contraste, no solo la inconsistencia del relato sino, probablemente, la falsedad del mismo.

4.4. CUARTA OBJECIÓN. También se ha advertido que la pregunta sugestiva es prohibida "*en el evento en que el testigo por cualquier prejuicio siga una orientación muy unilateral*", incluso para señalarle "*como versión igualmente posible la opinión contraria que sugiere el examen objetivo*". La razón que fundamenta esta objeción se presenta así:

285 Bentham, op. cit., p. 82.

> ... en forma inconsciente puede fácilmente el testigo aceptar lo que insinúa la pregunta. Un testigo parcial puede fácilmente evitarse según él, un mayor interrogatorio, aceptando lo que se le insinúa para demostrar que es imparcial.[286]

De nuevo, esta objeción es totalmente fundada si se refiere al funcionario judicial y al interrogatorio o examen directo por parte de quien se beneficia directa o indirectamente con la declaración. Pero es manifiestamente equivocada y perjudicial si se la aplica al contrainterrogatorio por la parte afectada con la declaración.

En el evento en que existan motivos para suponer que el testigo aceptó "*en forma inconsciente*" lo que le sugiere el contrainterrogador, bien puede la parte que convocó al testigo, o excepcionalmente el Juez, que se supone debe estar atento al curso de la diligencia de testimonio, adelantar preguntas en orden a determinar el supuesto "origen inconsciente" de esa respuesta, comparándola con otras respuestas brindadas antes; recuérdese que *es preciso saber todo esto, para tenerlo debidamente en cuenta*, pues como enseña Framarino Dei Malatesta:

> Es bueno que se sepa si el testigo hizo una afirmación por iniciativa propia y por espontáneo recuerdo, o bien si ello se debió a determinada excitación que llevó su interés hacia ese tema, o que despertó recuerdos que le eran nebulosos; todo lo anterior debe ser conocido para que sea tenido en cuenta.[287]

Cuando se está ante un testigo que "*acepta en forma inconsciente lo que se le sugiere*", ello en sí mismo podría caracterizar un caso de alta sugestionabilidad que debe ser clarificado en el curso de la diligencia. Y paradójicamente ese sería uno de los casos en que, como admite el propio Gorphe -enemigo de las preguntas sugestivas-"*puede ser útil intentar preguntas sugestivas* (...) *para experimentar el grado de sugestionabilidad del testigo, cuando se tema que haya sufrido alguna influencia*."[288]

286 Parra Quijano, op. cit., p. 240.
287 Framarino Dei Malatesta, op. cit., Tomo I, pp. 118-119.
288 Gorphe, *Apreciación Judicial de las Pruebas*, op. cit., p. 343, quien cita en apoyo autores alemanes (A. HELLWIG y H. GMELIN) que no aparecen relacionados en la bibliografía de su obra ante-

Es decir: la sugestionabilidad extrema del testigo es en sí mismo un criterio de apreciación del testimonio que puede ser determinante al momento de valorar la prueba bajo las reglas de la sana crítica.

De otro lado, un ***testigo parcial*** que pretende demostrarles a todos que es imparcial no es precisamente un testigo imparcial. No es sincero ni digno de crédito quien *pretende* mostrarse imparcial, si no quien *es* imparcial. Cabe preguntarse, al valorar tal testimonio, por qué el declarante se preocupa tanto por mostrarse imparcial…

Este tipo de testigos pueden en realidad ser simuladores que esconden y presentan convenientemente la verdad, por algún motivo que debe ser investigado en la diligencia de testimonio, pues bien se ha dicho que *nada impide tanto que uno sea natural como el deseo de aparentarlo* (Rochefoucauld)

Grave daño le hacen a la administración de justicia los *testigos parciales que aparentan ser imparciales*, aun cuando sea para –según ellos- evitarse un mayor interrogatorio. Y precisamente el contrainterrogatorio, con sus preguntas sugestivas, es el instrumento adecuado para destruir esas apariencias y reducir las declaraciones a sus justas proporciones.

La propia actitud del testigo parcial que pretende pasar por imparcial –para evitarse según él un mayor interrogatorio- lo terminará delatando bajo el fuego graneado del contrainterrogatorio con su técnica de preguntas sugestivas: en su actitud artificiosa develará el afán por aparentar imparcialidad o por terminar prontamente la diligencia, y esa podrá ser la prueba de su parcialidad o poca seriedad.

Nótese como en el enunciado que ilustra esta objeción a las preguntas sugestivas[289] , solo gracias a ellas se puede forzar al testigo a revelar sus verdaderas intenciones. Si no se permitiera su-

rior, La Crítica del Testimonio (1924); también cita un caso de su propia práctica judicial como Magistrado: frente al testimonio de un niño que acusaba de ademanes impúdicos a un hombre se logró determinar con éste método "la sugestionabilidad del sujeto, la carencia de espontaneidad de sus declaraciones y, en consecuencia, la incredibilidad de su testimonio".

289 Se reitera: "*Un testigo parcial puede fácilmente evitarse según él, un mayor interrogatorio, aceptando lo que se le insinúa para demostrar que es imparcial.*"

gerir respuestas el testigo en esos casos éste no las podrá aceptar "fácilmente" para evitarse un mayor interrogatorio según él, y no podría hacerse entonces visible su parcialidad al pretender, fingidamente, ser imparcial.

4.5. QUINTA OBJECIÓN. Se dice que las preguntas sugestivas atentan contra la búsqueda de la verdad dentro del proceso.

A este respecto, por ejemplo, Framarino Dei Malatesta escribió:

> El juez, **al incluir determinada respuesta en la pregunta**, sea que lo haga por impericia o por dolo, perjudica del mismo modo los intereses de la verdad, ya que, con relación a la mente del interrogado, la respuesta será siempre igualmente inspirada por quien interroga, y la impericia de éste produce el mismo efecto del dolo, perjudicando igualmente la verdad.[290] (s.n.)

En este mismo orden de ideas se sostiene, para rechazar de modo absoluto las preguntas sugestivas, que con ellas se le resta originalidad al testimonio y libertad del declarante, pues se corre el riesgo de que el testigo conteste lo que el interrogador quiere y no lo que aquél realmente percibió o conoce, en resumen: con estas preguntas se reemplaza total o parcialmente el recuerdo del testigo.

Las obras sobre psicología jurídica, así como los experimentos psicológicos, han apoyado desde hace muchos años estas conclusiones.

Pues bien: no se discute que la pregunta sugestiva debe ser prohibida durante el interrogatorio. En ese sentido son acertadas las conclusiones acabadas de exponer. Pero las mismas no deben ser proyectadas al contrainterrogatorio en aquellos temas que ya han sido abordados en el interrogatorio directo.

Adviértase que incluso algunos autores pertenecientes a la tradición europea – continental han sostenido desde antaño la per-

290 Framarino Dei Malatesta, op. cit., vol. I, p. 120.

tinencia de las preguntas sugestivas; es el caso de DEINHARD[291], quien "admite éste procedimiento para desenmascarar a los testigos falsos", y FUCHS[292], quien entiende "las preguntas sugestivas como prudente remedio para descubrir a los testigos interesados e influidos".

Existe en ese punto una coincidencia con la doctrina angloamericana del contrainterrogatorio sobre las preguntas sugestivas: "El contrainterrogatorio es la más grande máquina legal jamás inventada para el descubrimiento de la verdad."[293]

Y es que en el contrainterrogatorio ya no se está investigando el recuerdo o el conocimiento del testigo sino *probando la sinceridad y exactitud* del mismo tal y como fue declarado en el interrogatorio.

El espíritu de confrontación de la pregunta sugestiva, su importancia y utilidad, aparecen claramente reconocidos por Gorphe cuando finalmente admite, a pesar de su oposición a las preguntas sugestivas, que ellas "pueden ser útiles... **cuando el testigo parece de mala fe y queremos desenmascarar sus mentiras**"[294]; porque "cuando un testigo parece sospechoso, hay lugar, de hecho a tratarlo un poco como a un inculpado, **si se quiere probar su sinceridad**".[295]

Pero no son solo sospechosos los potenciales testigos perjuros; para cada parte en un juicio hay motivo de sospecha en los testigos convocados por la otra, quienes no están dispuestos a favor de quien pregunta, como enseña Bentham:

> Si, ultrajado por alguien, me veo reducido a utilizar el testimonio de su amigo, de su amante, de sus servidores, únicos testigos de la querella, los cuales no estarán bien dispuestos a mi favor, **es preciso que yo disponga de un freno para contenerlos**[296]

291 Erfabrungen und Anregungen zur Kunst der Rechtspflege, lena, 1909, pág. 43. Citado por Gorphe, en *Apreciación Judicial de las Pruebas*, p. 344.
292 Recht und Warheit in unserer heutigen Justiz, Berlin, 1980, pág. 128. Citado por Gorphe, Ibíd.
293 Wigmore, *Evidence*, § 1367, 1940. Citado por Chiesa Aponte, op. cit., Tomo I, p. 398.
294 Gorphe, *Apreciación Judicial*, p. 343, s.n.
295 Gorphe, *La Crítica del Testimonio*, op. cit., p. 61, s.n.
296 J. Bentham, op. cit., pp. 92-93, resaltado no original.

Y agregaba:

> La jurisprudencia inglesa es la primera en la que se han obviado esos peligros, al dar a las partes la facultad de interrogar a los testigos; y ello ha dado a esa jurisprudencia un término apropiado para el efecto: *cross examination*, examen contradictorio.[297]

Nótese como en este punto finalmente se tocan la tradición europea-occidental y la angloamericana, al entender unánimemente que la pregunta sugestiva es un método útil para explorar la sinceridad de los declarantes.

5. Como se construyen las preguntas sugestivas

Una vez establecido que las preguntas sugestiva son el lenguaje apropiado del contrainterrogatorio, conviene explicar detalladamente cual es la técnica para construirlas adecuadamente.

Como ya se anotaba, las preguntas sugestivas en realidad no son preguntas sino *enunciados fácticos*. Por eso, la primera sugerencia para formularlas adecuadamente es respetar su naturaleza puramente *enunciativa*:

> La manera correcta de formular estas preguntas orientadoras es hacerlo como lo que son: enunciados. Aprenda entonces las preguntas sugestivas no como preguntas sino como enunciados. La clave consiste en no terminar la formulación de las preguntas con un sesgo ascendente de la entonación, de forma que sugieren la respuesta; al formular las preguntas como afirmaciones neutrales, sin reflejar incredulidad ni sentimientos de ofensa moral o semejantes.[298]

La elaboración de las preguntas sugestivas puede seguir el siguiente procedimiento, acertadamente aconsejado por Romero

297 Ibíd., resaltado en el texto original.
298 K. Hegland, *Manual de Prácticas y Técnicas Procesales*, Heliasta, Buenos Aires, 1995, p. 127.

Soto y Romero Álvarez[299] al referirse a los pasos que componen la construcción de lo que ellos denominan preguntas 'capciosas':

A) En primer lugar se debe extraer la información o material que compondrá la sustancia de las preguntas sugestivas. Esto implica proceder así:

1º. Se deben seleccionar los hechos dentro del conocimiento del testigo de la contraparte que sean favorables o le den apoyo a la teoría del caso del contrainterrogador.

Esto no significa que solamente se deba obtener testimonio favorable mediante las preguntas sugestivas, pues igualmente se puede pretender limitar el alcance del interrogatorio directo, o atacar al testigo o a su testimonio. Pero en cualquiera de esos casos se debe proceder a la cuidadosa selección de los hechos que soportan la teoría del caso.

2º. Los hechos así seleccionados deben ser cuidadosamente separados.

3º. Cada hecho debe constituir materia de una sola pregunta.

Estas dos últimas exigencias ameritan una explicación detallada. Bergman acertadamente sugiere que las preguntas sugestivas deben elaborarse como 'preguntas de un solo punto', que por definición son *sugestivas, claras, cortas* y *precisas*. En otras palabras, como enseña Hegland las preguntas sugestivas no son 'cuentos cortos', por eso, "divida sus preguntas de modo que incluyan un solo hecho".[300] Al proceder así el efecto es doble:

De un lado, en cuanto al juzgador, "la división de una pregunta extensa en una serie de cuestiones de un solo punto en general aumenta la comprensión del juzgador y acentúa el efecto persuasivo".[301]

De otro lado, en cuanto al testigo, éste se ve abocado a contestar de manera breve, clara, corta y precisa, del mismo modo en

299 Romero Soto y Romero Álvarez, *Técnica Jurídica…*, op. cit., p. 430.
300 Hegland, op. cit., p. 127.
301 Bergman, Paul, *La Defensa en Juicio. La Defensa Penal y la Oralidad*, Abeledo Perrot, Segunda edición, Buenos Aires, 1995, p. 140.

que se le pregunta; usualmente la respuesta razonable será un "si", un "no","no recuerdo" o "no se". Es esencial que la pregunta no se sujete a interpretaciones erróneas.

Como enseña Goldberg, la clave de todo el procedimiento de confección de preguntas sugestivas consiste en que la declaración o hecho contenido en el interrogante "sea de tal carácter que en justicia no admita que el testigo manifieste incertidumbre. El acuerdo o la discrepancia, cualquiera de las dos cosas, es mejor que la incertidumbre. La incertidumbre reclama una explicación."[302]

Por eso el autor en cita explica:

> En la mayoría de los casos, la respuesta de una palabra es "si" o "no". El único modo de garantizar la seguridad y el control de una sola palabra, de la respuesta por "si" o "no", es formular preguntas orientadoras que en justicia no requieren otra respuesta". El abogado saldrá derrotado en las repreguntas si el testigo tiene la oportunidad razonable de explicarse. Si las repreguntas del abogado exigen en justicia una respuesta por "si" o "no" no hay lugar para la explicación del testigo.[303]

De esta manera el contrainterrogador mantiene el control sobre el testigo, pues "garantiza la seguridad y el control de las respuestas de una sola palabra formulando declaraciones acerca de partes reducidas y definidas"[304]; así, al *dividir la idea en los hechos que la componen* se suprime la oportunidad de que el testigo se incline a explicar o debilitar la pregunta.

Se debe evitar incluir valoraciones discutibles en las preguntas y limitarlas a *juicios fácticos*, es decir, a lo que se hizo o no se hizo, ocurrió o no ocurrió, se percibió o no se percibió. Cuando el hecho se mezcla con una valoración o conclusión (generalmente discutible) el testigo podrá *en justicia* no limitarse a un "si" o un "no". Aun cuando la pregunta en su forma reclama por respuesta un "si" o un "no", en realidad tiene el efecto de abrir al

302 Steven H. Goldberg, Mi Primer Juicio Oral: ¿Dónde me siento y que diré?, Heliasta, Buenos Aires, 1994, p. 186.
303 Ibíd., p. 186.
304 Ibíd., p. 190.

testigo las puertas a un razonamiento de la misma manera en que se le hubiese preguntado "por qué".

La pregunta no debe contener un hecho que admita varias interpretaciones, como sucede, por ejemplo, cuando una misma pregunta admite ser apreciada como *cuestión de hecho* y como *cuestión legal*.[305]

Un ejemplo puede ilustrar la exigencia de que la pregunta no se sujete a interpretaciones.[306] Supóngase un caso en el cual el ex empleado demanda a su empleador sobre la base de que lo presionó para presentar su carta de renuncia. Piénsese en esta repregunta formulada por el abogado del empleador al ex-trabajador:

P: Usted aceptó renunciar, cierto?

Seguramente con esta forma de interrogación no se limitará al testigo a un "si" o un "no", en la medida en que el resultado que se discute (la voluntariedad de la renuncia) aparece implícitamente fusionado con el hecho contenido en la pregunta. En este ejemplo la *cuestión de hecho* (su firma en el documento renunciando) se plantea también como *cuestión legal* (la voluntariedad de dicha renuncia).

El empleado demandante puede contestar: "Si, yo si renuncie, pero lo hice porque ...". Es preferible la repregunta limitada a un hecho objetivo carente de valoraciones, que no deja en justicia margen para la explicación, como por ejemplo:

P: Usted firmó ésta carta de renuncia, cierto?

Aun cuando el testigo "puede" explicar después de contestar por "si" o "no" (todo es posible) lo cierto es que "en justicia", por como está formulada esta pregunta, ella no admite explicaciones. Repárese en que un testigo se mostrará sospechoso y parcializado cuando constantemente explica las respuestas a pesar de que las repreguntas no sugieren en sí mismas explicaciones. Al respecto Goldberg expone:

305 Ibíd., p. 189.
306 Se sigue en esto a Goldberg, op. cit., pp. 186-188.

> Si el testigo explica respondiendo a una pregunta que en justicia no reclama una explicación, los jurados muy pronto llegarán a la conclusión de que el testigo persigue sus propios propósitos, que quiere defender una posición, ¡que se muestra tendencioso![307]

Piénsese en el siguiente formato aplicable al ejemplo propuesto:

P: Usted firmó esta carta de renuncia, cierto?

C: Yo firme pero presionado

P: Usted firmó esta carta de renuncia, cierto?

C: Me obligaron a firmarla.

P: No le pregunto si lo presionaron, por favor conteste a mi pregunta: ¿firmo usted esta carta de renuncia?

C: Sí.

Las explicaciones fueron propiciadas por el propio testigo en la respuesta y no por el contrainterrogador en las preguntas, en virtud a que éstas en justicia reclamaban como respuesta un 'si' o un 'no'; las manifestaciones explicativas del testigo, sin que le fueran preguntadas, hicieron surgir la base de una eventual alegación de prejuicio o interés para criticar su testimonio por *sospechoso*.

Que una pregunta se pueda contestar en justicia con un "si" o un "no" significa que para cualquier persona razonable en esas circunstancias es posible responder la pregunta de esa manera, de forma que una respuesta diferente (salvo "no recuerdo", o "no se") mostrará claramente que el testigo no satisfizo lo que se le preguntaba.

B) El segundo y último paso del procedimiento implica que, una vez seleccionada la información que alimentará las preguntas sugestivas, se deben construir éstas "reduciendo los hechos a preguntas", por alguna de las siguientes vías o modalidades:[308]

307 Ibíd, p. 188.
308 Se sigue en esto a Romero Soto y R. Romero Álvarez, op. cit., pp. 431-432.

Primera modalidad: Se declara el hecho seleccionado y se agregan al final expresiones que crean formalmente una pregunta, como "correcto?","no es así?","verdad?","o no?","si o no", etc... Este esquema es especialmente útil para mantener el control sobre el testigo.

Segunda modalidad: Se expresan los hechos seleccionado en un tono de voz que sugiere una pregunta. Esta modalidad es usualmente utilizada para continuar una línea de contrainterrogatorio que acaba de ser establecida.

Tercera modalidad: Se selecciona el hecho que alimenta la pregunta y se le anteponen expresiones que lo convierten formalmente en una pregunta, como "*No es un hecho que...*","*No es cierto que...*","*Sabe usted que...*","*Supo usted que...*". Esta modalidad de preguntas tiene el efecto de enfatizar o subrayar, y ayuda a suministrar una clave o punto referencial que se desea recuerde el juzgador.

Ahora bien: dejando de lado la construcción de las preguntas sugestivas, conviene tener en cuenta que el uso del tono de la voz es relevante al momento de formularlas durante el contrainterrogatorio.

Bergman enseña que una de las técnicas para maximizar el efecto de las preguntas sugestivas es utilizar un tono de voz firme, es decir, uno que indique al testigo que se espera de él una respuesta breve y concisa. De lo que se trata con esto es de no abrir un espacio verbal y psicológico para que el testigo se extienda en su respuesta. El autor en cita señala:

> Así como algunos animales pueden percibir el miedo por los movimientos inseguros, también muchos testigos perciben la invitación al explayarse en la respuesta cuando escucha un tono de voz insegura y vacilante.[309]

Hegland coincide con lo anterior, señalando que el estado psicológico que el contrainterrogador proyecta es decisivo para lograr un buen resultado:

309 Bergman, op. cit., p. 140.

> Si se siente inseguro de usted mismo y espera una negación probablemente es lo que obtendrá. El testigo sentirá que está en libertad de divagar.[310]

Otro consejo comúnmente sugerido por la doctrina a efectos de construir las preguntas sugestivas es elaborar las mismas pensando en los alegatos de conclusión; esto en atención a que "los temas que uno utiliza como blancos en las repreguntas deben ser los mismos que uno subraya durante el alegato final. Ciertamente, uno puede pensar en las repreguntas como la oportunidad de presentar una parte del alegato final en la forma de preguntas sugestivas".[311]

Todo lo hasta aquí expuesto puede ser puesto en práctica mediante un útil ejercicio de preparación recomendado por Hegland[312] cuyo propósito es aprender a construir adecuadamente las preguntas sugestivas.

El ejercicio consta de dos fases. La primera fase ayuda a compenetrarse con el interrogatorio sugestivo, por oposición al interrogatorio abierto:

> Solicite a un amigo media hora de su tiempo. Pregúntele que hizo ayer por la tarde, tratando de obtener el mayor número de detalles. Como usted no sabe lo que hizo, sus preguntas serán no orientadoras."¿qué hiciste después del almuerzo?"¿Te agradó el filme""Estuviste antes en ese cinematógrafo?
>
> Después que usted haya acumulado el número suficiente de detalles, repase el mismo material, ésta vez diciendo a su amigo lo que él hizo y a veces interrumpiéndose con el fin de que él pueda reconocer que eso fue lo que sucedió. Se trata de preguntas orientadoras. "Entonces, fuiste al cine". "El filme te pareció horrible, ¿no es verdad?

La segunda fase del ejercicio retoma la idea con que se iniciaba este acápite: las preguntas sugestivas en realidad no son pre-

310 Hegland, op. cit., p. 130.
311 Bergman, op. cit., p. 145.
312 Se sigue a Hegland, *Manual de prácticas...*, pp. 126-127.

guntas sino *enunciados fácticos*.Al aplicar este ejercicio se comprenderá la importancia del uso de un adecuado uso del tono de la voz en la formulación de las preguntas sugestivas *como meros enunciados*:

> Repase dos veces el ejercicio orientador. Primero, formule las preguntas como si el modo como su amigo pasó la tarde no tuviese nada de malo. Después haga las mismas preguntas en un tono de voz que de a entender la impresión que usted siente, su incredulidad y el sentimiento de ofensa moral ante lo que él hizo.
>
> Si su amigo contesta las preguntas sin limitarse al si o al no, probablemente ello responda al hecho de que las preguntas que usted formula terminan con un sesgo ascendente de la entonación y, por lo tanto, sugieren una respuesta. Practique el sistema de las preguntas como afirmaciones.

Por último, un consejo comúnmente sugerido en la construcción de las preguntas sugestivas es no abusar de las mismas durante el contrainterrogatorio, como se verá detenidamente al estudiar *las reglas del contrainterrogatorio*.

IV.
El Derecho Fundamental al Contrainterrogatorio

1. Introducción

La expresión "contrainterrogatorio" no aparece consagrada en el Código de Procedimiento Civil ni en los Códigos de Procedimiento Penal de 1.987 (Decreto 050), 1.991 (Decreto 2700) y 2.000 (Ley 600).

Es quizá por ello que algún sector de la doctrina nacional ha llegado a cuestionar la existencia misma del contrainterrogatorio en nuestro ordenamiento jurídico. Así, Galeano Rey y Bernate Ochoa señalaban antes de la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2.004: "Antes de comenzar a analizar la figura del contrainterrogatorio, vale la pena cuestionarnos su existencia dentro del ordenamiento jurídico colombiano".[313]

No se comparte este estrecho criterio. Ningún asomo de duda planeta la consagración del derecho fundamental al contrainterrogatorio en el ordenamiento jurídico colombiano, aún dejando de lado la existencia de la Ley 906 de 2.004. Soportan esta conclusión razones de derecho (legales y constitucionales), así como de derecho internacional de los derechos humanos.

313 Galeano Rey, Juan Pablo y Bernate Ochoa, Francisco, *Técnicas Penales del Juicio*, Centro Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2.002, p. 166.

2. Consagración normativa

2.1. La Constitución y los Códigos de Procedimiento

Aunque el derecho a contrainterrogar no se consagre expresamente en los Códigos de Procedimiento distintos a la Ley 906 de 2.004[314], debe entendérselo implícitamente permitido a partir de las normas que regulan el derecho de las partes a intervenir en la práctica de las pruebas y, específicamente, en la práctica de la prueba testimonial.

En este sentido, Romero Soto y Romero Alvarez, refiriéndose al Decreto 050 de 1.987 concluían ya en esa época que el derecho a contrainterrogar se deriva del principio general de derecho conforme al cual lo que no está excepcionalmente prohibido debe entenderse, por regla general, como permitido. Los autores citados expresan sobre el tema:

> ... las disposiciones citadas no consagran excepción y en relación al testimonio, a la intervención de las partes, de tipo legal, luego sí tienen derecho las partes a interrogar y contrainterrogar a un testigo '... por su derecho a intervenir en la práctica de las pruebas...' y no existir norma legal que con el carácter de excepción así lo exprese. El derecho a intervenir de las partes, en consecuencia, y que se presenta o se ha presentado en la forma anteriormente expuesta, entra bajo el imperio de la regla general, porque no está comprendido en excepción legal alguna.[315]

De conformidad con este enfoque, la Ley 600 de 2.000 consagra el derecho a contrainterrogar en su artículo 276 cuando expresa que, una vez el testigo sea interrogado por el Juez, *se le permitirá a los sujetos procesales interrogar*:

> Artículo 276. Práctica del interrogatorio. La recepción del testimonio se sujetará a las siguientes reglas:
>
> 1. Presente e identificado el testigo, el funcionario le tomará el juramento y le advertirá sobre las excepciones al deber de declarar.

314 Se hace referencia a la Ley 600 de 2.000 y al Código de Procedimiento Civil.
315 Romero Soto, Julio y Romero Alvarez, Rocío, *Técnica Jurídica de Investigación Penal e Interrogatorio*, Ediciones Librería del Profesional, 2003, 3ª edición actualizada, pp. 523-524.

2. A continuación, el funcionario le informará sucintamente al testigo acerca de los hechos objeto de su declaración y le ordenará que haga un relato de cuanto le conste sobre los mismos.

Terminado éste, procederá el funcionario a interrogarlo si lo considera conveniente. **Cumplido lo anterior, se le permitirá a los sujetos procesales interrogar.**

Se permitirá provocar conceptos del declarante cuando sea una persona especialmente calificada por sus conocimientos técnicos, científicos o artísticos sobre la materia.

El funcionario podrá interrogar en cualquier momento que lo estime necesario. Las respuestas se registrarán textualmente. El funcionario deberá requerir al testigo para que sus respuestas se limiten a los hechos que tengan relación con el objeto de la investigación. (s.n.)

Aun cuando la Ley no disponga literalmente que los sujetos procesales tienen "*derecho a contrainterrogar*", debe entenderse que les asiste ese derecho cuando se "permite" *interrogar al testigo*. Así mismo, nótese como el artículo 13 de la Ley 600 de 2.000 señala que "en desarrollo de la actuación los sujetos procesales *tendrán derecho a* presentar y *controvertir pruebas*."

En el mismo sentido, el artículo 29 de la Constitución consagra el debido proceso y declara expresamente que "quien sea sindicado *tiene derecho* a ... presentar pruebas y *a controvertir las que se alleguen en su contra*."[316]

Si bien la expresión "interrogar", prevista en la Ley 600 de 2.000, no es del todo afortunada porque no diferencia el *interrogatorio directo* del *contrainterrogatorio*, la interpretación del artículo 276 del mismo Código, conforme a la norma rectora del artículo 13,[317] permite concluir que cuando el testigo es adverso a la par-

316 Para Romero Soto y Romero Alvarez, las bases constitucionales del contrainterrogatorio aparecen consagradas en el artículo 29 de la Constitución y en los artículos 6, 7, 8, y 11 del C. de Procedimiento Penal de 1.987, que garantizaba al sindicado el derecho de defensa en lo que hace relación con la prueba testimonial. (op. cit., pp. 527).
317 El artículo 24 de la Ley 600 de 2.000 señala que las normas rectoras "*serán utilizadas como fundamento de interpretación.*"

te que lo "interroga" ésta tiene derecho a *interrogarlo para controvertirlo*, es decir: a contrainterrogarlo.

En cuanto hace relación al procedimiento civil se cuenta con la misma opción hermenéutica, pues, el artículo 228 de ese Código, al disponer que "la recepción del testimonio se sujetará a las siguientes reglas," señala en su numeral 4º:

> 4. A continuación del juez, **las partes podrán interrogar al testigo**, comenzando por quien solicitó la prueba. El juez podrá interrogar nuevamente si lo considera necesario. (s.n.)

Además, por disposición general del artículo 4º del Código en cita, las normas procesales se deben interpretar buscando "*que se cumpla la garantía constitucional del debido proceso, se respete el derecho de defensa y se mantenga la igualdad de las partes*".

Así las cosas, luego de una lectura sistemática de las normas constitucionales y legales sobre controversia de la prueba y derecho de las partes a "interrogar" los testigos en la diligencia de testimonio, se concluye que el contrainterrogatorio es un derecho fundamental las partes enfrentadas en un proceso judicial.

Desde otro punto de vista, el carácter fundamental de este derecho se deriva de su conexidad con el derecho al debido proceso, cuyo carácter fundamental no se discute.

2.2. La Ley 906 de 2.004

En el texto de la Ley 906 de 2.004 el *derecho a contrainterrogar* es aún más evidente, sin que sea necesaria la interpretación antes presentada, aplicable al Código de Procedimiento Civil y a la Ley 600 de 2.000.

De un lado, el artículo 125.5 de la Ley 906 de 2.004, sobre "deberes y atribuciones especiales" de la defensa, dispone:

> Artículo 125. *Deberes y atribuciones especiales.* En especial la defensa tendrá los siguientes deberes y atribuciones:
>
> (...)
>
> 5. Interrogar y **contrainterrogar en audiencia pública a los testigos y peritos.** (s.n.)

Nótese como la Ley supera la tradicional consagración de un derecho general a "controvertir las pruebas", indicando ya no solo una "atribución", sino un "deber" a "contrainterrogar en audiencia pública a los testigos y peritos".

Por otro lado, en desarrollo del artículo 125.5 de la Ley 906 de 2.004, el artículo 391, referente al "*Interrogatorio cruzado del testigo*", dispone que en la diligencia de testimonio "*En segundo lugar, si lo desea, la parte distinta a quién solicitó el testimonio, podrá formular preguntas al declarante en forma de contrainterrogatorio que se limitará a los temas abordados en el interrogatorio directo*".

Además, el artículo 393 consagra las "instrucciones" que "deben observarse" durante el contrainterrogatorio:

> Artículo 393. *Reglas sobre el contrainterrogatorio.* El contrainterrogatorio se hará observando las siguientes instrucciones:
>
> a) La finalidad del contrainterrogatorio es refutar, en todo o en parte, lo que el testigo ha contestado;
>
> b) Para contrainterrogar se puede utilizar cualquier declaración que hubiese hecho el testigo sobre los hechos en entrevista, en declaración jurada durante la investigación o en la propia audiencia del juicio oral.
>
> El testigo deberá permanecer a disposición del juez durante el término que éste determine, el cuál no podrá exceder la duración de la práctica de las pruebas, quien podrá ser requerido por las partes para una aclaración o adición de su testimonio, de acuerdo con las reglas anteriores.

Complementa este esquema normativo el artículo 148 de la Ley citada, que consagra las "instrucciones" aplicables al "contrainterrogatorio del perito":

> Artículo 418. *Instrucciones para contrainterrogar al perito.* El contrainterrogatorio del perito se cumplirá observando las siguientes instrucciones:
>
> 1. La finalidad del contrainterrogatorio es refutar, en todo o en parte, lo que el perito ha informado.

> 2. En el contrainterrogatorio se podrá utilizar cualquier argumento sustentado en principios, técnicas, métodos o recursos acreditados en divulgaciones técnico-científicas calificadas, referentes a la materia de controversia.

Tan esencial es el derecho al contrainterrogatorio en el nuevo sistema acusatorio, que el artículo 347 prescribe que la información contenida en las denominadas *exposiciones*[318] "no puede tomarse como una prueba por no haber sido practicada con sujeción al contrainterrogatorio de las partes".

Por eso la misma norma señala que "las afirmaciones hechas en las exposiciones, para hacerse valer en el juicio como impugnación, **deben ser leídas durante el contrainterrogatorio**". (s.n.)

De esta forma, el derecho al contrainterrogatorio en el nuevo sistema acusatorio desarrollado por la Ley 906 de 2.004 es un derecho y, a la vez, un requisito de validez de la prueba testifical, al punto que la prueba de esa naturaleza recibida sin audiencia de la parte contraria carecerá de valor y no podrá ser apreciada por el juez, salvo contadas excepciones cuyo tratamiento excedería el alcance de este libro.

2.3. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos[319]

Por si lo anterior fuese poco, se cuenta con una segunda opción hermenéutica para llegar a la conclusión de la existencia del derecho fundamental al contrainterrogatorio en el ordenamiento jurídico colombiano. El artículo 2 de la Ley 600 de 2.000 señala:

> En los procesos penales se aplicarán las normas que en materia de garantías se hallan consignadas en la Constitución Política y en los Tratados y Convenios internacionales ratificados por el Estado Colombiano.

318 Las exposiciones son "declaraciones juradas de cualquiera de los testigos llamados a juicio, a efectos de impugnar su credibilidad" (artículo 347 L. 906/04), de ahí que el artículo 403 disponga que la impugnación de la credibilidad del testigo pueda basarse en "Manifestaciones anteriores del testigo, incluidas aquéllas hechas ... en ... exposiciones" (artículo 403.4 L. 906/05). Las exposiciones se reciben antes del juicio oral y sin la presencia de la parte contraria. Su propósito último es la adecuada preparación del juicio oral. Por eso, tienen derecho a recoger exposiciones tanto la Fiscalía como la Defensa.

319 Para éste enfoque véase Suárez Sánchez, Alberto, *El Debido Proceso Penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, p. 293; Gómez Jiménez, Jhon Jairo, *Las Pruebas en el Nuevo Código de Procedimiento Penal*, Librería Jurídica Sánchez R., Medellín, 2001, p. 93.

Y en el mismo sentido, el artículo 3 de la Ley 906 de 2.004 dispone:

> Artículo 3º. *Prelación de los tratados internacionales.* En la actuación prevalecerá lo establecido en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia que traten sobre derechos humanos y que prohíban su limitación durante los estados de excepción, por formar bloque de constitucionalidad.

Dentro de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por Colombia se encuentran, para lo que aquí interesa, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos[320] y la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica.[321] En punto al derecho que se comenta estas normas consagran lo siguiente:

El artículo 14.3 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos dispone:

> 3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes **garantías mínimas**:
>
> (...)
>
> e. A interrogar o hacer interrogar a los **testigos de cargo** y a obtener la comparecencia de los **testigos de descargo** y que estos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo... (s.n.)

Y el artículo 8.2. f. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala:

> 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
>
> (...)
>
> f. derecho de la defensa de **interrogar** a los testigos presentes en el tribunal y de **obtener la comparecencia**, como testigos

320 Aprobado en el orden interno colombiano mediante Ley 74 de 1968.
321 Aprobada en el orden interno colombiano mediante Ley 16 de 1972.

o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; (s.n.)

El concepto de garantías mínimas ha sido desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, intérprete auténtico del Pacto de San José de Costa Rica, señalando que:"Al denominarlas mínimas la Convención presume que, en circunstancias específicas, otras garantías adicionales pueden ser necesarias si se trata de un debido proceso legal."[322]

También a nivel de derecho internacional de los derechos humanos se tiene que el Proyecto de Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el procedimiento penal dispone:

29ª. 3) El acusado y su defensor tienen derecho a interrogar a los testigos.

Ahora bien, la Corte Constitucional colombiana se ha referido expresamente a estas garantías de derecho internacional de los derechos humanos para demostrar la vigencia en nuestro ordenamiento jurídico del derecho a contrainterrogar los testigos de cargo, como se aprecia, entre otros, en el siguiente pasaje de la sentencia T-055 de 1994:

7. De otra parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ratificado por la ley 74 de 1968), consagra en su artículo 14-3-d, el derecho de toda persona acusada de haber cometido un delito, de interrogar o hacer interrogar en el proceso, tanto a los testigos de cargo como a los de descargo y ello en las mismas condiciones. La Convención Interamericana (ratificada por la ley 16 de 1972), establece en su artículo 8-2-f, el derecho del inculpado a obtener la comparecencia , como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos.Tres posibilidades pueden ser diferenciadas en ésta manifestación del derecho de defensa del sindicado, imputado o procesado: 1) la de interrogar a los testigos que intervienen en su contra, 2) la de presentar testigos que declaren a su

322 Corte I.D.H., Excepciones al agotamiento de los recursos internos (Art. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990, Serie A No. 11, párr. 24.

favor y 3) la de participar, en condiciones de igualdad, en todo el proceso de contradicción y debate que se lleva a cabo con la presentación de testigos.

Los anteriores argumentos demuestran la existencia del derecho al contrainterrogatorio en los asuntos penales.

De otro lado, en cuanto a los procesos judiciales no penales, el derecho al contrainterrogatorio surge igualmente por vía del artículo 93 de la Constitución, que consagra la prevalencia de las normas internacionales sobre derechos humanos ratificadas por el Congreso que prohíben su limitación en el orden interno.[323]

Es así como dentro de esas garantías se encuentran las normas ya citadas del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y de la Convención Americana de Derechos Humanos, en las cuales se consagra una garantía mínima consistente en el derecho a interrogar o hacer interrogar a los ***testigos de cargo***. El *interrogatorio a un testigo de cargo* es, justamente, por definición, un *contrainterrogatorio*.

Podría pensarse que la anterior conclusión solo es aplicable a los asuntos penales, por cuanto las normas en cita se refieren a "garantías mínimas" de "toda persona acusada de un delito." Ello, sin embargo, no es exacto, pues el numeral 1º del artículo 8 de la Convención Americana o Pacto de San José, prescribe:

> 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, **con las debidas garantías** y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o **para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.** (s.n.)

En el mismo sentido se pronuncia el artículo 14.1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.[324]

323 "Artículo 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.
Los derechos y deberes consagrados en ésta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia."
324 "1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y **con las debidas garantías** por un tribunal

De esta norma se desprende que en todo proceso de orden no penal, esto es, orientado a la determinación de "sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter," se deben aplicar las "**debidas garantías**."

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el precedente citado, expresa:

> 24. Ese deber de organizar el aparato gubernamental y de crear las estructuras necesarias para la garantía de los derechos está relacionado, en lo que a asistencia legal se refiere, con lo dispuesto en el artículo 8 de la Convención. Este artículo distingue entre acusación[es] penal[es] y procedimientos de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. **Aun cuando ordena que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías por un juez o tribunal en ambas circunstancias**, estipula adicionalmente, en los casos de delitos, unas garantías mínimas...[325] (s.n.)

Dentro del concepto de *debidas garantías* se han entendido comprendidas las garantías consideradas inherentes a todo proceso debido, lo cual incluye el derecho a controvertir la prueba, que aplicado a la prueba de testigos no es otra cosa que el derecho a controvertir los testigos de cargo.

Así las cosas, como cuestión de derecho, es claro que desde la perspectiva constitucional e internacional de los derechos humanos también el demandado en un proceso civil o laboral, por ejemplo, al igual que el acusado en un proceso penal, tiene el derecho fundamental a contrainterrogar los testigos adversos presentados por su contraparte. Y viceversa: el demandante cuenta con el derecho constitucional de repreguntar a los testigos adversos propuestos por el demandado. El carácter fundamental de estos derechos constitucionales no se pone en duda.

competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o **para la determinación de sus derechos y obligaciones de carácter civil**. (...)" (s.n.)

325 Corte I.D.H., Excepciones al agotamiento de los recursos internos (Art. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990, Serie A No. 11, párr. 24.

A continuación se explica cuales son las características esenciales del derecho constitucional a contrainterrogar los testigos adversos.

3. Características o notas esenciales del derecho al contrainterrogatorio

En materia de derechos fundamentales la doctrina constitucional comparada ha desarrollado la doctrina del *núcleo esencial* como garantía o reforzamiento de la constitucionalidad de los derechos frente a los poderes constituidos, especialmente frente al legislador.[326]

La garantía del contenido esencial -ha dicho la doctrina-,"constituye un límite material de la facultad de limitar un derecho fundamental. Su aplicación se extiende a toda forma de limitación (reserva a favor de ley, limitaciones inmanentes, etc.), incluso de la Administración. **El principio pretende evitar que el derecho quede vacío de contenido y que su parte esencial esté a disposición del Legislador.**"[327] (s.n.)

L. Prieto Sanchis, al comentar la doctrina del Tribunal Constitucional Español sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales, señala:

> Varias enseñanzas cabe derivar de esta doctrina del Tribunal Constitucional. Primero, que efectivamente, **el contenido esencial de un derecho comprende aquellos elementos mínimos que lo hace recognoscible, que impiden su desaparición o su transformación en otra cosa.** Segundo, que para la determinación del contenido esencial no basta acudir a la Constitución, sino que hay que indagarse en la esfera de los conceptos jurídi-

326 Cfr. Gavara de Cara, Juan Carlos, *Derechos Fundamentales y Desarrollo Legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994; Prieto Sanchis, Luis, *Estudios sobre Derechos Fundamentales*, Editorial Debate, Madrid, 1990, Capítulo VI: "Los Derechos Fundamentales y el Poder Legislativo"; Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 286-291.

327 Espinoza Rausseo, Alexander, *Derecho Constitucional en Alemania y Austria. Principios constitucionales y derechos fundamentales*, Tipografía Principios, Caracas, 1997, p. 192, letra resaltada fuera del texto.

> cos tradicionales, atender a las ideas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, en definitiva, **que el contenido esencial no coincide con el contenido constitucionalmente declarado**. En tercer lugar, que se trata de un concepto de valor absoluto y no relativo, es decir, que **cualesquiera que fueren las circunstancias invocadas para la limitación del derecho, éste ha de conservar siempre sus rasgos esenciales.**[328] (s.n.)

Desde sus primeras decisiones nuestra Corte Constitucional ha reconocido y aplicado la teoría del núcleo esencial de los derechos fundamentales, derivando su existencia y aplicabilidad a partir del texto constitucional vigente.

En efecto, la Corte Constitucional ha entendido que el contenido esencial de un derecho fundamental es "aquella parte que le es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegidos y que le dan vida resulten real y efectivamente tutelados", de donde "**se rebasa o desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.**"[329] (s.n.)

Y de la mano de la doctrina constitucional alemana, nuestra jurisprudencia constitucional ha esclarecido el concepto de *núcleo esencial* de los derechos fundamentales:

> Se denomina contenido esencial –afirma Haberle-, al ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asuma el derecho o de las formas en que se manifieste. Es el núcleo básico del derecho fundamental, no susceptible de interpretación o de opinión sometida a la dinámica de coyunturas o ideas políticas." [4]

Según la teoría de núcleo esencial de los derechos, éstos **pueden en consecuencia ser canalizados en sus diferentes expresiones, sin ser desconocidos de plano, ellos pueden ser objeto de regulación pero no de desnaturalización**.

328 Luis P. Sanchis, op. cit., pp. 143 y 144, subrayas propias.
329 Sentencia T-411 de 1992, letra resaltada fuera del texto.
4 [cita en el texto original] HABERLE PETER. El contenido esencial como garantía de los derechos fundamentales. Grungesetz 3 auflage. Heidelberg. 1983.

> Ahora bien, cuando para el ejercicio de un derecho se establezcan requisitos mínimos razonables, que apuntan a hacer más viable el derecho mismo y que no desconocen su núcleo esencial, no puede aducirse que se está violando de plano tal derecho.
>
> En realidad **los requisitos son de dos naturalezas**: **aquellos que apuntan a viabilizar el derecho y aquellos que tienden a dificultarlo, a complicarlo y, en últimas, a impedirlo.**
>
> Esta última clase de naturaleza de los requisitos de los derechos caracterizó el positivismo jurídico en el mundo y ello se manifestó –y sigue manifestándose en algunas prácticas- en Colombia. Ella evoca a las administraciones kafkianas. La primera de tales naturalezas sin embargo fue introducida en el mundo a nivel jurídico con la axiología fundamental del derecho escrito.[330](s.n.)

A partir de esta doctrina nuestra jurisprudencia constitucional ha concretizado el *núcleo esencial* de algunos derechos fundamentales, como la educación,[331] la información[332] y la intimidad,[333] entre otros.[334]

330Sentencia T-612 de 1992.
331 Sentencia T-612 de 1992. Se trato de un caso en el que algunos planteles educativos condicionaron la entrega de los certificados de estudios y los diplomas de bachiller de los estudiantes de último año al pago de sumas de dinero adeudadas al colegio. La Corte, aplicando la **teoría del núcleo esencial**, tuteló el derecho e inaplicó por inconstitucional los artículo 5º del Decreto 3486 de 1981 y 14 del Decreto 2542 de 1991, que permitían este proceder en los planteles educativos. Dijo la Corte que "el diploma de bachiller no sólo prueba la terminación de los estudios secundarios sino que además significa para quién lo obtiene una realización personal dignificante. En consecuencia los planteles educativos no pueden adicionarles constancias que no sean del caso. Concretamente no se puede utilizar el diploma como medio de presión del plantel educativo para obtener la cancelación de una obligación pecuniaria pendiente."
332 Se declaró la constitucionalidad condicionada de una norma (artículo 3° del Decreto 1812 de 1992) que prohibía a la radio y a la televisión divulgar entrevistas de miembros activos de organizaciones guerrilleras, terroristas o vinculadas al narcotráfico. Dijo la Corte que "La libertad de expresión y ausencia de censura y la preservación del orden público en aras del interés general, no cabe duda de que ambos derechos son compatibles a partir de la **teoría del núcleo esencial** de los derechos. El núcleo esencial del derecho a la información protege el derecho de las personas a informar y ser informadas aún en estados de excepción, con algunas limitaciones razonables que moldean el derecho o lo restringen parcialmente pero no lo niegan ni lo desnaturalizan." (Sentencia C-033 de 1993, s.n.).
333 Se trató de un caso en el que la construcción de un puente peatonal sobre una avenida circunvalar, caracterizada por tráfico de alta velocidad pero justo frente a la residencia de la accionante, implicaba la constante e invasora mirada de los transeúntes que, de forma obligada, atisbaran hacia el interior del inmueble, convertido en centro focal de una enorme pérdida de privacidad para sus moradores. Dijo la Corte que en ese caso se violó el **núcleo esencial** del derecho a la intimidad, el cual definió como un derecho a "no ser forzado a escuchar o a ver lo que no desea escuchar o ver, así como un derecho a no ser escuchado o visto cuando no se desea ser escuchado o visto." (Sentencia T-530 de 1992).
334 La jurisprudencia constitucional también se ha referido al **núcleo esencial** de los derechos al sufragio (sentencia T-324 de 1994), a la propiedad (sentencias T-245 de 1997, T-413 de 1997 y T-414 de 1997), a la libertad de cultos (sentencia T-602 de 1996)a, la honra y al buen nombre

Tan intangible y valioso es el *núcleo esencial* de los derechos fundamentales frente a los actos de los poderes constituidos que se ha entendido que aquél no puede afectarse ni mediando el consentimiento de las partes involucradas.[335]

Ha dicho también la Corte Constitucional que la sola existencia de una norma jurídica no justifica por sí misma la intervención en el *núcleo esencial* de los derechos constitucionales, precisamente porque este es un concepto oponible a la actividad normadora del legislador en el ámbito de las garantías constitucionales.[336]

Por eso es clave que todo estudio sobre un derecho fundamental en particular explicite cuales son los elementos o características de la esencia del respectivo derecho, para esclarecer que aspectos quedan protegidos ante cualquier regulación o práctica jurídica que los menoscabe.

Se considera que el núcleo esencial del derecho constitucional fundamental a contrainterrogar los testigos adversos está conformado por las siguientes características básicas:

1. La aplicabilidad de pleno derecho.

2. El carácter discrecional.

(sentencia T-028 de 1996), al libre desarrollo de la personalidad (sentencia T-532 de 1992), al trabajo (sentencia T-238 de 1993), al acceso a la justicia (sentencia T-004 de 1995), a la libertad de locomoción (sentencia SU-257 de 1997), al derecho de petición (sentencias T-426 de 1992, T-304 de 1997, T-161 de 1996, T-260 de 1997, T-125 de 1995, T-274 de 1995 y T-243 de 1993) y al derecho de huelga (Sentencia C-432 de 1996).

335 Sentencia SU-256 de 1996: "La conciliación sólo opera en casos en que no esté en juego el **núcleo esencial** de un derecho fundamental, ya que éste, de suyo, es irrenunciable e inalienable. Lo anterior significa que los derechos fundamentales, al ser inherentes a la persona, son necesarios y no contingentes, lo cuál los hace irrenunciables. Por ello no sería coherente que un Estado que se funda en la igualdad y en la dignidad humanas permitiese que una persona se desligara de un bien que razonablemente es irrenunciable e imprescriptible". (s.n.)

336 Sentencia T-532 de 1992: "Para que una limitación al derecho individual al libre desarrollo de la personalidad sea legítima y, por lo mismo no arbitraria, se requiere que goce de un fundamento jurídico constitucional. No basta que el derecho de otras personas o la facultad de la autoridad se basen en normas jurídicas válidas, sino que en la necesaria ponderación valorativa se respete la jerarquía constitucional del derecho fundamental mencionado. Bajo la vigencia de la nueva Constitución la legitimidad de las normas no procede exclusivamente de la validez del procedimiento para su expedición, sino también de la justificación racional de las decisiones, particularmente en el proceso de su aplicación. Un acto u omisión de la autoridad se justifica constitucionalmente cuando la aplicación que se hace de las normas es razonable dentro de las posibilidades jurídicas provistas por la interpretación jurídica".

3. El carácter prestacional.
4. La oralidad.
5. El carácter sugestivo.
6. La condición de 'derecho-deber'.

De estas notas que definen el núcleo esencial del derecho al contrainterrogatorio se extraen dos conclusiones:

a) En cuanto al *plano de la creación del derecho* se deduce que el legislador puede *regular* el contenido de este derecho sin desconocer cada una de las seis notas o características esenciales mencionadas.

b) En cuanto al *plano de la aplicación del derecho* los operadores jurídicos pueden utilizar el contrainterrogatorio sin desconocer estas notas o características esenciales.

En ambos casos, el desconocimiento de alguna de los requisitos esenciales del contrainterrogatorio, bien por parte el legislador o del operador jurídico en los casos concretos, traerá como consecuencia la inconstitucionalidad de la regulación correspondiente o de la actuación judicial o administrativa respectiva.

Se aclara que esta disertación sobre el derecho al contrainterrogatorio es fruto de una interpretación conforme a la Constitución, con independencia y más allá de las regulaciones procesales particulares que existan o llegaren a existir en nuestro medio.

Las características que se explicarán están en correspondencia con la idea de un contrainterrogatorio completamente garantizado, por lo que dondequiera que falte o se desconozca alguna de estas características se afectará el contenido esencial de la garantía objeto de análisis.

El lenguaje que se utilizará a lo largo de la exposición aludirá al derecho a contrainterrogar en cabeza del "acusado" en el orden penal, pero solo por razones de economía, concreción y claridad en la argumentación; debe siempre, entonces, entenderse que todo lo que se diga sobre la garantía del contrainterrogatorio es igualmente predicable, guardadas las proporciones, a toda "par-

te" (demandante, demandado, Fiscalía General de la Nación, etc.) implicada en todo juicio o procedimiento, de cualquier naturaleza (civil, comercial, laboral, tributario, disciplinario, aduanero, etc.)

3.1. Es una garantía que opera de pleno derecho.

Los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos consagran el contrainterrogatorio como 'garantía de pleno derecho', aplicable a todo tipo de proceso.

Según se ha visto, el artículo 14.3.e) del Pacto de Derechos Civiles y Políticos dispone que durante el proceso "toda persona acusada de un delito tendrá derecho" a la "garantía mínima" de "interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo."[337]

De esta norma se desprende, como cuestión de derecho constitucional, que toda persona acusada de un delito tiene derecho a *la oportunidad* de "interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo". Igual consideración cabe predicar de toda persona implicada en todo proceso donde se pretenda la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Esto para significar que *el derecho a la oportunidad de contrainterrogar*, en cuanto tal, no está sometido a demostraciones de conducencia, pertinencia o utilidad.

En efecto, por definición todo contrainterrogatorio pretende la *oportunidad para controvertir la prueba testifical adversa*; en esa medida el contrainterrogatorio es una manifestación del derecho de defensa que concede la Constitución, no el juzgador.

De ahí que los supuestos que dan vida al derecho a contrainterrogar, sin considerar aún el alcance o modalidades de su ejercicio posterior, son los siguientes:

a) La calidad de "persona acusada de un delito", o su equivalente.

b) La existencia del "testigo de cargo".

337 En similar sentido véase el artículo 8.2.f) de la Convención Americana, ya citado.

Si la expresión de la intención de contrainterrogar se soporta en la existencia de estos dos supuestos de hecho surge en consecuencia, para el Estado, el *deber* de acceder a la práctica del contrainterrogatorio, es decir, de *abrir el espacio u oportunidad* dentro del respectivo proceso judicial para llevar a cabo la diligencia.

La norma *iusfundamental* que materializa lo expuesto tiene entonces esta estructura:

> DADO el caso en que una persona acusada de un delito solicite dentro del proceso contrainterrogar a su testigo de cargo DEBE SER el otorgamiento por el Estado de la oportunidad para contrainterrogar a ese testigo de cargo.

Por eso, el derecho a la *oportunidad de contrainterrogatorio* no puede ser negado en abstracto o *a priori* ni por la Ley ni por el Juzgador, a menos, por supuesto, que esa oportunidad fuese desde un principio impracticable, como se verá más adelante al tratar las obligaciones de dar y hacer que surgen para el Estado como correlato de este derecho.[338]

Así las cosas, sería, por ejemplo, inconstitucional una norma que de manera general y abstracta señalara que para cierto tipo de procesos no puede someterse a contrainterrogatorio a los testigos de cargo que allí llegasen a declarar; y sería también inconstitucional la decisión de un funcionario judicial que, previa solicitud, negase *a priori* al afectado con una declaración el espacio u oportunidad para contrainterrogar al testigo de cargo.[339]

Cuestión aparte -no implicada en la característica que se comenta- es la relacionada con las limitaciones que pueden y deben imponer válidamente el legislador y el Juez con relación al contenido, alcance y duración de la *práctica del contrainterro-*

338 Sería el caso, por vía de ejemplo, en que el funcionario judicial acredita que el testigo adverso ha fallecido para el momento en que se eleva la solicitud de contrainterrogatorio. Si el juzgador lo sabe al momento de resolver la solicitud puede razonablemente negar a priori la *oportunidad de contrainterrogatorio*.

339 Salvo, por ejemplo, que el afectado haya agotado el contrainterrogatorio en una oportunidad anterior y el Juez motivadamente demuestre que en el caso concreto es innecesario repetirlo, caso en el cual podría considerarse bajo ciertas circunstancias que el derecho a contrainterrogatorio ya fue satisfecho en su totalidad. Pero nótese que aún en este caso el afectado tuvo la *oportunidad* del contrainterrogatorio.

gatorio; pero, valga repetir, en principio *la oportunidad de contrainterrogatorio* en cuanto tal no debe jamás someterse a requisitos o condiciones distintas de las dos ya señaladas.

Así, por ejemplo, la Ley dispone que al contrainterrogador puede limitársele el ejercicio de su derecho impidiéndole, por ejemplo, formular preguntas impertinentes o acosar indebidamente al testigo.

No cabe duda de que las preguntas concretas que se le dirijan al testigo, o la extensión del contrainterrogatorio, podrán ser objeto de control y limitación por parte del Juez, de oficio o a petición de la parte contraria mediante la técnica de las objeciones u oposiciones. Pero ese es otro problema que no desdibuja el contrainterrogatorio como garantía que opera de 'pleno derecho'.

La Ley procesal exige que quién solicite una prueba debe expresar la pertinencia y conducencia de la misma. Esta exigencia es obviamente razonable y guarda conformidad con la Constitución. Pero adviértase que cuando la parte afectada por un testimonio de cargo solicita su contrainterrogatorio no está obligada a motivar anticipadamente la conducencia o pertinencia *de la solicitud* de contrainterrogatorio; le basta demostrar que se trata de un testigo de cargo, que él es la parte afectada con la declaración y que desea contrainterrogarlo. Ahí surge el derecho a la oportunidad de contrainterrogar.

Exigir motivación de pertinencia o conducencia *a la solicitud* de contrainterrogatorio sería claramente inconstitucional. Con una analogía se puede notar lo absurdo de una exigencia semejante: el condenado en un asunto penal tiene derecho constitucional a apelar la sentencia. Este procedimiento consta de dos fases: la interposición del recurso y su sustentación. Nadie discute que al condenado se le puede exigir válidamente expresar el motivo de inconformidad con la sentencia condenatoria; el recurso obviamente debe *sustentarse* so pena de rechazo, pero el derecho a la apelación opera de 'pleno derecho' en cuanto a la *interposición* del recurso: basta solamente que se verifique que se trata de un fallo condenatorio y que se cuenta con interés para impugnar. Verificados esos dos supuestos nace a la vida jurídica el derecho a la oportunidad de apelar la sentencia condenatoria.

Igual cosa sucede con el derecho al contrainterrogatorio, pues su invocación o petición como *oportunidad de controversia* opera de 'pleno derecho': no está condicionada a ninguna motivación o demostración de conducencia.

Esto es así por cuanto la contradicción de la prueba como tal es *de suyo conducente* y *pertinente*, pues se trata de un derecho constitucional. Y eso es lo que se pretende cuando se solicita la oportunidad de contrainterrogar a un testigo adverso: se pide un espacio para llevar a cabo la controversia de la prueba.

Sería entonces inconstitucional exigirle a la parte que solicita un contrainterrogatorio, como requisito para admitir la solicitud o abrir el espacio de contradicción, que exprese al funcionario judicial, con anticipación a la admisión de la solicitud, cuáles son las preguntas o las líneas de contradicción, o "lo que pretende" demostrar con el contrainterrogatorio. De 'pleno derecho' el sujeto procesal pretende algo conducente y pertinente: un espacio para controvertir al testigo de cargo.

Cosa distinta ocurre con los *testigos de descargo*, pues respecto de ellos sí se debe motivar lo que se pretende con la prueba al momento de solicitar su decreto. En efecto, cuando se propone un testigo de defensa o de descargo, se debe expresar cuál es su conducencia, a fin de que el funcionario judicial evalúe si es pertinente abrir un espacio para escucharlo. Esto por cuanto puede ser que el testigo de descargo no sea de ninguna utilidad para el proceso; por eso debe indicarse al juez que *pertinencia* tiene la solicitud de la prueba, ya que el testigo aún no ha declarado en el proceso. Este asunto hace parte del *derecho al interrogatorio directo*, no del contrainterrogatorio.

Pero cuando un testigo ya ha declarado a instancias de la parte contraria (en el esquema típico) la parte afectada con la declaración tiene de 'pleno derecho' la oportunidad de repreguntarlo, porque la pertinencia y conducencia de dicha solicitud viene dispuesta por los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos, al garantizar *mínimamente* el derecho de contradicción y de defensa frente a la prueba testifical adversa.

Lo dicho hasta aquí es particularmente importante en los procesos judiciales no cobijados por la Ley 906 de 2.004, como pasa a demostrarse con un ejemplo.

Ha sido siempre usual en nuestra práctica forense penal que la Fiscalía General de la Nación reciba declaración a testigos de cargo durante la etapa instructiva sin la presencia de la defensa, aún cuando ésta lo solicite expresamente con la debida anticipación. La prueba así practicada es en principio válida, por cuanto se encuentra debidamente judicializada ante un funcionario que hace parte de la rama judicial. Pero la práctica forense enseña que cuando, con posterioridad, la defensa solicita la comparecencia del testigo de cargo a efectos de su contrainterrogatorio, se le exigen muchas veces requisitos de orden jurídico (para no mencionar los puramente prácticos), pues se entiende que hay que demostrar la *pertinencia* y *conducencia* de esa solicitud de contrainterrogatorio. Esos inconvenientes se presentan precisamente porque no se entiende que el contrainterrogatorio es una garantía que opera de 'pleno derecho'.

Con la Ley 906 de 2.004 la situación necesariamente cambia, pues en un sistema acusatorio la prueba debe practicarse en presencia de la parte contraria y ante el juez para que se la tenga por válida. De la forma como dicha norma regula el contrainterrogatorio se desprende que reconoce o asume que se trata de una garantía que opera de 'pleno derecho'.

En efecto, el artículo 391 señala lo siguiente, una vez terminado el interrogatorio directo a cargo de quien "hubiere ofrecido su testimonio como prueba":

> Artículo 391. *Interrogatorio cruzado del testigo* (...)
>
> En segundo lugar, si lo desea, la parte distinta a quién solicitó el testimonio, podrá formular preguntas al declarante en forma de contrainterrogatorio que se limitará a los temas abordados en el interrogatorio directo (...)"

A manera de ilustración vale añadir que el Juez no podría, una vez terminado el interrogatorio directo, disponer en un caso particular que no concederá a la parte contraria *la oportunidad* de

contrainterrogar, por cualquier razón; tampoco será legítimo al juez exigir al contrainterrogador que indique "qué pretende" con el contrainterrogatorio antes de que éste comience su intervención.

Ese comportamiento sería claramente ilegal, pues "la parte distinta a quién solicitó el testimonio" *puede*, es decir, *tiene derecho* a "formular preguntas al declarante en forma de contrainterrogatorio."

Otra cosa es que al juez le sea permitido, *durante* el contrainterrogatorio, una vez abierta la oportunidad de contrainterrogar, limitar o impedir determinadas preguntas cuando el contrainterrogador desconozca los deberes que le impone el ejercicio de esta garantía.[340]

3.2. Su naturaleza oral

Aquí se trasciende el uso del concepto de *oralidad* como simplemente opuesto a lo *escrito*. Con ello no se quiere significar solamente el hecho de que el contrainterrogatorio deba llevarse a cabo con la presencia física del testigo y de su viva voz.

Se ha dicho, con razón, que "en la búsqueda de la verdad [la oralidad] es el medio ideal para reproducir el hecho histórico, porque permite la verificación directa y revela las actitudes falsarias, y por supuesto, propicia la comunicación entre todos los sujetos procesales".[341]

Por eso el entendimiento primario de la oralidad como simple "expresión oral" –por oposición a la escrita- obviamente, sin que haya lugar a grandes demostraciones, hace parte del núcleo esencial del derecho al contrainterrogatorio; son entonces inconstitucionales las previsiones legales que ordenen llevar a cabo el contrainterrogatorio por escrito en los procesos judiciales.[342]

340 Véase la característica esencial del contrainterrogatorio como "Derecho-Deber", explicada más adelante (No. 3.6. de este Capítulo).
341 *Técnicas del Juicio Oral en el Sistema Penal Colombiano. Libro del Discente*, Comisión Interinstitucional para el impulso de la Oralidad en el proceso penal, Quebecor World, Bogotá, 2003, p. 37.
342 Distinto es que el litigante desee formular el contrainterrogatorio por escrito. Es su elección. La Ley no puede ordenar, bajo amenaza de sanción, litigar técnicamente (salvo casos excepcionales de nulidad por falta de densa técnica, en materia penal); son las partes en el proceso las que le imprimen perfección o mediocridad a su trabajo.

En este sentido, por ejemplo, entera razón le asistía al salvamento de voto de los magistrados Martínez Caballero y Angarita Barón frente a la decisión mayoritaria de la Corte Constitucional consistente en declarar constitucional el artículo 50 del Decreto Legislativo 099 de 1991, adoptado como legislación permanente por el artículo 4º del Decreto 2277 de 1991, aplicable a la entonces denominada *justicia de orden público*, norma en la que se disponía que los contrainterrogatorios "se formulen y tramiten por escrito" a fin de "garantizar la seguridad del juez". Los magistrados disidentes sostuvieron:

> 3.3. Inconstitucionalidad del contrainterrogatorio realizado por escrito.
>
> (…)
>
> La importancia del interrogatorio se hace manifiesta porque un interrogatorio bien dirigido permite a los funcionarios judiciales y a lossujetos procesales sacar el máximo de provecho de un testimonio, pues fácilmente puede conocerse cuando el declarante o el procesado están mintiendo u ocultando hechos que son de importancia para la investigación.
>
> Interrogar es un arte que exige conocimientos, capacidad, preparación y cuidado. El interrogatorio técnico no puede improvisarse y por eso es importante para el investigador, para el funcionario instructor y para el juez fallador, conocer algunas pautas, y prepararse adecuadamente sobre ese aspecto.
>
> Para los suscritos entonces esta **norma es inconstitucional porque el contrainterrogatorio escrito dificulta de tal manera la contrainterrogación, que la desnaturaliza y, por esa vía, la niega**, violándose así el artículo 29 de la Constitución en la parte que dice: "quien sea sindicado tiene derecho... a controvertir las pruebas que se alleguen en su contra..." En otras palabras, **la ausencia de inmediación en la interrogación dificulta hasta impedir una auténtica posibilidad de "controvertir" las pruebas**, violándose así la Constitución Política.[343] (s.n.)

343 Salvamento de voto de los Magistrados Martínez Caballero y Angarita Barón a la sentencia C-093 de 1993, Corte Constitucional, resaltado fuera del texto original.

Análogamente, los Magistrados Gaviria Díaz y Martínez Caballero salvaron con acierto su voto frente a la constitucionalidad de la declaración por certificación jurada prevista en el artículo 287 del Decreto 2700 de 1991, aduciendo entre otras razones que "si bien no anula el derecho de contradicción de la prueba, sí disminuye en ciertos aspectos su alcance, pues **no es lo mismo contrainterrogar a un testigo que se encuentra en el despacho judicial que formular por escrito las observaciones a un testimonio**".[344] (s.n.)

El hecho de que las anteriores opiniones se hayan consignado en salvamentos de voto frente a decisiones adoptadas por la mayoría de la Corte Constitucional en sentido contrario, es de suyo un indicador acerca del carácter escritural de nuestra cultura jurídica en materia de contrainterrogatorio.

Pero no es solo ese el sentido en que se utiliza aquí el concepto de *oralidad* aplicado al contrainterrogatorio.

Que la oralidad haga parte del núcleo esencial del contrainterrogatorio significa, ante todo, que dicha garantía resulta esencialmente desnaturalizada si *la forma en que se lleva a cabo la recolección del testimonio* no refleja su carácter oral. Esto es mucho más crítico para la práctica judicial colombiana, como se verá.

Conviene entonces detenerse en el concepto de *oralidad* a efectos de precisar su total dimensión y aplicabilidad en la práctica del contrainterrogatorio.

En los procesos judiciales siempre ha existido la necesidad de recoger o conservar de algún modo la declaración que pronuncia la boca del testigo. La declaración no se agota judicialmente con su simple *emisión* por el testigo, pues es necesaria también su *recolección*.

Pues bien, la razón natural indica que *la forma en que se lleve a cabo la recolección de la declaración* afecta íntimamente la expresión de las ideas recogidas. Por eso resulta en extremo arti-

344 Salvamento de voto de los Magistrados Gaviria Díaz y Martínez Caballero a la sentencia C-609 de 1996, Corte Constitucional, resaltado fuera del texto original.

ficioso e inexacto separar *la forma de expresión* del testigo, al declarar, de *la forma en que se recoge* esa expresión. Se trata de dos cuestiones materialmente implicadas y fusionadas en orden a definir lo que es un *testimonio oral*.

De ahí que no sea acertado afirmar que en un proceso judicial la declaración es *oral* simplemente porque se constata que el testigo 'habló', resaltando con ello que 'no escribió'; es esencial además auscultar la forma en que se conservará lo que diga el testigo. En este sentido puede decirse que la *forma* (en que se recibe la declaración) incide y determina el *contenido* (la declaración misma).

Así las cosas, el proceso de recolección de la declaración puede llegar a desnaturalizarla cuando no permite reflejar la expresión natural, original y espontánea del testigo.

Por lo expuesto, debe entenderse que en un proceso judicial un testimonio se recibe *oralmente* cuando, además de que la declaración se origina en la boca del testigo presente, lo manifestado se *recoja* o *conserve* por un medio que le permita al declarante expresarse en forma natural, original y espontánea.

Es en este sentido que se sostiene que la *oralidad* es un requisito de la *esencia* del *contrainterrogatorio*. Véase por qué:

Los seres humanos hablan para comunicarse. De hecho, "hablar" puede definirse como "expresar el pensamiento por medio de palabras." La palabra entonces es medio de expresión del pensamiento, o dicho de otra manera, el pensamiento se materializa a través de la palabra.

En ese sentido se ha dicho que "la comunicación verbal es la forma más natural de transmitir el conocimiento, de exteriorizar nuestros pensamientos, deseos, anhelos, inquietudes, preocupaciones y compartirlos con los demás. Es ante todo a través de la palabra, como el hombre se expresa con sus semejantes o como difiere de ellos."[345]

345 *Técnicas del Juicio Oral en el Sistema Penal Colombiano. Libro del Discente*, op. cit., p. 37.

Y la forma natural, original y espontánea en que los seres humanos hablan en sus relaciones intersubjetivas implica un acto de comunicación en el cual *el pensamiento* se expresa en un tiempo que **coincide** con el acto de *pronunciación de las palabras* que lo materializan.

Esto significa que en la vida cotidiana las personas van pensando sobre lo que hablan y, simultáneamente, van hablando sobre lo que piensan. Bajo este entendido *pensamiento* y *expresión del pensamiento* ocurren bajo una misma frecuencia temporal. A este tiempo que ocurre durante la comunicación verbal cotidiana se lo denominará el *tiempo real de la comunicación*.

Esta elemental explicación, cuya autoridad dimana del sentido común, es y ha sido desde siempre desconocida en Colombia al recibir los testimonios en los procesos judiciales, lo que atenta directa y gravemente contra la esencia del contrainterrogatorio.

Efectivamente, podrá constatarse como en nuestra práctica forense es algo "normal" recoger un testimonio mediante el sistema del 'dictado' de la declaración por el testigo a otra persona, usualmente un subalterno del funcionario judicial, quien procede a copiarla "textualmente" por medio del computador o la máquina de escribir. Nuestra cultura jurídica ha entendido que este procedimiento es "normal", quizá porque siempre se ha hecho así y, además, porque cuando así se procede, aparentemente, no "pasa nada".

Pero si se analiza a profundidad esta práctica, dejando de lado las justificaciones,[346] se concluirá que es una verdadera aberración jurídica; es inconcebible que en Colombia todavía -y desde siempre- se recojan los testimonios judiciales por medio del 'dictado' de la declaración.

Ya para 1.968, en la primera edición de su *Manual de las Pruebas Judiciales*, Jorge Cardoso Isaza expresaba la dificultad de aplicar la técnica de preguntar en un medio que recogía las declaraciones mediante lo que acertadamente denomino *escritura mecanográfica al dictado*:

346 Como por ejemplo la falta de recursos económicos o apoyo logístico, cuando en muchos casos no es más que simple falta de iniciativa.

> Sin embargo entre nosotros se dificulta la aplicación de las nuevas técnicas debido a que la ley, tanto en lo civil como en lo penal, dispone la reconstrucción escrita y simultánea de las exposiciones y a que en lo laboral la fuerza de la costumbre, originada en la carencia de medios adecuados, ha convertido el procedimiento, que según la ley es oral para la práctica de pruebas y para la sustanciación, en **escritura mecanográfica al dictado**.[347] (s.n.)

En similar sentido Orlando Alfonso Rodríguez ha señalado algunas de las fallas de los funcionarios judiciales colombianos al recepcionar el testimonio:

> En los despachos judiciales se hace la pregunta, que debe dictarse en alta voz al empleado encargado de la mecanografía, y luego sí se le formula al deponente, dándole oportunidad de pensarla, repensarla, preparar la coartada, no dejarse caer en la mentira, etc.
>
> Falta en los juzgados equipo técnico que permita en determinado momento grabar la voz del testigo, cuando espontáneamente hace un relato valioso a las autoridades. Se han dado casos de sujetos que, antes de empezar a decepcionar la prueba, relatan hechos que posteriormente niegan dentro de la diligencia.
>
> (…)
>
> En síntesis, entre los errores comunes tenemos:
>
> 1) Mala puntuación que cambia el sentido de lo expresado por el deponente.
>
> 2) Pésima ortografía, que cambia el contenido de un término, por ejemplo casa y caza.
>
> 3) Pésimos mecanógrafos, que incurren en errores monumentales, cambiando el espíritu del testimonio.
>
> 4) Cuando interrogan y escriben a un mismo tiempo, lo cual es común, no se pueden concentrar en una u otra actividad, cuyo resultado es que ni interrogan ni escriben bien.[348]

347 Cardoso Isaza, Jorge, *Manual de las Pruebas Judiciales*, Editorial ABC, Primera edición, Bogotá, 1969, Vol. I, p. 171. La expresión sintetiza con exactitud la manera en que se practica la prueba de testigos en Colombia.
348 Rodríguez, Orlando Alfonso, *El Testimonio Penal y sus Errores*, Temis, Bogotá, 1985, pp. 134-135.

Quizá por la fuerza de la costumbre nuestro operador jurídico no se percata del enorme despropósito que encierra esta práctica auspiciada desde el nacimiento de la República por el legislador, a su vez heredada de la práctica judicial española y europeo-continental de los *Escribanos*.[349]

En el año 1924, F. Gorphe escribía en *La Crítica del Testimonio* que "en Francia, como en muchos países, la Justicia ignora todavía el empleo de la taquigrafía", motivo por el cual se procedía a recibir los testimonios mediante el "dictado de las declaraciones."[350]

Se quiere significar que este procedimiento engorroso afecta gravemente los derechos de las partes y perjudica en extremo la búsqueda de la verdad en el proceso judicial; con este sistema de recolección del testimonio no hay lugar para el contrainterrogatorio en la práctica forense de nuestros juzgados y tribunales, como de hecho no la ha habido.

En efecto, *dictar*, puede definirse como "Decir uno algo con las pausas necesarias o convenientes para que otro lo vaya escribiendo."[351] Es importante enfatizar que el grave problema se presenta cuando el ritmo de quien escribe no permite a quien habla expresarse en forma natural, original y espontánea, porque el *tiempo* en que se manifiesta el pensamiento en la mente del testigo no coincidirá nunca con el tiempo de quien escribe 'textualmente' lo que se le dicta.

Necesariamente la expresión del pensamiento de quien dicta, mediante la palabra hablada, resulta frenada en su curso natural por el acto de su recolección textual mediante el dictado. A este tiempo que ocurre durante el dictado del testimonio judicial se lo denominará el *tiempo irreal o ficticio de la comunicación*.

349 Scriche, Joaquin, *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, Legis, Bogotá, 1976, Vol. 2, pp. 482 y 483: "La utilidad de la institución de los escribanos es igual a la importancia y aún necesidad de que se fije y conserve para siempre todo cuanto pasa en los juicios y se estipula en las convenciones." El autor enseña que en roma se conocían varios tipos de escribanos, entre ellos los "*cursores o logographi*, porque escribían tan aprisa como se habla". Y agrega que en su época (la España del Siglo XIX) "hemos llamado a nuestros escribanos tabeliones y *cursores*, no precisamente porque hayan escrito tan aprisa como se habla, sino por la celeridad con que han debido y deben practicar las diligencias que por los jueces se les confían". (resaltado en el texto original, excepto subrayas)
350 Gorphe, Francois, *La Crítica del Testimonio*, Editorial Reus, Madrid, 1985, p. 60.
351 Diccionario de la Real Academia Española, XIX edición.

Una imagen arquetípica de nuestra práctica forense ilustra lo que se viene diciendo: la escena del testigo en un proceso judicial relatando los hechos de forma espontánea y natural, hasta que quien le recibe la declaración lo interrumpe para indicarle que '*hable más despacio*'; el motivo es que quien copia tiene que hacerlo textualmente por imperativo legal, de donde, a renglón seguido, se presencia el triste espectáculo en el cual el declarante se ve obligado a cambiar su forma natural, original y espontánea de expresarse para amoldarse a la forma de la recolección de su declaración por el subalterno del funcionario judicial.

Es una escena que no deja de ser paradójica y patética: la naturalidad, originalidad y espontaneidad del testigo tiene que ceder ante la necesidad de registrar textualmente las respuestas; o sea que el *medio* aplicado para conservar la declaración termina siendo más importante que el propio testimonio.

La realidad muestra que el testigo que declara en nuestros procesos judiciales ciertamente está *hablando* mientras declara, pero repárese en que no habla *naturalmente*, como lo hace en sus relaciones intersubjetivas cotidianas; el tiempo en que declara es necesariamente aletargado y antinatural, es un *tiempo irreal de comunicación*, inexistente en el trato diario con los semejantes y en la vida real donde percibió el hecho por el cual se le pregunta.

El testigo en realidad no *habla* cuando declara en nuestros procesos; *dicta*, o "habla para dictar" –más precisamente-, debiendo entonces acoplar su pensamiento y expresión al tiempo de la copia o registro textual de sus manifestaciones.

Es también por eso usual y absurda la clásica imagen de nuestra práctica forense en la cual un declarante, luego de haber expresado una oración o idea al encargado de copiar su declaración, se ve de repente perdido y en consecuencia obligado a interrumpir el curso de su pensamiento –¡y de la diligencia misma!- para preguntar '*dónde iba*'; el motivo: mientras le era copiada textualmente la expresión anterior olvidó la idea de que aquella hacía parte, así como la que continuaba según el orden que llevaba su pensamiento, aletargado por el dictado. Adviértase que el problema no es en esos casos del testigo sino del medio empleado para recoger la declaración.

La conclusión de todo ello es que la declaración tomada por medio del dictado de la misma en un acta que recoge 'textualmente' lo que el testigo va mencionando no opera en el *tiempo real de la comunicación* sino en un tiempo artificioso, con el grave efecto de desnaturalizar el testimonio para finalmente reducirlo a un documento: el producto de un dictado.

Debe entonces concluirse que no es ORAL el testimonio que se recibe mediante el dictado de la declaración para ser copiada textualmente, bien usando el computador, la máquina de escribir o la *caligrafía*, como se hacía en un principio por los *escribientes*.

Y si ello es cierto para el testimonio en general, con mucha mayor razón lo es en enormes proporciones para el *contrainterrogatorio*, en vista de la naturaleza y finalidad de este instrumento de contradicción.

Podría concluirse que el sistema de dictado del testimonio no es estrictamente una declaración 'escrita', pues el testigo en realidad no 'escribe' sino que 'habla'; pero en justicia, tampoco se trata de un testimonio *oral* en el sentido genuino de la palabra: expresión del pensamiento en el *tiempo real de la comunicación*, no alterado por causa del medio utilizado para recoger la palabra.

Podría concederse que el dictado del testimonio es una modalidad que se puede denominar *cuasioralidad*, o *semiescritura*: es oralidad en cuanto el testigo expresa oralmente su pensamiento en la diligencia, es decir: 'habla', no escribe; pero, es escritura en lo que toca con la forma de recoger el pensamiento en un acta: el dictado y la copia textual de la declaración. Es preferible acuñar el término *pseudo-oralidad* para graficar lo que significa el absurdo y medieval procedimiento del dictado de la declaración.

La cultura de la *pseudo-oralidad* está fuertemente arraigada en nuestras tradiciones jurídicas. Se ha dicho con bastante acierto que el *culto a lo escrito* es uno de los elementos que caracterizan nuestro sistema de educación legal.[352] En efecto, en nuestra cultura

352 *Técnicas del Juicio Oral en el Sistema Penal Colombiano. Guía del Docente*, Comisión Interinstitucional para el impulso de la Oralidad en el proceso penal, Quebecor World, Bogotá, 2003 pp. 17-18. Los demás elementos son: *énfasis en los conocimientos teóricos, percepción de la abogacía como una profesión que facilita el enriquecimiento personal y el culto a lo secreto – reservado*.

> Las actuaciones escritas son las únicas que garantizan seguridad y confianza en los procedimientos jurídicos, ya que son la prueba fehaciente de los hechos y del derecho. Lo oral no presta confianza, ya que las "palabras se las lleva el viento". La prueba es mejor controvertirla por escrito, porque de esta manera van quedando constancias del proceso probatorio. La mente del juez no es capaz de asimilar una contradicción oral.[353]

Quizás este sea el obstáculo cultural más grande para una vigencia efectiva del contrainterrogatorio en la práctica judicial de un país, aún dejando de lado la vigencia del sistema acusatorio en materia penal.

Una lectura histórica de la forma en que la Ley ha ordenado recoger en Colombia el testimonio en materia penal demuestra la magnitud del anclaje mental en la *pseudo-oralidad*.[354]

Quizás la mayoría de los operadores jurídicos en materia penal ni siquiera notaron que, con la expedición de la Ley 600 de 2.000, se presentó un cambio de trascendental importancia en cuanto a la forma de recibir el testimonio. La inercia de nuestra práctica forense en cuanto al dictado de la declaración es tan fuerte que, de hecho, a partir del año 2.000, no se presentó ningún cambio perceptible en cuanto a la forma de recoger los testimonios, a pesar de la variación legislativa.

En efecto, mientras el Decreto 2700 de 1.991 **facultó**[355] al funcionario judicial para recoger el testimonio "por cualquier medio electrónico, mecánico o técnico en general", la Ley 600 de 2.000 le impuso ese **deber** al ordenar que "*los testimonios* **serán** *recogidos y conservados por el medio más idóneo.*"

Lo anterior constituye un avance en la medida en que el legislador le ordena a los funcionarios judiciales que reciban el testimonio por *el medio más idóneo*, lo cual dependerá de las circunstancias concretas: el medio más idóneo en abstracto puede ser la grabación mediante el sistema de audio-video, pero en vista de las limitaciones o posibilidades reales del Despacho, y del caso,

353 Ibíd., p. 18.
354 Véase el CUADRO 6. *La forma en que se recoge el testimonio,* en el capítulo sobre *El Contrainterrogatorio en la Tradición Jurídica Colombiana*, Num. 3. La Tradición Legislativa.
355 "... *pudiendo* ser *recogidos...*", artículo 292 Decreto 2700 de 1.991.

es probable que el medio más idóneo sea la grabación magnetofónica; y cuando se trate de un Despacho ubicado en un sitio muy alejado de la civilización puede ser que, en sus circunstancias, el medio más idóneo sea la máquina de escribir. El estenógrafo puede ser también un medio idóneo, pero por razones desconocidas nunca ha sido explorado en nuestro medio.

En todo caso, bajo la vigencia de la Ley 600 de 2.000, el funcionario judicial debe propugnar como imperativo de ley -y no como consejo de buena voluntad- por recoger el testimonio por "el medio más idóneo", *idóneo para permitir la recolección de la deposición de la manera más fidedigna y original* (se precisa).

Aun cuando el Decreto 050 de 1.987 ya había *autorizado* que el testimonio se recogiera por el medio más idóneo, y el Decreto 2700 de 1.991 lo había *ordenado*, lo cierto del caso es que dicho imperativo fue letra muerta en nuestra práctica forense: en general, a partir de 1.987, los funcionarios judiciales no se atrevieron a recoger los testimonios por medio distinto a la *escritura mecanográfica al dictado*. Salvo muy contadas excepciones, perceptibles a medida que se acerca la vigencia de la Ley 906 de 2.004, los jueces penales continúan recogiendo el testimonio mediante el dictado de la declaración por el testigo y su copiado por el subalterno del Despacho.

Llama la atención que este *mandato* del decreto 2700 de 1.991 no tuvo ningún efecto práctico en un país donde el culto a la Ley es tan importante.

Adviértase que el dictado de la declaración ha estado tan arraigado en nuestra tradición jurídica que, hasta el año 1.987, el legislador impuso al secretario del despacho judicial el deber de leer "en alta voz íntegramente" la declaración al testigo que "no quisiere hacer uso de este derecho", todo ello "bajo pena de nulidad de la diligencia."[356]

356 Articulo 245 de la Ley 94 de 1.938 :
"Art. 245. Concluida la declaración, el testigo podrá leerla por sí mismo, y el juez o el funcionario le hará saber que le asiste éste derecho. Si el testigo no quisiere hacer uso de éste derecho, el secretario la leerá en alta voz íntegramente, bajo pena de nulidad de la diligencia, al pie de la cuál se hará mención expresa de tal lectura. El testigo puede hacer las enmiendas, supresiones, adiciones o aclaraciones que tenga a bien, lo cuál se escribirá con toda fidelidad al final de la declaración, sin tachar ni borrar por esto lo que ya esté escrito." (esta norma fue reproducida por el artículo 256 del Decreto 409 de 1.971)

Con tan drástica y dispendiosa medida se pretendía asegurar la **originalidad** de la declaración, haciendo que el testigo constatase él mismo que lo que fue copiado era exactamente lo que él había dicho –o mejor: dictado-; ésto demuestra por sí mismo el alto grado de probabilidad de que en la práctica ocurriera lo contrario con esta forma de recolección del testimonio.

Y es que, hay que decirlo, la creencia de que el dictado de la declaración permite un registro "textual" del testimonio no pasa de ser un mito carente de soporte en la realidad empírica de nuestra práctica forense, donde no es extraño percatarse de que lo finalmente consignado en el papel como 'declaración del testigo', de una u otra forma, altera lo por él exactamente expresado en forma oral; ello ocurre mediante imperceptibles agregados, cercenamientos o síntesis, aún suponiendo que quién copia la declaración esté asistido enteramente por la buena fe.

Y aun cuando mediante el dictado de la declaración se logrará finalmente consignar las respuestas "tal y como las suministre el testigo", eso no significa que la expresión del testigo, traducida a palabras, copiadas refleje natural, espontánea y originalmente su pensamiento. Esto por cuanto el tiempo del registro escrito por el servidor público no coincide con el tiempo de la expresión del pensamiento por el testigo, de donde se deduce que lo finalmente consignado como respuestas "textuales" del testigo no son más que una burda imitación de lo que en realidad el testigo quiso decir en determinada forma.

Incluso la psicología judicial más tradicional ha desaconsejado unánimemente la recepción del testimonio mediante el dictado de la declaración. Dicha sugerencia no involucra autores angloamericanos, lo que indica claramente que no se trata de una crítica ajena a nuestros orígenes y tradiciones.

Ya a principios del siglo XIX, en un célebre pasaje, Locard enseñaba que "una declaración que no haya sido tomada en taquigrafía, es la más vergonzosa mentira del proceso, es la condena absoluta de la prueba testimonial."[357]

357 *Traité de criminalistique*, citado por Altavilla, Enrico, *Sicología Judicial*, Temis, Bogotá, 1975, Vol. II, p. 809-810

Por su parte, E. Mira y López escribió hace ya varias décadas: "El procedimiento seguido de tomar las contestaciones mediante la escritura ordinaria o a máquina tiene el gravísimo inconveniente de ocasionar una pérdida de tiempo que es *siempre* aprovechada por los declarantes para hacer su composición de lugar y poder deformar mejor –en el sentido que les convenga- su declaración."[358]

Todo esto explica por qué los sistemas judiciales que han desarrollado el contrainterrogatorio se han visto obligados, desde centurias, a hacer uso de la *taquigrafía* como medio para recoger el testimonio. Y cabe cuestionarse por que nunca nuestros legisladores -en sus múltiples apariciones, erigiendo Códigos de Procedimiento de tanto en tanto- han introducido este componente a nuestra práctica forense.

En efecto, antes de la aparición de los medios técnicos que hoy se conocen y que sirven eficazmente para recoger las declaraciones[359], la práctica forense inglesa, y posteriormente la norteamericana, recibía el testimonio mediante taquigrafía.

Por eso Bentham aconsejaba algo que seguramente no sería muy bien recibido por nuestros empleados judiciales:"En el *procedimiento público*, solo un taquígrafo podrá seguir de manera exacta y completa todos los aspectos del testimonio. El arte de la taquigrafía debería ser considerado como parte indispensable de los conocimientos de un secretario judicial."[360]

Gorphe indica que la taquigrafía es esencial al contrainterrogatorio en los sistemas angloamericanos, lo que apoya la conclusión, aquí sostenida: *la oralidad hace parte del núcleo esencial de esta garantía*:

> La taquigrafía **es indispensable, aún más que en cualquier otra cosa en el sistema anglo-americano de interrogatorio**

358 Mira y López, Emilio, *Manual de Psicología Jurídica*, El Ateneo, Buenos Aires, 5ª edición, 1961, p. 140. letra resaltada en el texto original.
359 Como es el caso de la grabación por el sistema de audio-video, la grabación de audio, el estenógrafo, entre otros.
360 Bentham, Jeremy, *Tratado de las Pruebas Judiciales*, Editorial Jurídica Universitaria, Serie Clásicos del Derecho Probatorio, México, 2001, p. 99, resaltado en el texto original.

> **cruzado**, practicado en la Audiencia por las mismas partes. Así, en los Estados Unidos especialmente, es corriente servirse de ella, ¡y algunos afirman que estos taquígrafos hacen cien veces más trabajo que los escribanos franceses![361] (s.n.)

Hoy día se tiene noticia de famosos contrainterrogatorios ocurridos hace décadas, o centurias, gracias a este medio de recolección del testimonio. Es posible que con la taquigrafía se pierda un poco en cuanto a la exactitud de la declaración, pero se gana mucho en orden a la naturalidad, originalidad y espontaneidad del testimonio, que es lo que se ausculta finalmente para apreciar el testimonio.

Altavilla va más allá cuando concluye, con razón, que la taquigrafía tiene el inconveniente de que "no se puede revivir el tono de voz, que en ocasiones vale más que las palabras que se pronuncian."[362]

Por eso, ante las inmensas dificultades que para la sana crítica representa la declaración verbal que se pone por escrito, ya en las primeras décadas del siglo XX, los autores aconsejaban el uso de la grabación en la recepción del testimonio.[363] ¡Y aún hoy día muchos de nuestros jueces aducen toda suerte de justificaciones para no hacer uso de una simple grabadora en la recolección de los testimonios![364]

361 F. Gorphe, op. cit., p. 301, el resaltado es propio. Gorphe se refiere a un artículo publicado en 1.917 por ROBERT FERRARI, de Nueva York, titulado *"Comparación du Sistéme anglo-americain des regles de preuve et de la procédure dans les tribunauz de yere instance en France"*.
362 E. Altavilla, op. cit., Vol. II, p. 817.
363 "De aquí que BERARDI y otros hayan propuesto el uso de la grabadora, para conservar inclusive la entonación exacta de la voz, que tanto influye para dar uno u otro significado a una misma frase." (E. Altavilla, op. cit., Vol. II, p. 817).
364 En nuestra práctica forense se han escuchado toda suerte de razones para no acceder a grabar los testimonios. Algún juez indicó en una oportunidad que no era necesario grabar porque su subalterno poseía una especial destreza para la digitación en el computador; otros han señalado lo dispendioso de la transcripción de la grabación, aún cuando la Ley no la exige en materia penal; otros han señalado la falta de recursos y, cuando se ha ofrecido poner a disposición los medios pertinentes para grabar, se ha negado la solicitud aduciendo que es el Estado quien debe suministrar dichos medios; otros han señalado que la grabación no permite consignar situaciones importantes para comprender a cabalidad lo que se dice, como se dice y a quien se lo dice, a saber: sonrisas, o miradas del testigo, etc., por lo que han procedido a recoger la diligencia mediante el método tradicional del dictado en acta; otros, ante la evidencia de que la Ley 600 de 2.000 *exige* recoger el testimonio por el *medio más idóneo* han explicado que el medio más idóneo es *el que el juez determine como tal*, convalidando así la opción del juez por el dictado. Otros manifestaron su oposición a la grabación a partir de la no entrada en vigencia del sistema acusatorio, etc.

La oralidad hace parte del núcleo esencial del contrainterrogatorio por cuanto, como enseña F. Lee Bailey[365], la *velocidad* es uno de los principales elementos de un buen contrainterrogatorio: "Un testigo que diga menos que la verdad absoluta necesita *tiempo* para meditar sus respuestas y darles forma, un tiempo que no hay que permitirle. Un interrogatorio* eficiente tiene que llevarse a cabo a un ritmo casi implacable, uno que no le da al testigo que trata de fabricar sus respuestas el tiempo suficiente para lograrlo."

De hecho, existe una relación directamente proporcional entre la *forma de recoger* el testimonio y la *eficacia* del contrainterrogatorio: mientras *menos* originalidad, naturalidad y espontaneidad permita el medio empleado *menor* será la eficacia del contrainterrogatorio.

Para que el contrainterrogatorio pueda operar eficazmente y a plenitud es necesario que la forma de recolección del testimonio le permita al testigo expresarse de manera original, natural y espontánea, es decir, en el tiempo real de la comunicación y sin alteraciones originadas en el medio de conservación empleado.

Esto solo se logra mediante métodos de recolección del testimonio que permitan que la declaración se reciba en el tiempo real en que ella es producida. Por eso se afirma responsablemente que jamás será posible *contrainterrogar eficazmente* a un testigo si su declaración se recoge mediante el sistema del dictado imperante en nuestro medio.

El dictado de la declaración afecta el núcleo esencial del derecho al contrainterrogatorio por cuanto propicia las condiciones para que la respuesta del testigo no sea *pronta* y, con ello, original, natural y espontánea.

Ya Bentham demostró con lucidez, hace casi dos siglos, que la *prontitud de la respuesta* es una las razones que permite concluir la superioridad del "interrogatorio oral dirigido públicamente

365 Bailey, F. Lee, *Como se ganan los juicios. El abogado litigante*, Editorial Limusa – Grupo Noriega Editores, México, Novena reimpresión, 2.002, p. 157, resaltado en el texto original.
* "En este libro, cuando se habla de interrogatorio debe entenderse como repreguntas", es nota del traductor de la obra en cita, Ibíd., p. 145.

en presencia del juez entre las partes" por sobre las demás formas de interrogatorio:

> 1. **Prontitud de la respuesta.** Cuanto más rápido se dé, menos podrá ser premeditada; de ahí el grado de seguridad que presenta contra la mentira. Mentir es inventar y, conforme a la experiencia universal, se puede establecer como axioma que *la memoria es más rápida que la imaginación*, más pronta para los relatos enlazados que tengan carácter de verosimilitud y que puedan afrontar la prueba de un examen contradictorio.[366]

Conviene aclarar que la expresión "examen contradictorio" equivale a contrainterrogatorio (*cross-examination*), tal y como expresamente se señala en otro célebre pasaje de la obra de Bentham[367]. Y llama la atención, asimismo, que Bentham señale que este "examen contradictorio" es la *prueba* que deben afrontar los relatos enlazados que tengan carácter de verosimilitud; pero, nótese que eso es algo que solo puede suceder en una forma de recolección de la diligencia que permita la "*prontitud de la respuesta*".

La importancia de la oralidad en el sentido que se la viene definiendo es, entonces, de absoluta relevancia para determinar el verdadero contenido del derecho al contrainterrogatorio.

La psicología judicial confirma que la *prontitud de la respuesta* es un poderoso indicio de veracidad, aspecto esencial en un mecanismo cuya finalidad esencial es "refutar, en todo o en parte, lo que el testigo ha contestado."[368]

Al respecto, Altavilla enseña: "El hacer repetir la pregunta, tanto como el fingir no haberla entendido, son medios para ganar tiempo y reflexionar, cuando no se tiene lista la respuesta."[369]

366 J. Bentham, op. cit., p. 81, negrillas en el texto, excepto subrayas
367 "La jurisprudencia inglesa es la primera en la que se han obviado esos peligros, al dar a las partes la facultad de interrogar a los testigos; y ello ha dado a esa jurisprudencia un término apropiado para el efecto: *cross examination*, examen contradictorio." (J. Bentham, op. cit., p. 93, resaltado en el texto original.)
368 Artículo 393 de la Ley 906 de 2.004, "*Reglas sobre el contrainterrogatorio*".
369 E. Altavilla, *Psicología Judicial*, Vol. II, Temis, Bogotá 1975, p. 868. Sin embargo debe señalarse que la dilación en la respuesta no *necesariamente* es sinónimo de mentira, como lo advierte el propio Altavilla, citando a Rosadi, al tratar el interrogatorio del acusado: "... con frecuencia el acusado no responde con precisión a la pregunta, finge no haber comprendido y trata de todas maneras de tomarse el tiempo necesario para reflexionar sobre la respuesta que debe dar o para distraer la atención de quién lo interroga.
Pero ¿puede afirmarse que ésta actitud sea característica del culpable? En absoluto; el inocente, ante una pregunta cuya finalidad no comprende o en la cual teme una insidia, puede quedar

De lo expuesto se concluye que el 'dictado' del testimonio es un elemento nefasto que contribuye objetivamente a la falsedad de las declaraciones; ello no significa que toda declaración recibida por medio de ese arcaico[370] e ingenuo[371] procedimiento necesariamente sea falsa, sino que ese es el caldo de cultivo para que el testigo preparare las contestaciones a medida que se copian las preguntas y las respuestas, creándose el espacio para falsear la espontaneidad natural del pensamiento que se debería manifestar en un testimonio judicial.

La finalidad confrontativa del contrainterrogatorio, así como su naturaleza de *máquina legal para el descubrimiento de la verdad* (Wigmore), se ven neutralizadas en un sistema de recolección del testimonio que no permita al testigo expresar su pensamiento en el *tiempo real de la comunicación humana*.

Gorphe, al comentar el sistema judicial inglés, señala que éste "permite los efectos de la sorpresa, al dejar el interrogatorio al cuidado de los abogados en la vista, sin instrucción judicial previa;"[372] pero a renglón seguido cita a Selden Bacon, quien refiriéndose al sistema francés concluyó al estudiar el sistema probatorio en los países del *common law:*

> "...la sorpresa **resulta imposible** en un sistema donde el interrogatorio está reservado al presidente o al juez, y en el cual la repetición de la pregunta por este último, o solamente el que aprueba la interrogación, **retrasa la respuesta y deja tiempo para prepararla.**[373] (s.n.)

vacilante, puede sentir la necesidad de reflexionar o inclusive de no responder.
¡Cuantas veces la inocencia es víctima del juego cruel de un juez que , sutilizando alrededor de pequeñas inexactitudes, de ligeras contradicciones, llega a hacerlas tan grandes que le da al interrogado apariencia de culpabilidad! Diré algo mas; el reo, que tiene su plan de defensa preconcebido, está las más de las veces preparado para responder; el inocente, frente a una pregunta cuyo fin recóndito no comprende, se queda perplejo, temiendo crear un indicio en su contra." (E. Altavilla, op. cit., Vol. II, p. 544).

370 Porque, como se vio, desde hace cientos de años se conoce y aplica la taquigrafía como forma para recoger el testimonio a fin de facilitar la naturalidad, originalidad y espontaneidad de la declaración.

371 Pues permite al testigo preparar las respuestas (presupuesto para alejarse de la verdad) y, aún así, confía, supone o espera que no se faltará a la verdad.

372 F. Gorphe, *Apreciación Judicial de las Pruebas,* Temis, Bogota, 1985, p. 347 – 348.

373 Ibíd., pie de página 116. La obra de H. SELDEN BACON, citada por Gorphe, escrita en francés para el año de 1.930 y publicada en el boletín de la sociedad de legislación comparada, se titula *"Le systeme de la preuve dans les pays de Droit coutumier (common law), ses origines et ses effets"*

Además de lo expuesto, la *oralidad* como elemento consustancial al contrainterrogatorio se ve desconocida con la práctica del dictado de la declaración en la medida en que ello implica parcialmente la *pérdida del efecto útil* de la Ley en punto a la apreciación del testimonio. En otras palabras, la recolección del testimonio mediante el dictado conlleva a inaplicar uno de los mandatos legales para apreciar el testimonio.

Sabido es que para apreciar el testimonio se debe atender "a la forma como hubiere declarado" el testigo.[374] Significa ello que será inconstitucional una práctica judicial, o una norma, que *propicie la inaplicabilidad* de este criterio de valoración probatoria que el legislador quiso expresamente fuese tenido en cuenta por el funcionario judicial.

En efecto, todo sistema que modifique la expresión natural en que consiste el testimonio implica la inaplicación de este criterio de sana crítica. No sobra decir que las constancias escritas, en el contexto de una declaración dictada, son apenas un pálido reflejo de la forma en que declaró el testigo.[375]

El sistema escritural obliga a esperar un tiempo mientras se copian tanto la pregunta como la respuesta, lo cual modifica o altera el curso natural de la expresión oral en que tiene que consistir un verdadero testimonio: un intercambio o diálogo que fluye en *tiempo real*, aquel en el que se expresan las personas en la vida diaria, en la realidad, y que es el que permite apreciar la credibilidad o incredulidad en cuanto a *la forma de la expresión*.

Para calibrar la credibilidad del testigo, y en últimas para apreciar su testimonio, resulta fundamental el comportamiento del testigo y la observación de la forma de sus respuestas bajo con-

374 Artículo 277 de la Ley 600 de 2.000: "Criterios para la apreciación del testimonio. Para apreciar el testimonio, el funcionario tendrá en cuenta los principios de la sana crítica y, especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuáles se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, a la personalidad del declarante, **a la forma como hubiere declarado** y las singularidades que puedan observarse en el testimonio." (s.n.)

375 Son las clásicas constancias, tan comunes en nuestra práctica forense, como que "el declarante (o el sindicado) piensa ...", "sonríe", "se toca la barbilla", etc., y muchas otras que jamás reflejarán la realidad de la forma en que declaró el testigo si la diligencia se recogiese *oralmente*, en el verdadero sentido de la palabra.

trainterrogatorio. Es lo que en la doctrina angloamericana del contrainterrogatorio se conoce como *demeanor:* el comportamiento del testigo mientras declara y la forma en que lo hace.[376]

Esto por cuanto en el contrainterrogatorio se está poniendo a prueba lo que ya declaró el testigo en el interrogatorio directo. Dicho momento de la declaración es entonces concluyente para establecer la credibilidad del testigo y del testimonio.

No es por eso casual, o novedoso, que la Ley 906 de 2.004 señale en su artículo 404 que, para apreciar el testimonio, el juez tendrá en cuenta "el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad."[377]

Aun dejando de lado esta norma es evidente que *el comportamiento del testigo durante el contrainterrogatorio* es un criterio fundamental para apreciar el testimonio en todo tipo de proceso, por cuanto dicha expresión queda cobijada dentro de la más amplia referente "a la forma como hubiere declarado."

La hermenéutica enseña que es inconstitucional toda interpretación o práctica jurídica que conduzca a la inaplicación de la norma interpretada, o a la pérdida de su efecto útil. En esa medida es inconstitucional la recolección del testimonio por un medio que no permita la puesta en práctica de alguno de los criterios legalmente consagrados para apreciar el testimonio.

Es el caso de la recolección del testimonio mediante el dictado de la declaración, como tradicionalmente ocurre en nuestra práctica forense, pues dicho procedimiento implica en la práctica la desnaturalización de uno de los criterios para apreciar el testimonio, concretamente el que exige tener en cuenta "la forma como hubiere declarado" el testigo.

376 Este es uno de los medios de impugnación o tacha del testigo, según se verá en el capítulo sobre *La Técnica de Impugnación*, Num. 3.5. *El comportamiento del testigo durante el contrainterrogatorio como criterio de impugnación.*

377 "Artículo 404. *Apreciación del testimonio.* Para apreciar el testimonio, el juez tendrá en cuenta los principios técnico-científicos sobre la percepción y la memoria y, especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuáles se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, **el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad**." (s.n.)

Porque si bien con este tipo de recolección del testimonio se puede de alguna manera apreciar "la forma en que el testigo declara", lo cierto es que esa "forma", por la naturaleza de las cosas, no es la original, espontánea y natural del testigo; es una forma adulterada y artificiosa porque desconoce *el tiempo real de la comunicación humana*.

Es pues esta otra razón para concluir en la necesidad de recibir los testimonios "por el medio más idóneo," que no es otro que aquél que permite al testigo manifestarse en tiempo real. Solo así se podrá garantizar el núcleo esencial del contrainterrogatorio en lo que a *oralidad* se refiere.

Estas conclusiones son aplicables a todo tipo de proceso judicial donde quiera que se reciba prueba testimonial.

En buena hora la Ley 906 de 2.004, al consagrar un sistema acusatorio público, oral, contradictorio, concentrado, imparcial, con inmediación de las pruebas y sin dilaciones injustificadas, romperá con la perniciosa tradición del dictado de las declaraciones, al menos en materia penal por el momento. En efecto, el artículo 9 de la Ley 906 de 2.004 dispone:

> Artículo 9º. *Oralidad*. La actuación procesal será oral y en su realización se utilizarán los medios técnicos disponibles que permitan imprimirle mayor agilidad y fidelidad, sin perjuicio de conservar registro de lo acontecido. A estos efectos se dejará constancia de la actuación.

Y el artículo 146.4 de la misma Ley prescribe:

> Artículo 146. *Registro de la actuación*. Se dispondrá el empleo de los medios técnicos idóneos para el registro y reproducción fidedignos de lo actuado, de conformidad con las siguientes reglas, y se prohíben las reproducciones escritas, salvo los actos y providencias que este código expresamente autorice:
>
> (...)
>
> 4. El juicio oral deberá registrarse íntegramente, por cualquier medio de audio-video, o en su defecto audio, que asegure fidelidad.

> El registro del juicio servirá únicamente para probar lo ocurrido en el juicio oral, para efectos del recurso de apelación.

Y seguramente con el propósito de que la opción del legislador por la oralidad en los procesos penales destruya totalmente la inercia cultural del 'dictado', y a fin de evitar *que todo cambie para que siga siendo igual*, el artículo 163 de la Ley 906 de 2.004 de forma terminante dispone:

> Artículo 163. *Prohibición de transcripciones.* En desarrollo de los principios de oralidad y celeridad las providencias judiciales **en ningún caso se podrá (sic) transcribir, reproducir o verter a texto escrito apartes de la actuación**, excepto las citas o referencias apropiadas para la debida fundamentación de la decisión. (s.n.)

3.3. Su naturaleza sugestiva

Fue dedicado un extenso capítulo exclusivamente a tratar la licitud de la pregunta sugestiva en el contrainterrogatorio.[378]

Retomando lo expuesto en dicho capítulo, se procede ahora a demostrar que *la posibilidad de formular preguntas sugestivas hace parte del núcleo esencial del derecho al contrainterrogatorio*.

Esto no significa que quien repregunta *deba* formular preguntas sugestivas durante el contrainterrogatorio. Como cuestión de derecho significa que el contrainterrogador *puede* formular preguntas sugestivas, y que esa posibilidad está garantizada por la naturaleza misma del derecho al contrainterrogatorio. Sin embargo, como cuestión de técnica, *deberían* siempre formularse preguntas sugestivas.[379]

El que un derecho comprenda determinados comportamientos posibles en su contenido esencial no significa que su ejercicio necesariamente tenga que involucrar esos comportamientos.

378 Véase el capítulo sobre *La Pregunta Sugestiva en el Contrainterrogatorio*.
379 Como se explica en el capítulo sobre *Las Reglas del Contrainterrogatorio*, una de ellas consiste, por norma general, en formular preguntas sugestivas durante el contrainterrogatorio.

Lo que significa es que esas conductas *no pueden ser prohibidas* porque hacen parte del núcleo esencial del derecho.

Por ejemplo, el que la acción A *pueda* realizarse al amparo del derecho D no significa que cuando se ejerza D *tenga* que llevarse a cabo A. Significa que A *no puede prohibirse* a quien ejerza D. El ejercicio de D puede involucrar muchas acciones posibles, de donde A es apenas una de ellas; de ahí se concluye que A no comprende todos los comportamientos posibles protegidos por D; A es una *facultad* del titular del derecho D.

Eso sucede con el carácter sugestivo del contrainterrogatorio. Su núcleo esencial ampara al titular del derecho la *potestad* jurídica de formular preguntas sugestivas, lo que significa que no es lícito prohibir ese comportamiento a quien decida asumirlo; pero el no ejercicio de esta potestad jamás desdibuja ese ámbito de comportamiento como protegido por el núcleo esencial del derecho.

Es por lo anterior que en la práctica forense resulta posible conducir un contrainterrogatorio con preguntas abiertas, sin que por ello se desnaturalice el derecho al contrainterrogatorio.

Ahora bien, la formulación de preguntas sugestivas hace parte del núcleo esencial del derecho al contrainterrogatorio por lo siguiente:

En un contexto general, las preguntas que pueden configurar el examen de un testigo pueden ser de dos tipos:

1. Preguntas abiertas.

2. Preguntas cerradas o sugestivas.

Obviamente esta clasificación admite niveles, pues, por ejemplo, es posible establecer "una serie de gradaciones en la *sugestibilidad* de las preguntas".[380]

Pero dejando de lado las clasificaciones pregonables de estas dos grandes categorías, se puede concluir provisionalmente que

380 Véase F. Gorphe, *La Crítica ...*, p. 299. Según se expuso antes, Gorphe establece una clasificación de las preguntas sugestivas que concreta en siete tipos de preguntas que son de una "sugestividad creciente".

un testigo puede ser examinado *desde dos puntos de vista*, atendiendo a la forma de las preguntas: interrogatorio *abierto* e interrogatorio *sugestivo*.

De otro lado, en todo proceso judicial donde exista enfrentamiento de posiciones necesariamente al menos dos partes representarán intereses en pugna. Por eso, cuando un testigo declara en un proceso, usualmente su declaración se asume de manera distinta por las partes enfrentadas, atendiendo al papel que juegue aquél frente al interés que éstas representan. Y esto sin tener en cuenta, como enseña K. Hegland, que: "Sea cual fuere la razón –aunque se trate solo del halago de ser convocado como testigo por una de las partes-, muy pocos testigos muestran una actitud desprovista de parcialidad, lo cual perjudica la búsqueda de la verdad."[381]

Cada parte enfrentada en un proceso tiene un enfoque propio del caso, en lo fáctico, jurídico y probatorio; es decir, una teoría del caso, una "verdad" que narrar y probar al juzgador.

Dicho esto, es fundamental entender que *el examen de los testigos es un escenario para que las partes le hagan conocer al juzgador la verdad que pretenden demostrar*.

En general puede decirse que el interrogatorio del testigo mediante el formato de las preguntas abiertas permite a quien presentó la prueba presentar su teoría del caso.

Si no se permitiera a la parte contraria examinar al testigo *de una forma distinta* a la utilizada por quien lo propuso, el resultado sería la repetición del enfoque seguido en el interrogatorio directo, con el efecto perjudicial de que esa parte no podría eficazmente presentar directamente su teoría del caso a través del testimonio adverso.

De esta forma se generaría una situación desigual: la parte que propuso al testigo podría presentar su teoría del caso mediante el interrogatorio abierto; pero como la contraparte no puede formu-

381 Hegland, F. Kenney, *Manual de Prácticas y Técnicas Procesales*, Heliasta, Buenos Aires, 1995, p. 111.

lar preguntas sugestivas tendría que hacer nuevamente un examen de formato abierto, con la consecuencia de que se verá limitada para subrayar los aspectos de su teoría del caso implicados con ese testigo y que necesita sean conocidos por el juzgador.

La idea central que cierra este argumento es simple: la pregunta sugestiva es el formato de interrogación que *permite examinar al testigo desde un punto de vista diferente* al presentado por quien lo interrogó. Y más aún: la pregunta sugestiva es el único formato de interrogación que *permite resaltar los hechos que componen la teoría del caso de quien contrainterroga*.

Véase esto con más detenimiento:

P. Bergman enseña que en el contrainterrogatorio, en su forma típica, todo consiste en *orientar el testimonio hacia un blanco*, es decir, hacia *temas discretos*. [382] En este sentido, gráficamente expresado, la labor del contrainterrogador es similar a la de un francotirador que selecciona cuidadosamente los objetivos a impactar.

En otras palabras: en el contrainterrogatorio no se intenta narrar una historia ni una relación cronológica de hechos. Se trata de *subrayar temas* que son relevantes o favorables para la teoría del caso de la parte que contrainterroga.

Lo que se hace en un contrainterrogatorio mediante las preguntas sugestivas es concentrarse en esos *fragmentos de evidencia favorables* para extraerlos de la boca del testigo adverso; de esta manera "uno maximiza la posibilidad de que el juzgador reconozca el significado del testimonio durante la repregunta."[383]

La esencia del poder del contrainterrogatorio, la fuente de su fuerza, consiste en que al enfocarse sobre algunos *temas como blanco* "uno puede originar en un juzgador la impresión general de que el testigo de la contraparte no fue especialmente perjudicial para nuestro caso."[384]

382 Bergman, Paul, *La Defensa en Juicio. La defensa penal y la oralidad*. Abeledo Perrot, Buenos aires, Segunda Edición, 1995, p. 134.
383 Ibid, p. 136.
384 Ibid.

De ahí la diferencia dramática de enfoque entre el formato del interrogatorio directo y el del contrainterrogatorio, exactamente expresada por Bergman:

> En el interrogatorio directo, uno intenta demostrar la exactitud y la confiabilidad del testimonio. Una historia nos permite desarrollar una versión coherente de los hechos, la cual coincide con las experiencias del juzgador. En la repregunta, no nos interesa una historia, sino fragmentos de evidencia que pueden ser útiles. La riqueza contextual que tiende a caracterizar a las historias en el interrogatorio directo solo servirá para oscurecer nuestros blancos en la repregunta.[385]

Es esta distinta forma de presentar la evidencia lo que explica por qué la pregunta sugestiva es elemento de la *esencia* del contrainterrogatorio: sin ella la contraparte no podría examinar al testigo en forma distinta de como ya fue examinado, no podría presentar eficazmente la historia contraria a aquella que ya fue presentada mediante el interrogatorio directo.

Ahora se mostrará que relación guarda la formulación sobre el *testimonio orientado hacia un blanco* con el tema de las preguntas sugestivas. La relación es sustancial:"Las preguntas sugestivas son la clave de la repregunta orientada hacia un blanco."[386]

Aquí se aprecia la diferencia fundamental de enfoque que existe entre formular *preguntas abiertas* y *preguntas cerradas*, en el marco de un contrainterrogatorio:"... la respuesta de un testigo a una pregunta abierta probablemente será diferente del punto específico en que deseamos que el juzgador concentre su atención."[387]

Y si esto sucede, la esencia y la virtud del contrainterrogatorio disminuye ostensiblemente, cuando no desaparece, pues no se cuenta con el poder de "limitar la respuesta de un testigo a la evidencia contenida en la pregunta,"[388] con lo que se desvirtúa el objetivo general del contrainterrogatorio, que es "convertir la evidencia específica en blanco de atención del juzgador."[389]

385 Ibid, pp. 135-136.
386 Bergman, Paul, op. cit., p. 140.
387 Ibíd.
388 Ibíd.
389 Bergman, Paul, op. cit., p. 141.

Todo esto revela la importancia decisiva de la pregunta sugestiva en el contrainterrogatorio, al punto que ella hace parte de la esencia de la garantía: esta manera de preguntar encaja perfectamente en la dialéctica del proceso entre partes enfrentadas (adversarios), pues permite que la contraparte presente al juez la "otra faceta de la verdad" a través del testimonio adverso.

Desde nuestra tradición jurídica, ajena al contrainterrogatorio, podrá objetarse que para presentar "otra faceta de la verdad" existe el espacio reservado a los alegatos de conclusión mediante la tradicional y elocuente oratoria forense. A ello la doctrina del contrainterrogatorio contesta que la elocuencia puede desplegarse en el examen de los testigos tanto como en los alegatos.[390]

En el contrainterrogatorio cada pregunta sugestiva aprehende un fragmento de la verdad sostenida por quien examina al testigo, por lo que éste deberá, en justicia, coincidir, no coincidir, "no recordar" o "no saber" lo que se le pregunta.

De ahí que "si una pregunta sugestiva aprehende por lo menos una faceta de lo que el testigo cree verdadero, él puede confirmarlo, **a pesar de que no habría tomado la iniciativa de formular esa respuesta**."[391]

El aspecto que se acaba de resaltar es fundamental para terminar de asimilar la necesidad, utilidad e importancia de la pregunta sugestiva en el contrainterrogatorio.

En efecto, podría argumentarse que "la verdad es una sola y la misma" por lo que, igualmente, puede obtenerse mediante el formato de preguntas abiertas, de donde no sería necesario entonces permitir la formulación de preguntas sugestivas.

Esa apreciación es cierta, pero solo en teoría, ya que *desconoce la naturaleza humana*. Si se medita a conciencia sobre la práctica forense se concluirá que esto último es verdad. En efecto, para ilustrar el punto, analícese el siguiente ejemplo propuesto por Bergman.[392]

390 Francis L. Wellman, *The Art of Cross-examination*, Dorset Press, New York, Fourth Edition, Revised and Enlarged, 1986, p. 15: "*There is eloquence to be displayed in the examination of the witnesses as well as on the argument.*"
391 Bergman, Paul, op. cit., p. 142, s.n.
392 Ibíd, p. 143.

En un caso laboral se contrainterroga al ex vendedor de una librería, quien demandó a su empleador por despido injusto. El demandante considera que fue despedido por el solo motivo de su edad avanzada, negando cualquier falla en el desempeño de sus labores que justificara la desvinculación.

Por su parte, el demandado afirma que despidió al trabajador porque no cumplía con el procedimiento de ventas que le exigía registrar el nombre, la dirección, la edad aproximada y las preferencias de los clientes en el área de lectura.

Durante el interrogatorio directo el ex empleado reconoció que a menudo no cumplía el procedimiento de venta, *pero lo hizo a su modo y por su iniciativa*, subrayando y enfatizando ciertos hechos que *según él* lo justificaban; de esa forma el demandante materializa su debido proceso en cuanto oportunidad para expresar *su verdad* sobre los hechos.

Pero cuando la parte adversa pregunta la situación difiere. Este sería el intercambio durante el contrainterrogatorio:

P: ¿Usted consideraba que (ese procedimiento de ventas) era una mala práctica comercial?

C: Así es.

P: ¿Usted creía que podía alejar de la librería a los clientes?

C: Bien, sí.

P: Si usted fuese el propietario, no habría instituido ese método comercial, ¿verdad?

C: No. No lo habría hecho.

P: ¿Usted creía que el propietario se equivocaba al instituir ese sistema de ventas?

C: Sí.[393]

Nótese como la contraparte concentra la atención del juzgador en una *determinada faceta de la verdad* (la desobediencia

393 Ibíd.

del vendedor en el cumplimiento de sus deberes, impuestos por el empleador para desempeñar su oficio), y eso solo lo puede hacer gracias a las preguntas sugestivas, que aprehenden esos fragmentos sugiriendo determinadas respuestas.

De ahí que si no se permitiese formular preguntas sugestivas durante el contrainterrogatorio, obligando seguir el esquema de las preguntas abiertas[394] *muy probablemente no se podrá obtener la misma información* que surgió con las preguntas sugestivas, así sea, aparentemente, el "mismo hecho" o la "misma verdad".

En efecto, ante preguntas abiertas en el contrainterrogatorio el empleado pudo haber contestado que a veces sí aplicaba el procedimiento; que a veces el volumen de su actividad le impedía obtener la información requerida por el empleador; que los clientes parecían faltar a la verdad; que muchos de ellos se molestaban; y que él pudo comprobar que eso afectaba las ventas en el futuro (y con ello los intereses del empleador) porque observó que los clientes preferían comprar en una librería donde no les hicieran esas preguntas, etc.

Adviértase que aun cuando esas también son facetas de la verdad *no son las facetas de la verdad que promueven la causa de la parte que contrainterroga*.

Y desde el punto de vista constitucional es fundamental entender que la contraparte tiene el derecho a un escenario en el que el juez conozca, escuche y vea la faceta de *su* verdad por la boca del testigo que declara en contra de sus intereses.

De ahí que la doctrina sostiene, con razón, que "solo a través de las preguntas sugestivas uno puede concentrar la atención en facetas específicas que constituyen evidencia útil."[395]

De no ser así sobraría una de las partes enfrentadas en el litigio al momento de escuchar a los testigos, ya que todas las preguntas abiertas con relación a una causa son sustancialmente

394 Del estilo: ¿cuales fueron los motivos que lo llevaron a eludir el procedimiento de ventas?
395 Bergman, Paul, op. cit., p. 143.

las mismas; las 'vías' para llegar a la información "verdadera" serán siempre preguntas del tipo "cómo","cuándo","por qué","para qué", etc.

Es más, podrían hasta excluirse las dos partes en litigio al momento de practicar el interrogatorio, pues, el propio juez o magistrado podría formular los interrogatorios con preguntas abiertas para encontrar "la verdad única" del proceso. Poco hay que comentar a un enfoque tan dictatorial del proceso, vigente en tiempos superados, como que anula la dialéctica y la demostración.

Si hay dos partes enfrentadas en un proceso judicial la justicia misma se beneficia escuchando las versiones de la historia directamente presentadas por ellas a través de la boca de los testigos y por medio del interrogatorio a su cargo; ésto, aplicado al contrainterrogatorio, se traduce en que *la única forma en que la parte contraria puede presentar "su historia" es mediante las preguntas sugestivas.*

Imagínese la obtención de la verdad en el interrogatorio de los testigos como un proceso consistente en iluminar un objeto que se encuentra en la penumbra ubicado en el medio de las dos orillas de un río.

De un lado, la parte que formula el interrogatorio directo al testigo por ella convocado proyecta sobre el objeto una fuente de luz desde donde realiza sus preguntas, es decir, *desde una orilla del debate*; así, realza aquellas cosas que favorecen la causa de su cliente y presenta la historia de su caso al juzgador, en otras palabras, expone la verdad de su causa. Obviamente su forma de interrogar está sujeta a reglas que aseguren la presentación *objetiva* de la prueba, para que el interés de esa parte no pese más que el interés de la justicia.[396]

De otro lado, la parte contraria proyecta sobre el objeto en penumbra su propia fuente de luz para hacerlo también visible, *pero desde la otra orilla del debate*, presentando su historia, la verdad

396 Por ejemplo, la prohibición de sugestión, el deber de no pedir opiniones, conclusiones o argumentos, etc.

de su causa; de esta manera realza aquellos fragmentos de evidencia que favorecen su caso, y que probablemente fueron omitidos o subvalorados en el interrogatorio directo (con o sin razón; eso lo decidirá el juez). Esta también es una faceta de la verdad.

El resultado de todo ello es que con esta "doble iluminación" del objeto, desde *ambas orillas del río,* el juzgador puede hacerse una idea más completa de como es en realidad el objeto, tomando así una posición sobre el *quid* del debate probatorio: que prueba el testigo (objetivamente) y que alcance le merece su credibilidad (subjetivamente).

De todo esto se concluye en punto a la pregunta sugestiva en el contrainterrogatorio: la iluminación del objeto por la parte contraria solamente es posible mediante la utilización de *preguntas sugestivas*.

Si la pregunta sugestiva no hiciese parte del núcleo esencial del contrainterrogatorio, entonces el legislador o el juez podrían prohibirla; y si ello sucede, para iluminar el objeto en penumbra la parte adversa tendría que tomar prestado el mismo haz de luz aplicado por quien interrogó al testigo, marginando así su teoría del caso del conocimiento del juzgador.

La pregunta sugestiva en el contrainterrogatorio materializa la posibilidad de participar en condiciones de igualdad en todo el proceso de contradicción y debate que se lleva a cabo con la presentación de testigos.[397] La parte que interroga maximiza la presentación de su caso mediante las *preguntas abiertas*; la posibilidad de hacer lo propio por quien contrainterroga solo se posibilita con el formato de preguntas sugestivas.

3.4. Es un acto de postulación discrecional pero vinculante para el Estado cuando configura la estrategia de defensa

Un testimonio perjudicial o adverso puede ser controvertido por la parte afectada mediante diversos mecanismos a su alcance dentro del respectivo proceso judicial, por ejemplo:

397 Ley 74 de 1968, artículo 14-3-d; Ley 16 de 1972, artículo 8-2-f; Corte Constitucional, sentencia T-055 de 1.994.

a) Mediante la presentación de pruebas para refutar o desacreditar el testimonio de cargo, ya sea con testigos o peritos de descargo, con documentos, etc.

b) Con la presentación de alegaciones o argumentos que cuestionen el alcance perjudicial, la credibilidad o la veracidad del testimonio de cargo.

c) A través de la utilización de recursos o incidentes para cuestionar el testimonio, con el mismo propósito acabado de mencionar: para que los funcionarios judiciales valoren el testimonio adverso en sentido favorable a la parte afectada.

Estos medios de contradicción presentan una característica común: su ejercicio no coincide en el tiempo con la práctica del testimonio adverso que se quiere controvertir. En efecto, en todos estos casos la *formación* de la prueba se presenta en un cierto momento (cuando se lleva a cabo la diligencia donde se escucha al testigo adverso), mientras que el *control* de la misma por la parte afectada ocurre con posterioridad y en otro escenario (alegaciones, recursos, declaraciones de otros testigos, etc.)

Sin embargo, junto con los medios de controversia de la prueba testifical adversa acabados de relacionar la "persona acusada de un delito" también tiene a su disposición la posibilidad y oportunidad de "interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo", es decir, de *materializar la contradicción de la prueba testifical adversa mediante el contrainterrogatorio*.

En este evento, a diferencia de los anteriores instrumentos de contradicción, la *formación* de la prueba coincide, en el mismo momento, con su *control* por la parte contraria: cuando se lleva a cabo la diligencia donde se escucha al testigo adverso.

Por lo hasta aquí expuesto se concluye, como primera premisa de esta exposición, que *en principio* el contrainterrogatorio es *apenas uno* de los varios instrumentos u opciones que tiene a su alcance el acusado para controvertir la prueba testimonial de cargo.

De ello se sigue, entonces, que la persona acusada de un delito no tiene un *deber* u *obligación* de encauzar la contradicción del testimonio adverso mediante el contrainterrogatorio; *puede* ha-

cerlo si lo encuentra pertinente para satisfacer sus intereses dentro del proceso. De ahí que no se genere ninguna situación antijurídica si se opta por controvertir el testimonio adverso por otro medio que no sea el contrainterrogatorio. La existencia misma del denominado por la doctrina 'contrainterrogatorio silencioso' demuestra que esto es exacto[398].

Antonio Rocha, hace ya más de medio siglo, expresaba esta idea al referirse a las repreguntas, señalando que "no siempre la declaración es asistida por una repregunta. No. Y eso no le quita la verdad al dicho. Es un derecho del cual puede hacer uso o no la contraparte."[399]

En el mismo sentido se ha pronunciado invariablemente nuestra Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, cuando advierte que el derecho de contradicción no es *reductivo*, lo que significa que *no se reduce* al contrainterrogatorio de los testigos.[400]

El pensamiento de la Corte al respecto aparece adecuadamente plasmado en la sentencia del dos de octubre del 2001[401], donde se dijo:

> Por ello se ha dicho que también se conserva en altísimo grado la *controversia* si los sujetos procesales gozan de la *probabilidad* llana de problematizar la declaración con base en el acta de testimonio levantada con toda la legalidad, de analizarla como integrante y a la luz de todo el haz probatorio, de hacer ver al funcionario judicial el criterio de la "parte" sin cortapisa alguna y de acudir a las impugnaciones en pos de insistir en la propia opinión.
>
> Este punto de vista, acoplado sin duda a las tesis dominantes ecuménicamente, es el seguido por la Sala que, con criterio real y de verdad, ha dicho que "...**el derecho de contradicción**

398 Véase el capítulo sobre *El Contrainterrogatorio Silencioso*.
399 Rocha, Antonio, *De la Prueba en Derecho*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1949, página 138.
400 Es doctrina de casación uniforme y reiterada. Esta doctrina será estudiada in extenso en el capítulo sobre *El Contrainterrogatorio en la Jurisprudencia de Casación Penal*, Num. 1.2.3. *El derecho de contradicción no se reduce al contrainterrogatorio.*
401 M. P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón y Fernando E. Arboleda Ripoll, radicado 15286.

no se reduce a la intervención de la defensa en la práctica de pruebas, sino que también se ejerce cuando se piden pruebas, cuando éstas se critican en sí mismas y con relación al resto del material probatorio, cuando se impugnan las decisiones, cuando se alega, etc"[4] ; que el derecho citado "...**no se circunscribe al contrainterrogatorio de los testigos**..., **pues ésta es sólo una de las distintas formas de poner en práctica la dialéctica probatoria**, toda vez que con tal derecho lo que en esencia se busca es la participación efectiva de los sujetos procesales en la postulación o aducción de la prueba, en el diligenciamiento de la misma y posteriormente en su análisis crítico, oportunidades todas ellas para ejercer el contradictorio..."[5] ; que "...**el derecho de contradicción no es reductivo y que, por lo mismo, la única manera de efectivizarlo no es repreguntando al testigo, sino que existen otras, entre las cuales, criticar la declaración, no sólo aisladamente considerada sino con relación al resto del material probatorio**..."[6] ; y que "...las pruebas que el Estado está en la obligación de practicar son únicamente aquéllas que legal y materialmente puedan llevarse a efecto y no las de imposible cumplimiento..."[7] (resaltado en el texto original, excepto negrillas)

El origen jurisprudencial de esta línea de pensamiento de la Corte acerca del carácter no reductivo del contrainterrogatorio se aprecia en la famosa sentencia del 19 de mayo de 1995, donde la Sala Penal abordó el tema del careo. Dijo en esa oportunidad la Corte que el careo es "contingente", en cuanto no es "sino uno apenas, entre varios mecanismos procesales aptos para contrastar los testimonios o la injurada"; señaló la Corte que esta "amplia gama de posibilidades actualiza dentro del proceso penal y satisface a suficiencia el enunciado principio de contradicción previsto en el artículo 29 de la Constitución", agregando:

4 [cita en el texto original] Casación del 18 de julio de 2001, M. P. Jorge Enrique Córdoba Poveda Radicación No. 13.758-.
5 [cita en el texto original] Casación del 23 de mayo de 2001, M. P. Jorge Aníbal Gómez Gallego Radicación No. 13.704.
6 [cita en el texto original] Casación del 25 de abril de 2001, M. P. Jorge Enrique Córdoba Poveda Radicación No. 13.198.
7 [cita en el texto original] Casación del 8 de octubre de 1999, M. P. Carlos Augusto Gálvez Argote Radicación No. 11.612.

En este aspecto ha de tomarse en cuenta que la prerrogativa constitucional consagrada en el artículo 29 superior como derecho "a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra", **lejos está de hallar su única expresión en la desueta diligencia de careo, siendo mucho más amplias y plurales las oportunidades que se conceden a los intervinientes procesales, respecto de todos los medios probatorios, y no solo del testimonial**, como sucede por vía de ejemplo ante la diligencia de inspección donde se prevé la posibilidad de su conocimiento y solicitud de aclaraciones y ampliaciones (art.260 C. de P. P.), el enteramiento del dictamen facilitando su ampliación, aclaración u objeción (artículos 270-271), tachando documentos o interviniendo ante informaciones recibidas (arts. 277-280) o repreguntando y contrainterrogando a los testigos (art. 292).

Tal derecho no se consolida, entonces, con la práctica de un interrogatorio recíproco y rostro a rostro entre testigos discrepantes, o frente al procesado cual sucedía en la diligencia de careo, **sino mediante la posibilidad mucho más amplia y en relación con todas y cada una de las pruebas que tienen los intervinientes procesales** para objetar, aclarar, contraprobar, y por supuesto repreguntar y contrainterrogar en la búsqueda de la verdad y la demostración del derecho alegado. (s.n.)

En este sentido el contrainterrogatorio es una *facultad* o *derecho* a disposición de la parte, no un *deber* u *obligación*. La excepción a esta regla se encuentra en la hipótesis de falta de defensa técnica en materia penal, cuando se demuestre de forma evidente que *solamente el contrainterrogatorio*, en las circunstancias del caso concreto, era el medio de defensa para materializar una defensa técnica.[402] En ese caso el contrainterrogatorio podría catalogarse como un deber.[403]

402 Es doctrina de casación uniforme y reiterada que la nulidad por falta de defensa técnica, debido a que no se ejerció un determinado enfoque o no se agotó un determinado medio de impugnación o contradicción, está sujeta a que se demuestre que, objetivamente, ese era el único medio para materializar el derecho de defensa.
403 Como cuestión novedosa, y un tanto antitécnica, la Ley 906 de 2.004 dispone en su artículo 125.5 que la Defensa tendrá el "deber y atribución especial" de "contrainterrogar en audiencia pública a los testigos y peritos."

De lo expuesto hasta aquí se concluye, como segunda premisa de la exposición, que el acusado tiene derecho de elegir libremente el medio que considere adecuado para controvertir la prueba testimonial de cargo.

Y esto es así por cuanto, ejemplificando con el proceso penal, la Constitución y la Ley le garantizan a toda persona acusada de un delito el *derecho a diseñar la estrategia de defensa* que más convenga a sus intereses.

En la planificación de esa estrategia de defensa el acusado *puede* hacer uso de los distintos medios que el sistema jurídico consagra para la controversia de la prueba testifical adversa, ya mencionados, según su criterio aplicado al caso concreto.

Esa potestad o criterio electivo está amparado por el sistema jurídico dentro del concepto de derecho de defensa, en la modalidad de *derecho a diseñar la propia estrategia de defensa* que se estime pertinente y conveniente para la mejor satisfacción de los intereses del titular del derecho.

Así lo ha entendido reiterada y uniformemente la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia cuando se ha negado a anular procesos penales por falta de defensa técnica, invocada sobre la base de que el defensor de turno no actuó en determinado sentido.

En efecto, la Corte tiene entendido, como principio, que no toda omisión controversial del defensor del acusado frente a la prueba de cargo constituye nulidad por falta de defensa técnica, ya que incluso *la actitud omisiva o silenciosa puede fincarse en una evidente táctica defensiva*.[404]

404 Es doctrina reiterada de la Corte en casación penal. Cfr., entre otras, casaciones de noviembre 8 de 1979, M. P. Luis Enrique Romero Soto; Julio 8 de 1980, M. P. Dante Luis Fiorillo Porras; noviembre 27 de 1980, M. P. Luis Enrique Romero Soto; Diciembre 3 de 1981, M. P. Fabio Calderón Botero; Febrero 7 de 1989, M. P. Jorge Carreño Luengas; Marzo 28 de 1990, M. P. Jorge Enrique Valencia; abril 22 de 1992, M. P. Juan Manuel Torres Fresneda; abril 2 de 1992, Jorge Carreño Luengas; octubre 11 de octubre de 1995, M. P. Nilson Pinilla; mayo 19 de 1995, M. P. Dr. Edgar Saavedra Rojas y Juan Manuel Torres Fresneda; septiembre 18 de 1997, M. P. Arboleda Ripoll, entre otras. Cfr. Bernal Cuellar y Montealegre Lynett, *El Proceso Penal*, Externado de Colombia, 1997, pp. 343 y ss.

De ahí que la Corte haya manifestado que *el defensor goza de amplitud en la formulación de estrategias defensivas*[405] o, lo que es lo mismo, "goza de la más amplia e integral autonomía en orden a asegurar el ejercicio de derecho de defensa."[406]

En el mismo sentido, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que el defensor del acusado en materia penal cuenta con un "*amplio margen de libertad para escoger la estrategia de defensa adecuada*."[407]

Lo hasta aquí expuesto permite deducir dos conclusiones:

Si un acusado no hace uso del derecho al contrainterrogatorio ello no necesariamente significa que se le haya vulnerado su derecho constitucional de contradicción. Esta conclusión *en principio* es acertada, pues el sistema jurídico no reduce el derecho de contradicción al contrainterrogatorio.

Pero otra es la conclusión cuando se establezca sin lugar a dudas y sobre hechos articulables que el acusado, en ejercicio del **derecho a diseñar la estrategia de defensa**, optó deliberadamente por controvertir el testimonio adverso mediante el contrainterrogatorio como elemento central de su estrategia de defensa, dejando deliberadamente de lado los otros medios de contradicción que el sistema jurídico puso a su disposición para ese efecto (alegaciones, recursos, presentación de otros testigos, etc.)

Cuando el acusado hace esa elección estratégica el derecho de contradicción efectivamente *se reduce al contrainterrogatorio*, materializando el derecho a diseñar la estrategia de defensa; la consecuencia de ello es que el Estado está en la obligación de garantizar el ejercicio del derecho al contrainterrogatorio, so pena de vulnerar el derecho de contradicción que él representa.

405 Casaciones de abril 22 de 1992, M. P. Juan Manuel Torres Fresneda; abril 2 de 1992, Jorge Carreño Luengas.

406 Casación de Marzo 28 de 1990, M. P. Jorge Enrique Valencia, resaltado propio.

407 Corte Constitucional, sentencia T-654 de 1998. Se demandó una actuación procesal que culminó con la condena penal de una persona sobre la base de que no contó con una defensa técnica durante el trámite del proceso. La Corte señaló que para que proceda la tutela en esos casos deben concurrir cuatro elementos, siendo uno de ellos "*(1) que efectivamente existieron fallas en la defensa que, desde ninguna perspectiva posible, pueden ser amparadas bajo el amplio margen de libertad con que cuenta el apoderado para escoger la estrategia de defensa adecuada*". Esta doctrina es reiterada en sentencia T-784/00, donde se dijo que "*el defensor cuenta con un amplio margen de discrecionalidad en el ejercicio de su cargo*".

Es cierto que el derecho de contradicción no se agota o reduce al contrainterrogatorio, de donde el Estado puede legítimamente negar un planteamiento de violación del derecho al contrainterrogatorio sobre la base de que se hizo, o se podía hacer uso, de otros instrumentos de contradicción frente a la prueba testifical adversa.

Pero también es cierto que la Constitución garantiza al acusado el derecho a diseñar su propia estrategia de defensa, es decir, a elegir dentro de los diversos medios de contradicción el que encuentre más apropiado para defender sus derechos.

Por eso, cuando expresa y conscientemente el acusado materializa el *derecho a diseñar la estrategia de defensa* a través de la elección del contrainterrogatorio, como específico medio de contradicción de la prueba testifical adversa, el Estado no puede válidamente modificar o variar esa elección. Surge entonces en esos casos el *deber* estatal correlativo de garantizar la efectividad de la elección, tomando todas las medidas eficaces y razonables para que se lleve a cabo el contrainterrogatorio.

Por supuesto, se excluyen aquellos casos en los que a última hora y como último recurso se pretende artificiosamente por parte del acusado indicar que la elección estratégica fue la del contrainterrogatorio.

No se quiere significar con esto que exista un deber absoluto de parte del Estado para facilitar un contrainterrogatorio cuando quiera que se lo solicite. Esa no es la hipótesis en la que el derecho de contradicción *se reduce* al contrainterrogatorio.

La idea central que se quiere expresar es que el acusado tiene derecho a diseñar su propia estrategia de defensa, optando por los medios de contradicción que estime conducentes para oponerse y atacar la prueba testifical adversa.Y *si efectivamente y en concreto diseña su estrategia de defensa a partir del contrainterrogatorio,* entonces es deber del Estado agotar todos los medios razonables a su alcance para materializar la estrategia diseñada por el acusado, haciendo efectiva la práctica del contrainterrogatorio.A modo de ejemplo, esto incluye, como se verá luego al tratar el tema de las obligaciones del Estado que dan contenido

al derecho al contrainterrogatorio, el agotamiento de todos los medios razonables para dar con el paradero del testigo.

Esto significa que cuando el acusado hace uso del derecho a contrainterrogar como medio para contradecir la prueba testifical adversa, en ese caso *la práctica efectiva de la diligencia pasa a ser parte del núcleo esencial del derecho al debido proceso*.

La garantía pasa de ser abstracta, como *una opción* más de contradicción (junto con los alegatos, los recursos, la presentación de otros testigos, etc.), a ser *la elección de contradicción* por parte del acusado, fruto del ejercicio de otro derecho más amplio: el derecho a diseñar la propia estrategia de defensa.

El derecho a diseñar la estrategia de defensa carece de contenido si el diseño o elección, una vez adoptado, puede ser posteriormente modificado por un sujeto distinto al titular del derecho. Es decir, mi derecho a elegir no es tal si otro es el que tiene finalmente el derecho a elegir, a pesar de mi decisión. No es el funcionario judicial quien debe decidir cual es la opción de contradicción más eficaz para el acusado frente a la prueba testifical adversa en determinado caso.

Esa elección compete constitucionalmente al acusado y a su abogado. Y su ejercicio acarrea también responsabilidades que solo recaerán en el acusado y su abogado. Por eso mismo, el Juez no puede modificar esa elección una vez materializada, por ejemplo, en la vía del contrainterrogatorio. Esto ocurriría, por ejemplo, si se obliga al acusado a controvertir la prueba testifical adversa no mediante el instrumento elegido (el contrainterrogatorio), sino mediante otros medios de contradicción elegidos o impuestos por el Estado (alegatos, recursos, otros testigos, etc.)

Cuando se opta por el derecho a contrainterrogar a los testigos de cargo surgen de inmediato, como correlato, deberes estatales de realizar acciones positivas en orden a garantizar la efectiva vigencia del derecho. Este aspecto será tratado a continuación.

3.5. Es un derecho de autonomía que genera obligaciones a cargo del Estado.

El derecho al contrainterrogatorio implica una relación jurídica triádica que involucra a los siguientes sujetos:

a) Al Estado

b) A la persona afectada con la declaración adversa

c) Al testigo de cargo

La forma en que esta relación se desarrolla implica que la *parte afectada* con la declaración adversa contrainterroga al *testigo de cargo* frente al *Estado*, representado por el funcionario judicial.

Como todo derecho, el contrainterrogatorio genera obligaciones, pero conviene precisar que esas obligaciones correlativas las asume el Estado, no el testigo de cargo.

Afirmar que el derecho al contrainterrogatorio genera obligaciones a cargo del Estado significa que esas obligaciones están comprendidas dentro del contenido esencial del derecho, de donde su incumplimiento ocasiona la vulneración de la garantía en comento.

El derecho al contrainterrogatorio hace parte del derecho al debido proceso, en cuanto manifestación del derecho de contradicción frente a la prueba testifical adversa.

Siguiendo la clasificación civilista de las obligaciones,[408] se puede decir que el Estado debe cumplir dos tipos de deberes para garantizar el derecho al contrainterrogatorio:

3.5.1. Obligaciones de no hacer (abstenciones)

El derecho al contrainterrogatorio, como elemento del debido proceso, se cataloga como un *derecho de libertad* o *autonomía*.

En esa medida la obligación correlativa del Estado frente al titular de este derecho consiste en un *no hacer*, es decir: abstenerse de vulnerar el derecho al contrainterrogatorio.

Al respecto la doctrina ha señalado:"Los derechos de autonomía, en cuanto que tienen por finalidad garantizar un ámbito de inmunidad y no sujeción para el individuo, se configuran como obligacio-

408 Dice el artículo 1495 del Código Civil: "Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a **dar**, **hacer** o **no hacer** alguna cosa (...)" (s.n.)

nes negativas o de abstención; o, lo que es igual, su satisfacción exige una conducta pasiva por parte de los sujetos obligados."[409]

Así las cosas, en cuanto dirigido al Legislador en el plano de la *creación* de las normas, el derecho al contrainterrogatorio implica un deber de abstenerse: *no expedir normas jurídicas* con alcance general que coarten el ejercicio de ese derecho en los procesos judiciales.

Y en cuanto dirigido al funcionario judicial o administrativo en el plano de la aplicación de la Ley, el derecho al contrainterrogatorio implica un deber de *no obstaculizar su ejercicio* en los procesos judiciales.

3.5.2. Obligaciones de hacer y de dar (prestaciones o acciones positivas)

Se ha escrito con razón que "hoy las prestaciones representan una técnica más de protección de la libertad, aplicable con carácter general al conjunto de derechos fundamentales."[410]

La doctrina de los derechos fundamentales demuestra que "las libertades o derechos de autonomía presentan una dimensión prestacional,"[411] pues "con frecuencia el ejercicio de los derechos de autonomía genera otras obligaciones secundarias que pueden tener un carácter positivo."[412]

Esto se explica por cuanto la obligación de respetar los derechos fundamentales implica no solo "un deber negativo de no vulneración, sino también [una] obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos y de los valores que representan (...) obligación que adquiere especial relevancia allí donde un derecho o valor fundamental quedaría vacío de no establecerse los supuestos para su defensa."[413]

Por su parte, Arturo Hoyos señala que el *derecho al debido proceso* –del cual hace parte el contrainterrogatorio, se reitera- contiene elementos que son propios de los derechos de prestación: "Se

409 Prieto Sanchís, Luis, op. cit., p. 133.
410 Ibíd., p. 136.
411 Ibíd., p. 137.
412 Ibíd., p. 133.
413 Ibíd., p. 118, citando Sentencia del Tribunal Constitucional Español 53/1985 de 11 de abril, fundamento 4.

trata de un derecho fundamental de carácter instrumental (garantía) que tiene elementos de los derechos de prestación porque obliga al Estado a asegurar ciertas condiciones en todo proceso y de los derechos de libertad porque crea una esfera para los titulares libre de ciertas injerencias por parte del Estado."[414]

Es por eso que el derecho al contrainterrogatorio, no obstante su condición de derecho de libertad o autonomía, es también un derecho con contenidos prestacionales estatales de hacer y de dar.

Las obligaciones de hacer y de dar en cabeza del Estado como correlato del derecho al contrainterrogatorio son las siguientes:

3.5.2.1. Acciones positivas pertinentes para comunicar el momento del contrainterrogatorio

Se afecta el núcleo esencial del derecho al contrainterrogatorio si el Estado no involucra o deja de lado al titular del derecho, o a su representante, para llevar a cabo la diligencia, pues en un evento así no habrá sujeto que elabore las repreguntas.

Por eso este derecho constitucional implica un deber correlativo del Estado consistente en tomar las acciones positivas necesarias en orden a garantizar al titular del derecho la *comunicación efectiva* del momento en que se llevará a cabo la diligencia de contrainterrogatorio.

Se trata de una prestación que implicará al Estado obligaciones de hacer, tales como, por ejemplo, enviar una citación al solicitante, un telegrama, hacer una llamada telefónica, etc., todo ello con una debida y razonable anticipación a la celebración de la diligencia para facilitar la asistencia del interesado.

Es bastante común en nuestra práctica forense penal, bajo la vigencia de la Ley 600 de 2.000, que la Fiscalía reciba declaración a los testigos adversos sin siquiera avisar al abogado defensor, aun cuando éste previamente haya manifestado por escrito su interés en asistir a la práctica de la prueba para contrainterrogar al testigo.

Esta práctica viciosa es violatoria del derecho al contrainterrogatorio en cuanto implica el incumplimiento del deber estatal de

414 Hoyos, Arturo, *La Interpretación Constitucional*, Temis, Bogotá, 1993, p. 42.

tomar las acciones positivas pertinentes para comunicar el momento del contrainterrogatorio.

A este respecto, la doctrina nacional ha señalado acertadamente que "el derecho al contrainterrogatorio exige como consecuencia el deber de los funcionarios de comunicar previamente la fecha y hora de la diligencia, posibilitando su participación y se satisface con la oportunidad de que el defensor técnico interrogue a los testigos de cargo, de descargo o cualquier otro que rinda declaración."[415]

Con la implementación del sistema acusatorio regulado en la Ley 906 de 2.004 se asegura naturalmente el cumplimiento del deber estatal que se comenta, por cuanto el contrainterrogatorio no podrá llevarse a cabo en un momento diferente al de la presentación de la prueba testimonial, que, por regla general, solo podrá ser practicada ante un juez en presencia de las partes.[416]

3.5.2.2. Acciones positivas relacionadas con la disponibilidad del testigo

Si el testigo no comparece a la diligencia, el derecho al contrainterrogatorio se afecta en su núcleo esencial por sustracción de materia, pues no hay sujeto a quien repreguntar.

Por eso este derecho constitucional implica un deber correlativo del Estado consistente en tomar las acciones positivas necesarias, pertinentes y *posibles* en orden a *garantizar la comparecencia del testigo a la diligencia*, las cuales pueden ser clasificadas así:

3.5.2.2.1. Acciones positivas para ubicar el paradero del testigo

Es deber del Estado gestionar recursos en orden a determinar en que lugar se encuentra ubicado el testigo, a efectos de posibilitar el cumplimiento de la siguiente la obligación.

415 Gómez Jiménez, Jhon Jairo, *Las Pruebas en el Nuevo Código de Procedimiento Penal*, op. cit., p. 93.
416 Artículo 16 de la Ley 906 de 2.004. "*Inmediación.* En el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento. En ningún caso podrá comisionarse para la práctica de pruebas. Sin embargo, en las circunstancias excepcionalmente previstas en éste código, podrá tenerse como prueba la producida o incorporada de forma anticipada durante la audiencia ante el juez de control de garantías o ante el juez de conocimiento, según el caso."

3.5.2.2.2. Acciones positivas para citar al testigo a declarar

Una vez establecido el lugar donde se encuentra el testigo adverso el Estado debe arbitrar recursos en orden a hacerle conocer que es requerido para la diligencia de testimonio. La citación se debe realizar por el medio más eficaz. Si a pesar de este conocimiento el testigo incumple la citación el Estado debe cumplir con la siguiente obligación.

3.5.2.2.3. Acciones positivas para conducir forzosamente al testigo

Este deber, obviamente, opera como último recurso y solo en caso de que el testigo no cumpla, injustificadamente, las citaciones previas.

En este sentido, el artículo 384 de la Ley 906 de 2.004 dispone:

> Artículo 384. Medidas especiales para asegurar la comparecencia de testigos. Si el testigo debidamente citado se negare a comparecer, el juez expedirá a la Policía Nacional o cualquier otra autoridad, orden para su aprehensión y conducción a la sede de la audiencia. Su renuencia a declarar se castigará con arresto hasta por veinticuatro (24) horas, al cabo de las cuales, si persiste su negativa, se le procesará.
>
> Las autoridades indicadas están obligadas a auxiliar oportuna y diligentemente al juez para garantizar la comparecencia obligatoria de los testigos, so pena de falta grave.

Una aplicación particular del deber de *garantizar la comparecencia del testigo* se presenta cuando éste no acude voluntariamente a declarar porque *no puede* hacerlo, como cuando se encuentra privado de la libertad en un centro de reclusión estatal.

En esos casos el Estado tiene el deber prestacional adicional de disponer los recursos de todo tipo para trasladar al testigo desde el centro de reclusión a la sede del Despacho judicial, a fin de que sea contrainterrogado.

De ahí que el artículo 398 de la Ley 906 de 2.004 señale:

> Artículo 398. Testigo privado de libertad. La persona privada de libertad, que fuere citada como testigo a la audiencia del

> juicio oral y público, será trasladada con la debida antelación y las medidas de seguridad y protección al lugar del juicio. Terminado el interrogatorio y contrainterrogatorio, será devuelto en la forma antes indicada, sin dilación alguna, al sitio de reclusión.

No obstante lo expuesto, el deber de *garantizar la comparecencia del testigo* encuentra excepción cuando las medidas necesarias y pertinentes para garantizar la comparecencia del testigo no sean *posibles* en las circunstancias del caso concreto.

Cuando se acreditan probatoriamente estos supuestos excepcionales el Estado no estára entonces *obligado* a agotar las medidas necesarias para obtener la comparecencia del testigo, sin que con ello se afecte el núcleo esencial del derecho al contrainterrogatorio.

Al respecto nuestra Sala de Casación Penal ha señalado:

> c) En materia de *prueba de testigos*, también opera la contradicción y lo deseable sería que en todo caso se tuviera la certeza de poder contrainterrogarlos personal y directamente, por parte tanto del imputado como de su defensor, todo en aras de la más fina protección material y técnica. Sin embargo, como también lo tienen dicho la doctrina y la jurisprudencia, ese anhelo choca en veces con la realidad, que enseña muchas excepciones, por ejemplo cuando el testigo desaparece, cambia de lugar de residencia, está enfermo, muere o se halla en el extranjero o, por cualquier razón, le es imposible concurrir al debate directo y personal[3] .[417]

Y es que la doctrina y la jurisprudencia han entendido que el deber de comparecencia del testigo al acto del juicio tiene excepciones surgidas de la necesidad de proteger otros intereses constitucionales de mayor peso. Sobre éste tema M. Miranda Estrampes enseña:

3 [Cita en el texto original] Cfr., por ejemplo, Ricardo Rodríguez Fernández, obra citada, especialmente pág. 352; Guja Lo Russo y Rocco Pezzano (a cura di). Elementi di diritto processuale penale. Napoli, Edizione Giuridiche Simone, X Edizione, 2.000, pág. 30.
417 Sentencia del 2 de octubre de 2001, M. P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón y Fernando E. Arboleda Ripoll, proceso No. 15286, Fundamento jurídico 1.2., resaltado en el texto original.

> Excepcionalmente la Sala 2ª del T. S.* permite, sin embargo, que puedan tenerse en cuenta sus declaraciones sumariales, cuando el testigo no comparece al acto del juicio oral por motivos que la propia jurisprudencia considera justificados, y que examinaremos a continuación. Fundamentalmente han sido tres los supuestos en que la Sala 2ª del T. S. ha venido admitiendo la posibilidad de utilizar las declaraciones sumariales como material probatorio valorable: **fallecimiento del testigo**, testigos que se encuentran en **paradero desconocido** y **testigos extranjeros**.[418] (s.n.)

Adicionalmente a ello, se ha admitido por la doctrina y la jurisprudencia comparadas, como supuesto de no comparecencia *justificada*, el caso de los **testigos atemorizados**.[419]

En estos casos desaparece la obligación positiva del Estado consistente en garantizar la comparecencia del testigo como aplicación particular del principio según el cual *a lo imposible nadie está obligado*. Y en esas condiciones el derecho al contrainterrogatorio en el caso particular no se vulnera en su núcleo esencial, siempre y cuando –eso sí- se *acredite plenamente* el supuesto de hecho que da origen a la imposibilidad de cumplimiento de la obligación estatal.

3.5.2.3. Acciones positivas en relación con los medios para contrainterrogar

Se afecta el núcleo esencial del derecho al contrainterrogatorio si el Estado no facilita los mínimos medios necesarios para llevar a cabo la diligencia, pues en esas circunstancias no hay posibilidad de repreguntar.

Por eso este derecho constitucional implica un deber correlativo del Estado consistente en tomar acciones positivas necesarias, pertinentes y posibles en orden a garantizar la realización del contrainterrogatorio, las cuales pueden ser enunciadas así:

* Se refiere al Tribunal Supremo Español.
418 Miranda Estrampes, Manuel, *La Mínima Actividad Probatoria en el Proceso Penal*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 426, resaltado propio.
419 Ibíd, pp. 441-448.

3.5.2.3.1.Acciones positivas para disponer de los recursos técnicos a fin de llevar a cabo el contrainterrogatorio

De un lado, esta obligación prestacional toca con los *recursos técnicos* que permiten el despliegue de la oralidad en el contrainterrogatorio.

Como se vio antes, la *oralidad* hace parte del núcleo esencial del derecho al contrainterrogatorio.[420] En ese sentido, como contrapartida del derecho al contrainterrogatorio, el Estado asume un deber prestacional correlativo de poner a disposición del titular del derecho los medios útiles y necesarios para *hacer efectiva la forma oral del contrainterrogatorio*.

Con este fin, el Estado cumple su obligación prestacional implementando *el mejor medio técnico dentro de sus posibilidades fácticas* para garantizar la oralidad en el contrainterrogatorio.

Como enseña Robert Alexy, los principios son mandatos de optimización, son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas *y reales* existentes; los principios se caracterizan por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado, *dependiendo la medida del cumplimiento de las posibilidades reales*. En este punto interesa recalcar el ámbito de las **posibilidades reales**, que depende de las *condiciones materiales o fácticas implicadas*.[421]

Las posibilidades fácticas, los recursos o condiciones materiales, implican que en las circunstancias del caso *deberá* el Estado poner a disposición la grabación magnetofónica, el sistema de audio-video, la taquigrafía *o cualquier otro medio técnico idóneo que permita contrainterrogar* ***oralmente*** *al testigo*, esto es: un medio que permita *recoger* o *conservar* el testimonio, de tal manera que se le permita al declarante expresarse en el tiempo y en la forma natural, original y espontánea en que normalmente lo hace.

420 Num. 3.2. *Su naturaleza oral*, en este capitulo.
421 Alexy, Robert, op. cit., p. 86-87.

Por eso, cabe advertir que la recolección del testimonio por medio del dictado de la declaración no satisface en principio esta obligación, pues de esa forma se *desnaturaliza la oralidad como elemento esencial del contrainterrogatorio*, según ya se explicó.

Solo en casos muy especiales, previa comprobación de la imposibilidad de agotar los demás medios técnicos, podría justificarse *excepcionalmente* el 'dictado' de la declaración como *último recurso* que permita algún despliegue a la 'oralidad' en el contrainterrogatorio.[422]

3.5.2.3.2. Acciones positivas para disponer de los recursos humanos que permitan llevar a cabo el contrainterrogatorio

De otro lado, esta obligación toca con la prestación de ciertos recursos humanos que permiten el despliegue del contrainterrogatorio en casos especiales.

Es el caso, a manera de ejemplo, de los testigos sordomudos, o los que no comprenden el idioma Español. Para llevar a cabo un contrainterrogatorio en estos casos el Estado está obligado a arbitrar medios que hagan posible el ejercicio de la garantía.

Es así, por ejemplo, como el artículo 400 de la Ley 906 de 2.004 dispone sobre el testigo sordomudo lo siguiente:

> Artículo 400. Testigo sordomudo. Cuando el testigo fuere sordomudo, el juez nombrará intérprete oficial. Si no lo hubiere, el nombramiento recaerá en persona reputada como conocedora del mencionado sistema. Lo anterior no obsta para que pueda estar acompañado por uno designado por él.

De ahí se sigue que cuando de contrainterrogar a un testigo sordomudo se trate, el Estado tiene el *deber jurídico* de nombrar un intérprete oficial, acción positiva que implica el desenvolvimiento de recursos prestacionales.

422 Sería por ejemplo el caso de zonas apartadas del país donde el estado de aislamiento y carencia de recursos técnicos mínimos sea evidente. En las ciudades capitales, en principio, el dictado de la declaración constituye incumplimiento de la obligación prestacional en comento.

Y el artículo 401 de la Ley 906 de 2.004, al regular lo atinente al testigo de lengua extranjera, prescribe:

> Artículo 401. Testigo de lengua extranjera. Cuando el testigo de lengua extranjera no comprendiere el idioma castellano, el juez nombrará traductor oficial. Si no lo hubiere, el nombramiento recaerá en persona reputada como idónea para hacer la traducción. Lo anterior no obsta para que pueda estar acompañado por uno designado por él.

En este caso la obligación prestacional es clara: nombrar un traductor oficial.

3.5.2.4. Acciones positivas para permitir el desarrollo eficaz del contrainterrogatorio

Se afecta el núcleo esencial del derecho al contrainterrogatorio si el funcionario judicial no toma medidas necesarias, útiles y pertinentes para que la diligencia se lleve a cabo normalmente y sin interrupciones.

Por eso este derecho constitucional implica un deber correlativo del Estado consistente en ejecutar las acciones positivas necesarias, pertinentes y posibles en orden a garantizar el desenvolvimiento razonable del contrainterrogatorio, y que pueden ser enunciadas así:

3.5.2.4.1. En particular en cuanto al comportamiento del testigo en la diligencia

Si durante el contrainterrogatorio el testigo injustificadamente opta por responder a las repreguntas a medias y según su capricho -o no responde- se frustraría el derecho al contrainterrogatorio, pues quedaría reducido solamente a las preguntas sin las respuestas apropiadas.

Por eso el Estado, en cabeza del funcionario judicial que adelanta el proceso en que se lleva a cabo el contrainterrogatorio, tiene la *obligación jurídica* de hacer que el testigo responda de manera clara y precisa a las repreguntas.

El artículo 397 de la Ley 906 de 2.004 señala:

> Artículo 397. Interrogatorio por el juez. Excepcionalmente, el juez podrá intervenir en el interrogatorio o contrainterrogato-

rio, para conseguir que el testigo responda la pregunta que le han formulado o que lo haga de manera clara y precisa (...)"

Se exceptúa el caso en que el testigo no responda a una pregunta amparado en el derecho al silencio para evitar la incriminación propia o la de sus familiares en los grados señalados por la Constitución y la Ley, o por motivo del secreto profesional o religioso.

En esos eventos el funcionario judicial está en el deber de proteger el ejercicio del derecho del testigo a no contestar la pregunta, incluso a toda la diligencia de testimonio si así lo manifiesta desde un principio.

Pero lo que no debe ser permitido a un testigo es responder el interrogatorio directo y luego abstenerse de contestar el contrainterrogatorio, bajo el supuesto de que lo asiste el derecho a no declarar, así sea cierto.

Ese procedimiento propiciaría una situación de desigualdad entre las partes en litigio, pues quien interrogó directamente se beneficiaría con la declaración, mientras la contraparte no podría ejercer igual derecho sobre el testigo.

Si el testigo insiste en no responder el contrainterrogatorio amparado en el silencio personal, familiar o profesional lo pertinente es dejar sin efecto toda la declaración para no conceder a una de las partes una ventaja que se niega a la otra sin que medie culpa imputable a ésta.

3.5.2.4.2. En general en cuanto a la buena marcha de la diligencia

Cualquier circunstancia que afecte la buena marcha del contrainterrogatorio, perjudicando su legítimo ejercicio por el titular del derecho, *debe* ser neutralizada por el Juez mediante el ejercicio de sus poderes disciplinarios. Esto hace surgir otra obligación jurídica del Estado correlativa al derecho a contrainterrogatorio.

En este sentido el artículo 143.3 de la Ley 906 de 2.004 dispone, al igual que el artículo 144.3 de la Ley 600 de 2.000, lo siguiente:

> Artículo 143. Poderes y medidas correccionales. El juez, de oficio o a solicitud de parte, podrá tomar las siguientes medidas correccionales:
>
> (...)
>
> 3.A quien impida u obstaculice la realización de cualquier diligencia durante la actuación procesal, le impondrá arresto inconmutable de uno (1) a treinta (30) días según la gravedad de la obstrucción y tomará las medidas conducentes para lograr la práctica inmediata de la prueba.

3.5.2.5.Acciones positivas para permitir la preparación eficaz del contrainterrogatorio

Un contrainterrogatorio sin información adecuada y relevante puede resultar esencialmente ineficaz.

Por eso, se afecta el núcleo esencial del derecho al contrainterrogatorio si las autoridades del Estado, oportunamente requeridas, no prestan su colaboración al titular del derecho en orden a obtener información pertinente para contrainterrogar al testigo adverso.

Este derecho constitucional implica un deber correlativo del Estado consistente en permitir, con antelación y rapidez suficientes, el acceso a la información, los archivos y documentos pertinentes que estén en su poder o bajo su control para garantizar un eficaz contrainterrogatorio.

En este sentido es de fundamental importancia el artículo 21 de los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados, aprobados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, que dispone:

> 21. Las autoridades competentes tienen la obligación de velar porque los abogados tengan acceso a la información, los archivos y documentos pertinentes que estén en su poder o bajo su control con antelación suficiente para que puedan prestar a sus clientes una asistencia jurídica eficaz. Este acceso se facilitará lo antes posible.

Este deber estatal es una aplicación particular al contrainterrogatorio del derecho constitucional de petición, pero reforzado.

Cuando un abogado solicite a cualquier agencia del Estado una información determinada para preparar el contrainterrogatorio en un proceso judicial, surge la *obligación* de atender y cubrir esa necesidad de información con prontitud, pues de ello depende el ejercicio eficaz de un derecho fundamental (el contrainterrogatorio).

Sería el caso, por ejemplo, de la solicitud de las hojas de vida de determinados servidores públicos que serán contrainterrogados (agentes de policía, peritos de instituciones públicas, etc.), a efectos de investigar, por ejemplo, los antecedentes en el ejercicio de sus funciones; o la solicitud de antecedentes judiciales que registre un ciudadano que declara como denunciante en un proceso penal y que será contrainterrogado.

En algunas ocasiones ciertas normas consagran la reserva de determinado tipo de información, al amparo de la cual se podrían negar solicitudes de información al abogado que investiga datos para preparar el contrainterrogatorio de un testigo.

Se deberá evaluar muy cuidadosamente si la regla de reserva prima en estos casos especiales, pues, además del derecho de petición, se encuentra involucrado otro derecho fundamental de mucho peso: el *derecho de defensa*, materializado a través del contrainterrogatorio en un proceso judicial.

De esta forma, se debe acceder con rapidez a entregar la información en caso de que resulte posible *conciliar* el interés protegido por la reserva legal con el derecho de contradicción que satisface la solicitud de información.[423]

423 Por ejemplo: En un proceso penal declarará un agente de policía y para preparar el contrainterrogatorio se pretende investigar su desempeño laboral; la autoridad competente considera que no debe entregar su hoja de vida porque considera fundadamente que pone en riesgo su vida o tranquilidad, pero resulta que pueden suprimirse de los documentos los datos estrictamente personales o de ubicación, dejando solamente los atinentes al desempeño del oficio. En ese caso la información *debe* entregarse porque quedan amparados el interés perseguido con la reserva y el interés del peticionario.

3.6. Es un 'derecho–deber'

El derecho al contrainterrogatorio implica obligaciones del titular del derecho para consigo mismo.

En efecto, quien elige contrainterrogar adquiere el deber de contrainterrogar sometido a ciertas normas jurídicas que encauzan legítimamente el ejercicio de ese derecho, sin que con ello se afecte el contenido esencial de la garantía. No existen derechos absolutos y el contrainterrogatorio no es la excepción a esa regla.

Es en este sentido que se sostiene que el derecho al contrainterrogatorio es un derecho –deber, es decir, un derecho que exige a su titular el cumplimiento de obligaciones en orden a la adecuada consecución de la finalidad para la cual fue creado el derecho.

Los derechos fundamentales pueden ser estudiados bajo el esquema derecho–deber, como lo enseña Peces Barba:

> Este tercer nivel que yo denomino provisionalmente derecho-deber, supone que el mismo titular del derecho tiene al mismo tiempo una obligación respecto a esas conductas protegidas por el derecho fundamental. No se trata que frente al derecho del titular otra persona tenga un deber frente a ese derecho, sino que el mismo titular del derecho soporta la exigencia de un deber. Se trata de derechos valorados de una manera tan importante por la comunidad y por su ordenamiento jurídico que no se pueden abandonar a la autonomía de la voluntad sino que el Estado establece deberes para todos, al mismo tiempo que les otorga facultades sobre ellos.[424]

Nuestra Corte Constitucional ha desarrollado la teoría del derecho-deber respecto de los derechos a la educación[425], al ambiente[426], a la paz[427], al voto[428] y a la propiedad privada[429], entre

424 Peces-Barba, Gregorio, *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Eudema Universidad. Madrid, 1988, p. 209.
425 Sentencia T-002 de 1992.
426 Sentencia C-059 de 1994.
427 Sentencia C-456 de 1997.
428 Sentencia C-337 de 1997.
429 Sentencia T-427 de 1998.

otros; igualmente ha aplicado esta teoría para sostener que las entidades estatales tienen responsabilidades implícitas.[430]

De una interpretación sistemática de lo dispuesto en la ley 906 de 2.004, así como de lo previsto en la Ley 600 de 2.000 y en el Código de Procedimiento Civil, se tiene que el ejercicio del derecho al contrainterrogatorio exige a su titular el acatamiento de los deberes que mas adelante se expondrán, y que son aplicables al acto de formulación de las preguntas durante la diligencia de testimonio.

El incumplimiento de estos deberes afecta el núcleo esencial del derecho al contrainterrogatorio, de forma que las preguntas que se elaboren contraviniendo alguno de estos deberes desnaturalizan el ejercicio del derecho.

Se trata de deberes *jurídicos*, lo que significa que su infracción origina una sanción jurídica correlativa. Si el titular del derecho al contrainterrogatorio incumple estos deberes la sanción será la exclusión oficiosa, por el juez, de las preguntas que infrinjan estas prohibiciones. Pero como las preguntas en el contrainterrogatorio se formulan en un debate judicial, entre partes enfrentadas, quien no está contrainterrogando cuenta con la posibilidad de requerir al Juez para que excluya las preguntas que infrinjan las prohibiciones, en el evento que éste no lo advierta oficiosamente. Esta posibilidad se materializa en la técnica denominada objeción u oposición.[431]

Es en la comprensión de los deberes del contrainterrogador donde radica el adecuado entendimiento del sentido y la finalidad del derecho al contrainterrogatorio en un sistema jurídico; precisamente por desconocer a profundidad este aspecto del asunto se

430 Sentencia C-296 de 1993: "una determinada entidad del Estado, dentro de unas circunstancias particulares y específicas, y ante la existencia de un vacío de orden constitucional y legal, podría asumir directamente el cumplimiento de ciertas responsabilidades".
431 Las objeciones u *oposiciones* no aparecen reguladas en nuestro ordenamiento jurídico pero su existencia se deriva del derecho constitucional de contradicción. Sin embargo, el artículo 395 de la Ley 906 de 2.004 regula las *oposiciones:* "Artículo 395. Oposiciones durante el interrogatorio. La parte que no está interrogando o el Ministerio Público, podrán oponerse a la pregunta del interrogador cuando viole alguna de las reglas anteriores o incurra en alguna de las prohibiciones. El juez decidirá inmediatamente si la oposición es fundada o infundada."

ha terminado desprestigiando doctrinalmente al contrainterrogatorio por quienes ven en él un instrumento orientado a deformar y obstaculizar la verdad en los debates judiciales.[432]

Lo paradójico de este enfoque, que debería llamar la atención a un investigador imparcial, es que quienes han escrito y convivido con el contrainterrogatorio, en países que lo han aplicado por siglos, coinciden y subrayan unánimemente en que ése es un procedimiento indispensable *para encontrar la verdad en los debates judiciales*.[433]

Ante conclusiones tan radicalmente opuestas sobre un tema tan esencial (el descubrimiento de la verdad dentro del proceso) conviene preguntarse si en realidad es cierto que todo esto se explica a partir del simple hecho de opiniones originadas en dos "familias jurídicas muy diferentes", la del *civil law* y la del *common law*. No parece ser así.

El incumplimiento de los deberes inherentes al contrainterrogatorio explica y causa las degeneraciones y abusos que sufrirá inevitablemente esta garantía en la práctica forense de cualquier sistema jurídico que la adopte, tal y como denuncia M.Taruffo ha ocurrido incluso en un país que, por encima de todos, siempre ha enaltecido y protegido este derecho como elemento esencial de su sistema de justicia.[434]

El sentido original y legítimo del derecho al contrainterrogatorio solo se conservará en nuestro sistema jurídico si se garantizan y exigen con celo los *deberes* que le son inherentes.

432 Así, Gorphe (ya citado ampliamente sobre éste aspecto en el capítulo sobre *La Pregunta Sugestiva en el Contrainterrogatorio*) y Florian, quién concluye que "el método del examen cruzado o contrainterrogatorio sacrifica sin lugar a duda la plena averiguación de la verdad, y, en consecuencia, deja vulnerado el interés público que encarna el proceso..." (Florian, Eugenio, *De las Pruebas Penales*, Temis, Bogotá, 1968, Vol. I, p. 266).

433 Así lo señalaban tratadistas de la talla de Bentham y Wigmore, entre otros. Florian reconoce que "el sistema del *cross examination* [contrainterrogatorio] se considera en Inglaterra como una garantía para la prueba de la verdad" (E. Florian, op. cit., p. 266, citando la obra de BEST, *The principles of the law evidence with elementary rules for conducting the examination and cross examination of witnesses*, London, 1883).

434 Taruffo, Michele, *La prueba de los Hechos*. Editorial Trotta, Madrid, 2.002, p. 431: "Es el caso de las degeneraciones de la *cross examination* norteamericana, que parte como un instrumento para la búsqueda de la verdad mediante la contradicción y acaba a menudo siendo una oportunidad para un enfrentamiento que no está orientado en absoluto hacia la determinación de la verdad."

Hasta este punto se han referido las prerrogativas, derechos y ventajas del contrainterrogatorio; ahora se presentará lo que se considera prioritario para la vigencia real de la garantía y que, con seguridad, resultará muy problemático en un país cuyos habitantes -según la opinión de algún autor- se caracterizan por la indisciplina.[435] El contrainterrogatorio no existe para abusar, deformar la verdad maliciosamente o justificar los honorarios del contrainterrogador.

Cuando el contrainterrogatorio se describe, analiza y aplica sin atender a los *deberes* que implica su ejercicio, se concluye, equivocadamente, en la representación de un examen de testigos donde "todo se vale" con tal de controvertir la declaración adversa. Esta es usualmente la perspectiva del panorama en los juristas europeo-continentales, quienes al analizar el sistema acusatorio ingles o norteamericano asumen la imposibilidad de controlar la conducta de las partes durante el contrainterrogatorio de los testigos adversos.[436]

Sin embargo, la realidad del asunto es que, aún en los sistemas acusatorios más puros, el contrainterrogador no supone una au-

435 "Los colombianos somos unos insubordinados irreductibles (...) entre nosotros, la precaria ética urbana, en sus principios y reglas, resulta arrasada por la cerrera indisciplina que nos empuja a ignorar cuantas pautas interfieran con el ejercicio del sacrosanto derecho –que el ciudadano medio cree tener- de hacer lo que le parece. El instintivo impulso que acomete a tantos individuos de brincarse las normas y restricciones que se interpongan en el camino hacia la satisfacción de sus necesidades y caprichos, constituye la raíz primigenia del desorden en que los colombianos vivimos inmersos, evidente en cualquier instancia de nuestra vida cotidiana. Lo vemos y lo sufrimos en el tránsito de los vehículos, en la circulación de peatones, en el funcionamiento de las oficinas públicas y, en fin, en cualquier otra circunstancia que nos exija, en aras del interés común, someternos a reglas, obedecer señales, utilizar conductos regulares, respetar turnos y cumplir con fechas y horarios." (Puyana García, Germán, *¿Cómo somos? Los Colombianos. Reflexiones sobre nuestra idiosincrasia y cultura*, Bhandar editores, Bogotá, Segunda edición, 2.002, pp. 186 y 187).

436 Así, C. J. A. Mittermaier, quien al describir el "sistema de la acusación" señala que "en la lucha de las dos partes, del acusado y del acusador, que es la que constituye el proceso por acusación, se les ve al uno enfrente del otro hacerse la guerra **por cuantos medios están a su alcance**." Y agrega que "el contrainterrogatorio inglés nos ofrece una perfecta idea de éste procedimiento (*Tratado de la Prueba en Materia Criminal*, Reus, Octava edición, Madrid, 1929, p. 218 y nota al pie 1, s.n.). En el mismo sentido Florian, para quien "el concepto de contrainterrogatorio surge del conjunto de criterios que son propios de la organización procesal acusatoria, **en la cual el juez permanece inactivo, como que no tiene sino una función puramente directiva**, mientras las partes actúan solas y por si mismas en la aprehensión o adquisición de la prueba, según el estímulo de su respectivo interés o en la medida que éste les señale" (*De las Pruebas Penales*, op. cit., Vol. I, p. 265, s.n.). También Gorphe, quien se refiere a éstas "legislaciones de espíritu un tanto primitivo" en donde el papel del juez "se reduce a dirigir los debates para impedir que se desvíe el asunto y que se violen las reglas del procedimiento: debe tener gran cuidado en no inclinarse hacia ninguno de los dos platillos de la balanza; **si se arriesgase a intervenir indebidamente en el contra- interrogatorio**, la parte lesionada podría interponer apelación, y no dejaría nunca de hacerlo." (Gorphe, *La Crítica...*, op. cit., página 63, s.n.).

torización ilimitada para examinar de cualquier modo al testigo de cargo. Los deberes del titular del derecho al contrainterrogatorio para consigo mismo son los siguientes:

3.6.1. Deber de formular cada una de las preguntas sobre un *hecho específico*. Del cual surge una prohibición de contrainterrogar sobre hechos inespecíficos.[437]

Lo específico es lo opuesto a lo confuso o ininteligible, por lo que este deber se relaciona íntimamente con aquél otro de preguntar de manera *clara y precisa*.

Que cada pregunta deba referirse a un hecho significa que durante el contrainterrogatorio se prohíben las preguntas compuestas,[438] como quiera que abren un espacio de confusión en cuanto a que el testigo puede contestar "sí", "no" o "no recuerdo" a la pregunta como un todo, pero refiriéndose en realidad solo a uno de los hechos contenidos en ella.

3.6.2. Deber de no formular preguntas capciosas.[439]

Conviene señalar que una forma muy común de pregunta capciosa es aquella que supone hechos que aún no han sido probados en el proceso; de aquí surge la obligación, para el contrainterrogador, de atenerse a los hechos probados en la actuación al momento de formular las repreguntas.

Excepcionalmente puede formularse una pregunta que recaiga sobre un hecho que aún no se ha probado, pero que se espera probar más tarde en el curso del juicio.

En estos casos se debe demostrar sumariamente al juez que en el curso del juicio se probará el hecho en que se basa la pregunta y, por supuesto, así efectivamente debe hacerse en un momento posterior.

437 El inciso segundo del artículo 226 del Código de Procedimiento Civil dispone que "*cada pregunta versará sobre UN HECHO y deberá ser clara y precisa*". En el mismo sentido el artículo 392 de Ley 906 de 2004 señala que *"a) Toda pregunta versará sobre hechos específicos"*
438 Las *preguntas compuestas*, muy comunes en nuestra práctica forense, son aquéllas que incluyen dos o más hechos en su redacción, como cuando se pregunta al testigo *"si conoce a tal persona, en caso afirmativo, en razón de qué, hace cuánto y si es de su familia"*.
439 Véase el capítulo sobre *La pregunta sugestiva en el contrainterrogatorio*, No. 2.2.2. *La confusión entre las preguntas sugestivas y las preguntas capciosas*.

La anterior excepción se fundamenta en razones de economía procesal. Sería el caso en que al testigo A se le pregunte a partir del hecho X, que será probado por el testigo B, quien declarará después de ser escuchado A. Sería una pérdida de tiempo no permitir la pregunta sobre X durante el contrainterrogatorio de A, terminar el interrogatorio de éste, escuchar luego a B y probar X para llamar nuevamente a A, para formularle la pregunta que se basa en X.

3.6.3. Deber de no ejercer violencia sobre el testigo. De este deber surge la prohibición de utilizar el contrainterrogatorio para *hostigar*, *acosar* o *humillar*.[440]

En esta misma prohibición quedan comprendidas las preguntas que solamente tiendan a *ofender* al testigo durante el contrainterrogatorio.[441]

Este deber amerita un análisis detallado, pues su aplicación simple y llana podría en ciertos casos vulnerar la *naturaleza controversial* del contrainterrogatorio.

En efecto, una dosis razonable de *presión* -en el mejor sentido posible de la palabra, aun cuando quizá el término exacto quizá sea *confrontación*- es en muchos casos inherente al contrainterrogatorio de los testigos adversos, especialmente cuando se muestran sospechosos u hostiles.

Los jueces deben aplicar esta regla con mucha ponderación en el curso de los contrainterrogatorios, pues en ciertos casos el desarrollo de la diligencia puede naturalmente llegar a implicar algún grado de *malestar* para el testigo, en razón de la naturaleza de la confrontación directa. Nótese que, al fin y al cabo, se está tratando con un instrumento que está hecho para "refutar, en todo o en parte, lo que el testigo ha contestado."[442]

Nuestra cultura judicial inquisitiva, celosa de la iniciativa de las partes, suele proteger al testigo frente a *cualquier forma* de

440 El artículo 274 de la Ley 600 de 2.000 señala que "*el funcionario se abstendrá de... ejercer violencia sobre el testigo*". La prohibición, por supuesto, es extensible a las partes.
441 Véase el artículo 392 de la Ley 906 de 2.004, que señala "*c) El juez prohibirá toda pregunta que tienda a ofender al testigo*".
442 Artículo 393 de la Ley 906 de 2.004, "Reglas sobre el contrainterrogatorio".

turbación originada en el interrogatorio que éstas le formulen, por poca que sea.

Particularmente en el contrainterrogatorio de testigos hostiles es algunas veces inevitable algún tipo de situación "incómoda" para el declarante; ello no debe entenderse como una forma de ejercer *violencia* contra el testigo, ya que se trata de una situación connatural a la diligencia: se trata de un interrogatorio por la parte contraria a un testigo que declara y afecta sus intereses.

La "presión" que razonablemente se pueda ejercer contra el testigo bajo ciertas circunstancias, esa situación "poco amigable", será en algunos casos connatural al ejercicio del derecho de contradicción mediante el contrainterrogatorio, por lo que no debe ser prohibida.

Esto no es posible definirlo en abstracto, pues su aplicación remite necesariamente a una lógica de lo razonable en el caso concreto.

Por eso los funcionarios judiciales deben desarrollar una adecuada intuición a fin de aplicar su discreción judicial a los casos con prudencia y sabiduría; la línea que separa la 'presión razonable' del acoso u hostigamiento al testigo es delgada, pero, en todo caso, claramente delimitable para el juez atento a la diligencia y conocedor de la naturaleza humana.

Lo que se quiere significar es que sería un grave error obstaculizar el ejercicio del derecho a contrainterrogatorio invocando la prohibición de ejercer violencia contra el testigo ante *cualquier situación* en que se afecte la tranquilidad, o incluso la "comodidad" del testigo al ser repreguntado.

Como ya se dijo, esta advertencia es particularmente aplicable a los testigos sospechosos, o de los cuales se supone fundadamente que mienten, porque, como enseña F. Gorphe, "cuando un testigo parece sospechoso, hay lugar, de hecho a tratarlo un poco como a un inculpado, si se quiere probar su sinceridad."[443]

443 F. Gorphe, *La Crítica...*, op. cit., p. 61.

Y es que frente al testigo de mala fe, a quien se quiere y debe desenmascarar en sus mentiras, sería "ilusorio tratarlo con todos los miramientos debidos a un testigo sincero y escuchar complacidamente su falso relato; no es posible descubrir la verdad sino sometiéndolo a un estrecho interrogatorio."[444]

En el mismo sentido, ya Framarino Dei Malatesta advertía:

> ... frente al interrogatorio, la posición del testigo de mala de fe resulta en extremo peligrosa, pues la urdimbre de mentiras que ha tramado astuta y trabajosamente, le será destruida de un tajo, y el testigo mentiroso se sentirá atrapado dentro de sus propias trincheras, sin que encuentre modo de escapar, pues bajo el fuego de continuas preguntas lógicas, determinadas, **apremiantes** y no previstas, se turbará, incurrirá fácilmente en contradicciones y se verá obligado a rendirse, poniendo al descubierto sus embustes.[445] (s.n.)

En el mismo sentido, la psicología judicial advierte que en muchas ocasiones la verdad puede aflorar mejor cuando se lleva al testigo a una situación emotiva, lo cual suele ocurrir durante un contrainterrogatorio técnicamente presentado. En efecto, al referirse a los estados emotivos del testigo al momento de declarar, Dromard, citado por Altavilla, exponía:

> Las pasiones, en el sentido ordinario de la palabra, el amor, el odio, los celos, la cólera, la envidia, como los fenómenos fisiológicos del placer y del dolor, pueden poner el alma al desnudo, por sorpresa. Un choque pasional, especialmente cuando es violento e imprevisto, nos expone a menudo a traicionar sentimientos que escondíamos, ideas que guardábamos en silencio. Ello se revela sin que lo sepamos y nos hace sinceros a nuestro pesar, pero esto nos impide prescindir por otro medio de toda sinceridad, incitándonos a juicios parciales y a tratarlo todo injustamente. Un hombre víctima de intensa cólera, deja escapar verdades de las que querrá retractarse un momento después, y al dejar de controlarse, bajo la influencia de la exal-

444 F. Gorphe, *Apreciación Judicial de las Pruebas*, op. cit., pp. 343-344.
445 N. Framarino Dei Malatesta, *Lógica de las Pruebas en Materia Criminal*, op. cit., Vol. II, p. 87.

> tación suministra sobre él detalles que no se sospechaban. Mas a la lógica racional se sustituye la afectiva, de la cual brotan opiniones hostiles y acusaciones temerarias y calumniosas.[446]

Por ese motivo se enseña que "la agudeza del funcionario que interroga puede revelarse precisamente en saber producir tales emociones, y su equilibrio puede descubrirse en saberlas apreciar exactamente."[447] El consejo, obviamente, es extensible y muy especialmente a la parte que hace uso del contrainterrogatorio.

Precisamente ésa puede ser la utilidad del contrainterrogatorio en algunos casos especiales: producir ciertas emociones mediante la técnica de la pregunta sugestiva para llevar al testigo, por los estados emotivos involucrados, a un momento psicológico donde la verdad suele aflorar más fácilmente. Esta situación no debe ser confundida nunca con la *violencia* contra el testigo.

Pero estas enseñanzas no podrían tenerse en cuenta si se interpretase de modo rígido e inflexible la regla que prohíbe ejercer violencia contra el testigo, pues un criterio en extremo amplio del concepto implicaría oponerse al contrainterrogatorio ante cualquier manifestación importante de confrontación, que es, paradójicamente, lo que se busca con un contrainterrogatorio.

Por eso se insiste en que no siempre que un testigo resulte de cualquier modo turbado o apremiado por el fuego de las repreguntas deberá ser instantáneamente 'protegido' por el Juez mediante la interrupción o limitación del contrainterrogatorio.

Jamás se justifica que el testigo sea objeto de violencia, acoso, hostigamiento u ofensa bajo ninguna circunstancia. Esto no admite discusión. El problema en Colombia no es tanto normativo como aplicativo y de comprensión cultural a los casos concretos, en vista del desconocimiento de lo que significa el contrainterrogatorio en la práctica forense.

446 E. Alatavilla, *Sicología Judicial*, op. cit., Vol. II, p. 795.
447 Ibíd..

Es importante ilustrar este punto trayendo a lugar el caso *Alford vs. U.S.*[448], decidido por la Suprema Corte de los Estados Unidos. La Corte expresó en *Alford éstas* sabias palabras aplicables al tema debatido:

> El alcance del contrainterrogatorio con respecto a una materia apropiada de indagación está dentro de la discreción de la Corte. Ella puede ejercer un juicio para determinar si la materia fue exhaustiva.
>
> **Pero no se impone una obligación a la Corte, como se sugiere abajo, de proteger a un testigo de resultar desacreditado en el contrainterrogatorio**, bajo un intento de invasión a su protección constitucional contra la no auto incriminación, invocado apropiadamente. **Hay un deber de proteger al testigo de preguntas que vayan más allá de los vínculos de un apropiado contrainterrogatorio, solamente para acosar, fastidiar o humillarlo.** (s.n.) [449]

Lo expuesto sirve para evidenciar dos cosas:

En primer lugar, la colisión del principio de protección al testigo (P^1) con el principio de contradicción (P^2) debe ser solucionada por el juez en el ámbito del *peso* -no de la *validez*, pues ambos principios lo son-, determinando cuáles son las condicio-

448 282 U.S. 687 (1931).

449 Traducción propia. Conviene mencionar brevemente cuales fueron los hechos del caso: Alford fue juzgado y condenado por el delito de uso de correspondencia para defraudar. Durante el juicio declaró en su contra un testigo citado por el Gobierno. Al momento del contrainterrogatorio el abogado del acusado preguntó al testigo acerca de su lugar de residencia, pero la Corte de instancia sostuvo objeciones del Fiscal a esa pregunta, sobre la base de que eran impertinentes en un contrainterrogatorio.
El defensor insistió en que las preguntas eran apropiadas y que el jurado tenía derecho a saber quién era el testigo y donde vivía. La Corte sostuvo, una vez más, las objeciones del Fiscal y Alford fue condenado. El defensor planteó en apelación el incidente del contrainterrogatorio alegando, una violación del derecho a confrontar los testigos adversos, pero la Corte de apelaciones sostuvo la decisión de la instancia sobre la base de que se acertó al cumplir con el deber de proteger al testigo.
Pero la Corte Suprema de los Estados Unidos no estuvo de acuerdo y revocó, respondiendo afirmativamente a la cuestión de si se violó o no a Alford el derecho de la sexta enmienda a contrainterrogar los testigos adversos, al no permitírsele a su abogado preguntar al testigo acerca del lugar donde vivía.
En este caso la Corte Suprema encontró que el juzgador de instancia "impidió *in limine* cualquier pregunta sobre una materia con respecto a la cual la defensa estaba autorizada a un razonable contrainterrogatorio. Esto fue un abuso de la discreción judicial y un error perjudicial." En consecuencia, la Corte anuló la condena proferida en contra de Alford.

nes (C) bajo las cuáles un principio precede (P) al otro en el caso concreto, bajo la fórmula (P^1 P P^2) C.[450]

En segundo lugar, nuestra práctica forense (ante todo la judicatura) debería asumir el derecho al contrainterrogatorio con todas las consecuencias que ello implica, sobre la base de que es la Constitución misma la que está en juego en estos asuntos.

En efecto, nótese, en perspectiva comparada, que en *Alford* el juez, al prohibir formular una pregunta a un testigo adverso en una diligencia de contrainterrogatorio, dio lugar al planteamiento de una cuestión constitucional de la mayor envergadura e importancia jurídica que ocupó la atención del más alto tribunal de un país. Fue necesario que la Suprema Corte de los Estados Unidos se pronunciara hace setenta años acerca de si a un ciudadano le fue violado el derecho constitucional de contradicción al no permitírsele a su defensor preguntar al testigo de cargo "dónde vive".

Problemas como estos son los que tendrán que resolver nuestros jueces, tribunales y cortes si asumen la garantía del contrainterrogatorio como una práctica fundamental e inherente a lo que se entiende por un 'juicio justo' en Colombia.

3.6.4. Deber de formular al testigo adverso preguntas sobre lo que le consta o tiene *conocimiento personal*.[451] De ahí se deriva una prohibición de repreguntar al testigo sobre asuntos sobre los que no tiene directo conocimiento.

En este aspecto viene involucrado todo lo relacionado con el testimonio de oídas y la prueba de referencia; su tratamiento excedería con creces los objetivos de este libro.

450 Para la determinación de las relaciones de precedencia condicionadas y las reglas *iusfundamentales* en el marco de colisiones entre principios constitucionales, véase R. Alexy, op. cit., pp. 81 y ss.

451 El artículo 276.2 de la Ley 600 de 2.000, al igual que el artículo 228.2 del C. de Procedimiento Civil, dispone que una vez informado sucintamente el testigo acerca de los hechos objeto de su declaración "se le ordenará que haga un relato de cuanto le conste sobre los mismos"; el artículo 402 de la Ley 906 de 2.004 indica que "El testigo únicamente podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar o percibir".

3.6.5. Deber de formular preguntas *pertinentes* y *conducentes*. De este deber surge la prohibición de contrainterrogar sobre temas impertinentes o inconducentes.[452]

Dentro del concepto de preguntas impertinentes quedan comprendidas las preguntas *superfluas* o *inútiles*, pues lo superfluo equivale a lo insignificante, o a lo que en nada ayuda al proceso. Para el legislador, por ejemplo, son superfluas las preguntas que ya fueron respondidas por el testigo, a menos que ello sea útil para precisar la razón de la ciencia de su dicho.[453]

Cabe advertir que durante el contrainterrogatorio es usual que al testigo se le pregunte por aspectos o temas que ya ha respondido antes en el interrogatorio directo, incluso textualmente, para que los ratifique o repita. Ello hace parte de una técnica apropiada que pretende, o bien *obtener testimonio favorable* mediante la repetición del interrogatorio directo en aquellos puntos que corroboran la teoría del caso del contrainterrogador[454], o bien ratificar al testigo a efectos de proceder a *tachar o recusar su testimonio.*[455]

Esto para señalar que no necesariamente se incumple este deber en el contrainterrogatorio siempre que se formule al testigo una pregunta que ya respondió en el interrogatorio directo.

3.6.6. Deber de no formular *preguntas sugestivas* durante el contrainterrogatorio *sobre temas 'nuevos' o que no fueron abordados durante el interrogatorio directo*. De aquí se desprende una obligación de formular preguntas abiertas durante el contrainterrogatorio cuando se aborden temas que no fueron tratados en el interrogatorio directo.[456]

452 De conformidad con el inciso final del artículo 276 de la Ley 600 de 2.000, "el funcionario deberá requerir al testigo para que sus respuestas se limiten a los hechos que tengan relación con el objeto de la investigación". En similar sentido el numeral e) del artículo 392 de la Ley 906 de 2.004 que dispone: "El juez excluirá toda pregunta que no sea pertinente."
453 Establece el artículo 227.3 del Código de Procedimiento Civil que "El juez rechazará las preguntas manifiestamente impertinentes y las superfluas por ser repetición de una ya respondida, a menos que sean útiles para precisar la razón de la ciencia del testigo sobre el hecho..." En similar sentido, véase el artículo 235 de la Ley 600 de 2.000, sobre rechazo de las pruebas en general.
454 Sobre las técnicas para obtener testimonio favorable mediante la repetición del interrogatorio directo véase el capítulo sobre *Los Objetivos del Contrainterrogatorio*. Num. 1.1.1. *Realzar o enfatizar el testimonio favorable que proviene del testigo adverso.*
455 Sobre la ratificación del testimonio como primer paso del procedimiento de impugnación (*impeachment*) o tacha del testimonio véase el capítulo sobre *La Técnica de Impugnación*, Num. 2. *Teoría general de la impugnación de testigos*.
456 Artículo 391 Ley 906 de 2.004, tal y como se ha interpretado en el capítulo correspondiente a *El Alcance del Contrainterrogatorio.*

3.6.7. Deber de no formular *preguntas argumentativas* al testigo adverso durante el contrainterrogatorio.

Este deber se justifica en la medida en que el testigo debe declarar sobre *hechos*, no sobre los *argumentos* que de esos hechos se derivan y que deben reservarse para los alegatos de cierre o conclusión.[457]

Este deber suele incumplirse frecuentemente en el contrainterrogatorio, por cuanto la posibilidad de formular preguntas sugestivas facilita, por su estructura, convertirlas en argumentos.

Una pregunta es argumentativa cuando se la formula más en orden a persuadir al juzgador que para obtener información del testigo, o cuando pide expresamente un argumento, o se pregunta al testigo si está de acuerdo con inferencias derivadas de los hechos.[458]

Un ejemplo de pregunta argumentativa sería el siguiente:

P: ¿Está usted de acuerdo en que usted no vio al acusado disparar el arma?

3.6.8. Deber de no solicitar conceptos, opiniones, conclusiones, valoraciones, especulaciones o hipótesis al testigo adverso durante el contrainterrogatorio.

Este deber se fundamenta en el mandato que exige al contrainterrogador preguntar por *hechos*.

Sin embargo, ésta regla general tiene dos excepciones:

a) Se permite éste tipo de preguntas al testigo lego o no experto cuando sea necesario para aclarar sus percepciones.[459]

457 Del texto del inciso segundo del artículo 226 del Código de Procedimiento Civil se desprende que las preguntas deben versar sobre 'hechos': "cada pregunta deberá versar sobre un hecho". El artículo 276.2 de la Ley 600 de 2.000, al igual que el artículo 228.2 del Código de Procedimiento Civil, exige al juez solicitarle al testigo un relato de los "hechos" que le constan. En igual sentido, el numeral a) artículo 392 de la Ley 906 de 2.004 dispone que toda pregunta versará sobre "hechos" específicos.
458 E. Gardner Brownlee, *Objections To Evidence. Trial Judges Guide*, National College of the State Judiciary, Washington, 1974, p. 31.
459 El artículo 227 del Código de Procedimiento Civil señala en su inciso segundo que "El juez .. rechazará también las preguntas que tiendan a provocar conceptos del declarante que no sean necesarios para precisar o aclarar sus percepciones..."

Como enseña la doctrina,[460] muchas veces es difícil separar la opinión del testigo sobre el hecho de su declaración sobre el hecho mismo; ello suele ocurrir, a título de ejemplo, cuando el testigo se refiere a velocidades estimadas, o a los efectos aparentes de intoxicación en otra persona.

Por eso, las opiniones que no se permiten al testigo lego son aquellas que requieren un conocimiento o una experiencia *no comprendidos dentro de lo que se considera normal en el común de las personas.* Las demás opiniones son permitidas porque sirven para aclarar y comprender las percepciones del testigo sobre los hechos.

A manera de ilustración de lo que se viene diciendo, la Regla 51 de las Reglas de Evidencia vigentes en Puerto Rico señala lo siguiente:

> 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.

Así, por ejemplo, un testigo lego puede declarar acerca de la velocidad a la que, en su opinión, se desplazaba un vehículo por él percibido, pero no debe serle preguntado acerca de si, en su opinión, la velocidad del vehículo causó el accidente investigado.

b) Se permite este tipo de preguntas a los peritos o personas especialmente calificadas por sus conocimientos técnicos, científicos o artísticos sobre la materia.[461]

460 Se sigue a E. Gardner Brownlee, op. cit., p. 95-96.
461 El numeral 2, inciso 3 del artículo 276 de la Ley 600 de 2.000 señala: "Se permitirá provocar conceptos al declarante cuando sea una persona especialmente calificada por sus conocimientos técnicos, científicos o artísticos sobre la materia". En el mismo sentido se pronuncia el inciso segundo del artículo 227 del Código de Procedimiento Civil, ya citado.

3.6.9. Deber de actuar con *absoluta lealtad* durante el contrainterrogatorio. De este deber surge la expresa y clara prohibición de actuar deslealmente durante este ejercicio de contradicción.[462]

Se trata de una norma prohibitiva de clausura que permite al juez controlar cualquier otro comportamiento distinto a los expuestos y que sea claramente indebido o inapropiado durante el contrainterrogatorio.

Este deber es una aplicación particular, al contrainterrogatorio, del deber general de comportamiento ético exigible a los intervinientes en el curso de todo proceso judicial.[463]

Obviamente, la determinación de la conducta *desleal* durante el contrainterrogatorio no es una puerta abierta para que el juez limite arbitrariamente el ejercicio de este derecho.

La limitación del contrainterrogatorio por este aspecto solo será legítima en las circunstancias en las que, objetivamente, se demuestre con hechos articulables un comportamiento claramente desleal, según los estándares vigentes en la comunidad jurídica.

La infracción del deber de lealtad genera como contrapartida la reconvención por parte del juez al contrainterrogador para que adecue su comportamiento a los parámetros éticos quebrantados.

Sobre el deber de lealtad durante el contrainterrogatorio se debe advertir que nada afecta tanto el caso de un litigante como la imagen que éste proyecte ante el juzgador.

El incumplimiento de los deberes que impone el contrainterrogatorio no solamente trae como consecuencia la sanción de prohibir la formulación de la pregunta respectiva. Esa es la me-

462 El inciso final del artículo 392 de la Ley 906 de 2.004 dispone dentro de las Reglas sobre el interrogatorio que "El juez intervendrá con el fin de que el interrogatorio sea leal..."
463 El artículo 12 de la Ley 906 de 2.004 dispone que "Todos los que intervienen en la actuación, sin excepción alguna, están en el deber de obrar con absoluta lealtad y buena fe." El artículo 140.1 de la misma Ley consagra dentro de los deberes de las partes e intervinientes "Proceder con lealtad y buena fe en todos sus actos." Y el artículo 141 considera que ha existido temeridad o mala fe en cuatro casos, agregando "5. Cuando por cualquier otro medio se entorpezca el desarrollo normal de la actuación procesal." En el mismo sentido se pronuncian los artículos 17, 145.1 y 146.5 de la Ley 600 de 2.000 y los artículos 37.3. 71.1 y 74.5 del Código de Procedimiento Civil.

nos grave de las sanciones, pues el efecto último que sufrirá quien desconozca los deberes inherentes al contrainterrogatorio en un Juzgado, Tribunal o Corte colombiana será la pérdida de credibilidad como abogado ante los jueces y, con ello, la de su caso.

Una pregunta mal formulada se puede reformular, retirar o defender. Pero, la credibilidad manchada por una práctica desleal del contrainterrogatorio difícilmente puede limpiarla el abogado en ése y en todos los juicios por venir.

Un aspecto relevante dentro de la obligación de contrainterrogar sujeto al deber de *lealtad* tiene que ver con al exigencia de *buena fe* al formular las repreguntas.

En cuanto a la exigencia de *buena fe* en el contrainterrogatorio, Bergman anota lo siguiente:

> ... usted puede preguntar al testigo...: "¿Usted había ingerido cocaína una hora o dos antes de la conversación?" Puede defender esa pregunta diciendo: "Me limito a preguntar. El testigo puede negarlo". Pero **a menos que uno tenga una base de buena fe para formular la pregunta**, ésta generalmente estará fuera de lugar. Formular la pregunta implica **contar con un apoyo fundacional**. Y sobre todo cuando una pregunta tiene que ver con los rasgos del carácter, es típico que uno **no pueda formularla si carece de una creencia de buena fe en el sentido de que la implicación es válida.**[464] (s.n.)

En similar sentido, Hegland escribe sobre "una cuestión final pero importante acerca de los careos", refiriéndose a los contrainterrogatorios:

> Desde el punto de vista ético es impropio formular una pregunta acusadora (¿Cuándo impidió usted que continuaran descargando puntapiés contra su cachorrito?), **a menos que disponga de pruebas que confirmen la insinuación.**[465] (s.n.)

464 Bergman, op. cit., p. 168.
465 Hegland, op. cit., p. 116.

En efecto, es usual que en un contrainterrogatorio se formulen al testigo preguntas que podrían llamarse *acusadoras*, en cuanto contienen un señalamiento que, comúnmente, servirá de base al contrainterrogador, por ejemplo, para una alegación sobre el carácter sospechoso del declarante.

El deber de *lealtad* exige que las preguntas acusadoras deban formularse siempre al testigo *sobre bases de buena fe* por parte de quien contrainterroga, es decir, cuando se pueda de alguna manera confirmar o verificar que la pregunta se apoya, de buena fe, en determinada base fáctica.

Así las cosas, el contrainterrogador debe estar preparado para articular las bases de la buena fe en todas las preguntas formuladas, dado el evento en que llegaren a ser objetadas por ese motivo.

Sobre el tema Romero Soto y Romero Alvarez enseñan:

> Cuando quiera que por la persona que lleva a cabo el [contrainterrogatorio] se plantea o formula al testigo de la contraparte una pregunta, ella debe estar limitada por las exigencias de la buena fe o sea que no es procesionalmente ético para un abogado formular preguntas que impliquen la existencia de hechos predicados para los cuales una buena fe en su creencia no se tiene.
>
> En consecuencia, la anterior consideración requiere que quien interroga [contrainterroga] tenga una honesta creencia en la verdad de aquellos hechos incluidos dentro de la pregunta como un prerrequisito para formular la pregunta.[466]

La exigencia de buena fe se comprende desde el otro punto de vista implicado: el *perjuicio* que ocasionaría la permisión contraria en el proceso; en efecto, la repetición de preguntas de mala fe:

> … solamente serviría para aumentar el peligro que el jurado pueda erróneamente creer que la acusación contenida en esas preguntas, a pesar de las negaciones y bajo juramento del testi-

466 Romero Soto y Romero Alvarez, op. cit., 3ª edición, p. 549, paréntesis fuera del texto original.

go. Desde esas circunstancias, el éxito sería medido por la perseverancia de la imaginación de quien interroga y el importe del abuso verbal que fuera capaz de ser acumulado sobre el testigo de la contraparte. Así las cosas, la regla de la buena fe fue formulada para proteger al testigo de falsas y maliciosas acusaciones y convencer a quien [contrainterroga] de su intento de ejercer o intentar hacerlo, influencias sobre el jurado de manera no apropiada desde el punto de vista legal y ético.[467]

Es por eso que, finalmente, la doctrina nacional advierte:

La última enseñanza con respecto a las preguntas de mala fe es que la ley habrá de permitir fuertes vientos pero no un aire viciado. Ningún [contrainterrogador] puede acudir a ficciones con el fin de dar un desarrollo amplio a su caso. Cuando quiera que la buena fe en las bases falta, el ataque a estas puede ser lanzado. Por otra parte, en donde quiera exista buena fe en las bases para una pregunta quien [contrainterroga] tiene la obligación de continuar.[468]

467 Romero Soto y Romero Álvarez, op. cit, 3ª edición, p. 549-550, paréntesis fuera del texto original.
468 Ibíd., p. 553, paréntesis fuera del texto original.

V.
El Contrainterrogatorio en la Jurisprudencia de Casación Penal*

En este capítulo se pretende presentar un panorama general del estado del contrainterrogatorio en la jurisprudencia de casación penal. El análisis –de ninguna manera exhaustivo- ubicará al lector en la materia y, probablemente, abrirá el debate para posteriores estudios mucho más detallados y completos.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia[469] se ha pronunciado en repetidas ocasiones sobre el derecho al contrainterrogatorio de los testigos de cargo.[470]

* Los precedentes sobre contrainterrogatorio referenciados en este capítulo serán citados como "casos", indicando el primer apellido del demandante; para mayor precisión se anotará en la margen inferior el número de radicación del proceso, seguido de la fecha de la sentencia (día/mes/año) y el Magistrado Ponente.

469 En adelante la Corte.

470 Véanse, entre otras, las siguientes sentencias de casación: Proceso 15401, sentencia del 10 de abril de 2003, M. P. Herman Galán Castellanos; Proceso 15.260, sentencia del 12 de septiembre de 2002, M. P., Nilson Pinilla Pinilla; Proceso 15.234, sentencia del 21 de febrero de 2002, M. P. Jorge E. Córdoba Poveda; Proceso 14.576, sentencia del 21 de marzo de 2002, M. P. Jorge E. Córdoba Poveda; Proceso 14.283, sentencia del 17 de enero de 2002, M. P. Herman Galán Castellanos; Proceso 14.180, sentencia de enero 24 de 2002, M. P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón; Proceso 20.597, sentencia del 18 de febrero de 2004, M. P. Mauro Solarte Portilla; Proceso 19.393, sentencia del 29 de julio de 2003, M. P. Marina Pulido de Barón; Proceso 18.474, sentencia del 12 de noviembre de 2003, M. P. Marina Pulido de Barón; Proceso 17.394, sentencia del 8 de octubre de 2003, M. P. Yesid Ramírez Bastidas; Proceso 16734, sentencia del 17 de septiembre de 2003, M. P. Marina Pulido de Barón; Proceso 16.233, sentencia del 7 de noviembre de 2002, M. P. Jorge Aníbal Gómez Gallego; Proceso 16.170, sentencia del 25 de febrero de 2004, M .P. Alfredo Gómez Quintero; Proceso 15.230, sentencia del 13 de agosto de 2003, M. P. Yesid Ramírez Bastidas; Proceso 14.667, sentencia del 6 de agosto de 2003, M. P. Carlos Augusto Gálvez Argote; Proceso 13.979, sentencia del 30 de agosto 30 de 1999, M. P. Jorge Aníbal Gómez Gallego; Proceso 11.032, sentencia del 25 de marzo de 1999, M. P. Jorge Aníbal Gómez Gallego; Proceso 10.531, sentencia del 25 de marzo de 1999, M. P.: Dr. Edgar Lombana Trujillo; Proceso 13.758, sentencia del 18 de julio de 2001, M. P. Dr. Jorge Córdoba Poveda; Proceso

Los precedentes de casación en materia de contrainterrogatorio se encuentran diseminados y por lo general desconectados entre sí. Es usual que la jurisprudencia de casación sobre este tema reitere una línea jurisprudencial sin hacer referencia a otras decisiones previas sobre el mismo punto, lo que explica la existencia de numerosas "islas" o precedentes no conectados internamente pero materialmente decididos en un mismo sentido.

Esta situación hace un tanto difícil el estudio de la jurisprudencia de casación sobre esta materia, pues la labor de investigación de precedentes se dificulta debido a la ocasional inexistencia de referencias internas entre las distintas decisiones.

1. La jurisprudencia sobre contrainterrogatorio.

1.1. Análisis descriptivo: Problemas jurídicos abordados por la Sala Penal.

La lectura de los precedentes sobre contrainterrogatorio permite concluir que la Sala Penal de la Corte ha desarrollado tres grandes líneas de jurisprudencia en orden a responder los siguientes problemas jurídicos:

15.286, sentencia del octubre 2 del 2001, M. P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón y Fernando E. Arboleda Ripoll; Proceso 11.616, sentencia de diciembre 15 de 1999, M. P. Jorge Córdoba Poveda; Proceso 10.684, sentencia del 28 de agosto de 1996, M. P. Carlos E. Mejía Escobar; Proceso 12.031, sentencia del 15 de noviembre de 2001, M. P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón; Proceso 14.252, sentencia del febrero 27 del 2003, M. P. Fernando E. Arboleda Ripoll; Proceso 11.111, sentencia del 27 de noviembre de 2001, M. P. Jorge Aníbal Gómez Gallego; Proceso 15.408, sentencia del 11 de abril de 2002, M. P. Fernando E. Arboleda Ripoll; Pro-ceso 14.536, sentencia del 2 de abril de 2001, M. P. Edgar Lombana Trujillo; Proceso 13.884, sentencia del 4 de septiembre de 2003, M. P. Carlos Augusto Gálvez Argote; Proceso 13.790, sentencia del 8 de octubre de 2001, M. P. Edgar Lombana Trujillo; Proceso 13.704, sentencia del 23 de mayo de 2001, M. P. Jorge Aníbal Gómez Gallego; Proceso 13.198, sentencia del 25 de abril del 2001, M. P. Jorge Córdoba Poveda; Proceso 12.390, sentencia del 23 de julio de 2003, M. P. Edgar Lombana Trujillo; Proceso 11.612, sentencia del 8 de octubre de 1999, M. P. Carlos Augusto Gálvez Argote; Proceso 11.240, sentencia del 30 de enero de 2003, M. P. Yesid Ramírez Bastidas; Proceso 10.083, sentencia del 26 de noviembre de 2001, M. P. Jorge E. Córdoba Poveda.

1.1.1. Primer problema jurídico: violación del derecho a la defensa técnica por omisión de solicitud de contrainterrogatorio.

Un grupo importante de sentencias enfocan este derecho desde la perspectiva de la omisión de solicitud de contrainterrogatorio a los testigos de cargo por parte de la defensa técnica del acusado. Se ubican en esta línea jurisprudencial, entre otros, los casos *Solórzano*[471], *Tolosa*[472], *Caro*[473], *Marín*[474] y *Burgos*[475].

Estas sentencias responden a un mismo problema constitucional, que bien puede concretarse en la siguiente pregunta que encabeza esta primera línea de jurisprudencia:

La omisión de contrainterrogatorio a los testigos de cargo imputable al defensor del acusado, ¿vulnera el derecho a la defensa técnica?

Esta pregunta constitucional puede ser contestada en dos sentidos excluyentes:

De un lado puede responderse **afirmativamente**, por cuanto el contrainterrogatorio de los testigos de cargo hace efectivos los derechos de defensa y contradicción; de ahí que el abogado que no ponga en marcha aquél mecanismo afectará el derecho a la defensa técnica de su cliente.

De otro lado la pregunta puede contestarse **negativamente**, bajo el entendido de que la real asistencia profesional al sindicado debe juzgarse en un contexto unitario, en el que interesa que no carezca de defensa técnica durante el curso del proceso.

La jurisprudencia de la Corte se ha inclinado invariablemente hacia la respuesta negativa al problema que encabeza esta línea jurisprudencial

En general la Corte no hace lugar a planteamientos por violación del derecho a la defensa técnica sobre la base de que el

471 10531, 25/3/99, M. P. Dr. Edgar Lombana Trujillo.
472 11.612, 8/10/99, M. P. Carlos Augusto Gálvez Argote.
473 13.704, 23/5/01, M. P. Jorge Aníbal Gómez Gallego.
474 10.083, 26/11/01, M. P. Jorge E. Córdoba Poveda.
475 11.111, 27/11/01, M. P. Jorge Aníbal Gómez Gallego.

defensor del acusado desarrolló una determinada estrategia de defensa que no es compartida por quien demanda en casación.[476]

Para sustentar sus decisiones, respondiendo negativamente al problema formulado, la Corte insistentemente reitera que *el derecho de contradicción no se reduce al contrainterrogatorio de los testigos,* siendo éste apenas una de las formas de materializar el derecho de contradicción, que se hace efectivo también, por ejemplo, mediante las alegaciones, la crítica de la prueba en si misma considerada, la interposición de recursos, la presentación de pruebas de defensa, entre otras.

La conclusión del estudio de esta línea jurisprudencial es que no procede un planteamiento de nulidad por violación del derecho a la defensa técnica apoyado en el hecho de que el defensor del acusado no contrainterrogó a los testigos de cargo.

El único caso en que podría prosperar un planteamiento semejante se presentaría cuando se demuestre que la omisión de contrainterrogar los testigos de cargo afectó gravemente el derecho a la defensa, por cuanto era ese el único medio para controvertir eficazmente la prueba.

1.1.2. Segundo problema jurídico: violación del derecho a la defensa por omisión de práctica del contrainterrogatorio decretado.

Una importante masa de sentencias analizadas puede agruparse en torno al siguiente problema constitucional, común a todas ellas, y que encabeza esta segunda línea jurisprudencial:

¿Vulnera el derecho a la defensa la omisión de contrainterrogatorio a los testigos de cargo, oportunamente solicitado por el defensor del acusado y decretado por el funcionario judicial?

Esta pregunta constitucional puede ser contestada de dos formas excluyentes:

De un lado puede contestarse **afirmativamente,** por cuanto el contrainterrogatorio materializa los derechos de defensa y con-

476 Sobre el tema véase Marín, Adriana y Murcia, Lizette Adriana, *Elaboración de la Línea Jurisprudencial sobre Defensa Técnica en la Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Penal,* en La Defensa, Revista de la Defensoría Pública de Colombia Nº 4, pp. 42-51.

tradicción, de donde, al desconocerse aquél, se afectan éstos. Además, al solicitar el contrainterrogatorio el defensor elige controvertir la declaración adversa *directamente*, por lo que la administración de justicia debería hacer efectivo ese derecho posibilitando el contrainterrogatorio.

De otro lado, la pregunta formulada puede contestarse ***negativamente*** en atención a que el contrainterrogatorio a los testigos de cargo, aun cuando haya sido oportunamente solicitado por el defensor del acusado y decretado por el funcionario judicial, puede frustrarse por causas no imputables a la administración de justicia; además el defensor podría controvertir el testimonio adverso por diversos medios distintos del contrainterrogatorio, tal y como ocurre cuando lo descalifica argumentativamente, solicita la práctica de otros medios probatorios que desvirtúan el contenido de la declaración, o impugna las providencias que lo valoran en cierto sentido que no comparte.

La jurisprudencia de la Corte se ha inclinado invariablemente hacia la respuesta negativa al problema que encabeza esta línea jurisprudencial

El análisis de las sentencias que han abordado esta problemática muestra que la masa jurisprudencial se agrupa en tres grandes grupos de casos, todos dependientes de la misma línea jurisprudencial, así.

1. Un primer grupo de casos presenta patrones fácticos y argumentales comunes en cuanto a que la omisión de contrainterrogatorio se justifica en la posibilidad que tiene el acusado, o su defensor, de controvertir el testimonio adverso mediante otros medios diversos al contrainterrogatorio. A este grupo pertenecen, entre otros, los casos *Becerra*[477], *Castiblanco*[478], *Garavito*[479] y *Mejía*[480].

477 15.286, 2/10/01, M. P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón y Fernando E. Arboleda Ripoll.
478 13.758, 18/7/01, M. P. Dr. Jorge Córdoba Poveda.
479 14.536, 2/4/01, M. P. Edgar Lombana Trujillo.
480 11.031, 25/3/99, M. P. Jorge Aníbal Gómez Gallego.

2. Otro grupo de casos presenta patrones fácticos y argumentales semejantes en cuanto al infructuoso agotamiento de los medios para lograr la comparecencia del testigo adverso a la diligencia de contrainterrogatorio. Aquí se encuentran, entre otros, los precedentes *Londoño*[481], *Taborda*[482], *Becerra*[483] y *Tolosa*[484], al igual que los casos *Caro*[485] y *Rodríguez*[486].

3. Otro grupo de casos refiere una singular situación, de bastante ocurrencia en nuestra práctica forense, en la que la omisión de contrainterrogatorio se deriva de no avisar al defensor acerca de la fecha y hora elegida por el funcionario judicial (usualmente el Fiscal en la instrucción) para llevar a cabo la diligencia de testimonio. La falta de comunicación al defensor genera su inasistencia a la diligencia, con la consecuente pérdida de la oportunidad para contrainterrogar al declarante adverso. En esta línea de argumentación se encuentran, entre otros, los casos *Usme*[487], *Rivera*[488] y *Tabares*[489].

1.1.3. Tercer problema jurídico: violación del derecho a la defensa por omisión de decreto del contrainterrogatorio solicitado.

Finalmente otro grupo de decisiones judiciales enfocan el derecho al contrainterrogatorio desde otra perspectiva: la de la prueba solicitada por la parte y negada por el funcionario judicial. Hacen parte de esta línea jurisprudencial, entre otros, los casos *Rivera*[490], *Atehortúa*[491] y *Contreras*[492], entre otros.

Estas sentencias responden a un mismo planteamiento constitucional, que se concreta en la siguiente pregunta que encabeza esta tercera línea de jurisprudencia:

481 11.240, 1/30/03, M. P. Yesid Ramírez Bastidas.
482 12.930, 23/7/03, M. P. Edgar Lombana Trujillo.
483 15.286, 2/10/01, M. P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón y Fernando E. Arboleda Ripoll.
484 11.612, 8/10/99, M. P. Carlos Augusto Gálvez Argote.
485 13.704, 23/5/01, M. P. Jorge Aníbal Gómez Gallego.
486 13.198, 25/4/01, M. P. Jorge Córdoba Poveda.
487 14.252, 27/2/03, M. P. Fernando E. Arboleda Ripoll.
488 11.616, 15/12/99, M. P. Jorge Córdoba Poveda.
489 15.401, 10/4/03, M. P. Herman Galán Castellanos.
490 11.616, 15/12/99, M. P. Jorge Córdoba Poveda.
491 12.031, 15/11/01, M. P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.
492 13.884, 4/9/03, M. P. Carlos Augusto Gálvez Argote.

¿Vulnera el derecho de defensa la negativa del funcionario judicial de acceder al contrainterrogatorio de los testigos adversos que declaran en contra del procesado?

Esta pregunta constitucional puede ser contestada de dos formas excluyentes:

De un lado puede contestarse **afirmativamente**, por cuanto el contrainterrogatorio de los testigos adversos, al hacer efectivos los derechos de defensa y contradicción, se ve lesionado cuando el funcionario judicial niega dicha solicitud probatoria.

De otro lado, la pregunta puede responderse **negativamente** bajo el entendido que no basta que el funcionario judicial niegue el contrainterrogatorio para que se configure una violación del derecho a la defensa, toda vez que es necesario que el afectado no *convalide* la decisión, guardando silencio en señal de conformidad tácita con la negativa.

La jurisprudencia de la Corte se ha inclinado invariablemente hacia la respuesta negativa al problema que encabeza esta línea jurisprudencial

La Corte no hace lugar a este tipo de planteamientos cuando constata que, en el caso concreto, el defensor del acusado convalidó la situación que motiva la queja en sede de casación.

Y, para reforzar su conclusión, también la Corte reitera que el derecho de contradicción no se reduce al contrainterrogatorio de los testigos adversos, siendo ésta apenas una de las formas de instrumentalizar el derecho de contradicción.

1.1.4. Limitaciones al Contrainterrogatorio.

En algunos casos la Corte ha avalado los límites impuestos por los funcionarios judiciales al ejercicio del contrainterrogatorio por parte de los sujetos procesales. Así, entre otros, amerita mención el caso *Fiscal Seccional de San Gil*.[493]

493 15.408, 11/4/02, M. P. Fernando E. Arboleda Ripoll.

Este caso versó sobre un Fiscal que interrogó a la procesada en audiencia pública; una vez los demás sujetos procesales finalizaron sus interrogatorios el Fiscal solicitó nuevamente la palabra a la Juez para interrogar a la procesada; el defensor de ésta se opuso alegando que ya le había sido concedida la palabra, a lo que la Juez hizo lugar a la objeción y negó un segundo contrainterrogatorio por parte del Fiscal.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil absolvió en segunda instancia a las procesadas de los cargos imputados en la resolución de acusación por el delito de peculado por apropiación, en condición de cómplices, a lo que el Fiscal demandó en casación alegando que le fue vulnerado por el juez de la causa el derecho de defensa, al impedírsele en la audiencia pública contrainterrogar por segunda vez a una de las procesadas. La Corte denegó el planteamiento y expuso:

> En el caso analizado, lo primero que se advierte es que las afirmaciones del casacionista, en el sentido de que la Juez le negó el derecho a interrogar a la procesada **Genny Torres Aguilera** en el curso de la audiencia pública, no son literalmente ciertas, porque de la confrontación del acta respectiva se establece que todos los sujetos procesales, incluido el Fiscal, formularon preguntas a la acusada, y que lo hicieron en el siguiente orden: defensor de Gladys Myriam Parra Martínez (fls.107/7), Fiscal del proceso (fls.107/7), defensor de Genny Torres Aguilera (fls.109/7) y defensor de María Esperanza Ardila Viuda de Ariza (fls.110/7).
>
> Lo que ocurre es que el ahora demandante pretendió interrogar en diferentes momentos, y esto motivó la protesta del defensor de la declarante, quien objetó su pretensión por extemporánea, originándose un incidente que la Juez resolvió en favor de este último, por considerar que el Fiscal ya había hecho uso del derecho (fls.110 del cuaderno No.7), situación que resulta ser distinta de la que sirve de sustento al reproche. Y **no se advierte que los otros sujetos procesales hubiesen recibido tratamiento preferencial**, para sostener, como lo hace el actor, que la actuación de la Juez hubiese sido violatoria del principio de igualdad de las partes. (paréntesis en el texto original)

La *ratio decidendi* de esta sentencia se concreta en que *no se vulnera el derecho de defensa cuando en la audiencia pública el juzgador le impide al Fiscal contrainterrogar por segunda vez al acusado, siempre que se mantenga el equilibrio entre las partes.*

1.2. Análisis crítico. Núcleos problemáticos de la jurisprudencia de casación en materia de contrainterrogatorio.

El entramado jurisprudencial presentado en el punto anterior contiene cuatro grandes núcleos problemáticos de relevancia constitucional que merecen ser expuestos y analizados en detalle.

Un sistema de justicia recibe la doctrina de casación que se merece, de acuerdo con la calidad de sus prácticas judiciales. Esto no se afirma en un sentido de mediocre conformidad sino desde el punto de vista explicativo: según sea la calidad de las actitudes procesales de los operadores jurídicos, sus técnicas e intercambios de litigación, así mismo responderá la Corte de casación al perfilar los senderos de las garantías procesales.

Hasta donde se conoce, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia no ha hecho lugar a un planteamiento sobre violación del derecho al contrainterrogatorio. Eso no solo demuestra que algunos aspectos de su doctrina sobre la materia son restrictivos y merecen ser reformados sino, ante todo, que deben también repensarse muchas de las prácticas judiciales de los operadores jurídicos que invocan el derecho al contrainterrogatorio en los procesos judiciales.

1.2.1. La obligación de garantizar la comparecencia del testigo adverso a efectos de hacer posible la diligencia de contrainterrogatorio.

La presencia del testigo adverso es presupuesto fáctico necesario del derecho al contrainterrogatorio, pues no hay contrainterrogatorio sin testigo a quien contrainterrogar. Es el Estado, y no el titular del derecho al contrainterrogatorio, quien tiene el deber de garantizar la comparecencia del testigo de cargo al proceso judicial. Si esta obligación no se cumple a cabalidad se verá

gravemente afectado el derecho a contrainterrogar los testigos de cargo, garantía mínima de toda persona acusada de un delito consagrada en los Pactos Internacionales sobre derechos Humanos.[494]

En la práctica forense penal colombiana es usual que los testigos adversos no comparezcan al proceso cuando la defensa pretende contrainterrogarlos, incluso cuando ostentan la calidad de servidores públicos.

Sabiendo la importancia que para los operadores jurídicos tienen las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, conviene entonces preguntarse:

¿Qué estándar está imponiendo la jurisprudencia de casación para entender cabalmente satisfecho el deber del Estado de garantizar la comparecencia de los testigos de cargo al proceso penal?

Los precedentes *Caro*[495] y *Rodríguez*[496] sostienen que el Estado satisface el deber de hacer comparecer al testigo de cargo expidiendo la respectiva citación o boleta de comparecencia.

En efecto, en el caso *Caro* el demandante señaló que le fue vulnerado el derecho de defensa al procesado en vista de la imposibilidad de contrainterrogar al testigo de cargo Luis Montoya Penagos, quien no asistió a las citaciones que le hiciera el funcionario judicial.

La Corte no estuvo de acuerdo y señaló que "si bien no se logró la presencia de un quinto deponente, Luis Montoya Penagos, ello en modo alguno resulta atribuible al funcionario de conocimiento **quien para tal efecto expidió la citación respectiva**." **(s.n.)**

Esta sentencia no menciona ningún hecho que haya justifica-

494 Véase el capítulo sobre El Derecho Fundamental al Contrainterrogatorio, Num. 3.5.2.2. Acciones positivas relacionadas con la disponibilidad del testigo.
495 13.704, 23/5/01, M. P. Jorge Aníbal Gómez Gallego.
496 13.198, 25/4/01, M. P. Jorge Córdoba Poveda.

do la inasistencia del testigo de cargo a la diligencia judicial. Como este hecho no aparece mencionado en la sentencia no debe considerarse relevante para la decisión de la Corte, así haya existido realmente en el caso estudiado.[497]

Por su parte, en el caso *Rodríguez* el demandante reclamó la vulneración del derecho de defensa del acusado sobre la base de que no se celebró la ampliación de declaración con fines de contrainterrogatorio de las testigos de cargo, prueba solicitada por la defensa y decretada por el funcionario judicial. La Corte contestó a esto:

Finalmente, la no práctica del interrogatorio, por parte de la defensa, es ajena a la administración de justicia, pues las declarantes fueron oportunamente citadas, pero no comparecieron.

Al igual que en el caso *Caro*, no aparece en la sentencia ningún hecho que indique el motivo por el cual las testigos de cargo no acudieron al despacho judicial a declarar, de donde se deduce que la justificación de la inasistencia a declarar, si es que existió, se juzgó por la Corte como irrelevante.

No se comparte el bajísimo estándar acuñado por la Corte en estos dos precedentes, pues en realidad sería muy poco lo que el Estado tendría que hacer para librarse de la obligación de garantizar la comparecencia de los testigos adversos.

Tan cara obligación no puede quedar reducida a la simple "citación del testigo", sumada a la confianza en su buena voluntad de cumplir el requerimiento.

La consecuencia de este planteamiento será la grave ruptura del derecho al contrainterrogatorio, que perderá valía e importancia en la práctica forense. Este criterio jurisprudencial tiene el grave efecto de relajar a los funcionarios judiciales en el cumplimiento del deber de hacer comparecer a los testigos que serán objeto de

497 Es una de las reglas expuestas por *Goodhart* para determinar los hechos relevantes o materiales de la decisión judicial y, con ellos, su ratio decidendi. Cfr. Cueto Rua, Julio Cesar, *El Common Law. Su estructura normativa su enseñanza*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 136. También López Medina, Diego Eduardo, *El Derecho de los Jueces*, Legis, primera reimpresión, Bogotá, 2001, p. 120.

contrainterrogatorio, pues la sola citación, sin más, excusaría a la administración de justicia si el testigo no se presentase.

Afortunadamente estos dos precedentes encuentran oposición en el caso *Tolosa*[498], decidido dos años antes. En este caso se consideró vulnerado el derecho constitucional de defensa de la acusada en cuanto no se practicó el contrainterrogatorio del testigo de cargo Antonio Alzate Gaviria, solicitado por el acusado y decretado por el funcionario judicial. La Corte contestó:

> 6. Ahora, el hecho de que, precisamente, en pleno ejercicio del derecho de contradicción probatoria haya recurrido el demandante a solicitar la ampliación de la declaración rendida por el testigo de excepción y el compañero de la víctima, y que estas no hayan podido practicarse en el debate público **por que fue físicamente imposible su localización**, tampoco puede constituir un argumento de invalidez procesal por presunta violación al derecho de defensa, ya que, de una parte, estos testimonios si fueron aportados al proceso y el de Alzate Gaviria debidamente ampliado, **sin que haya considerado necesario el defensor que para ese momento cumplía con esta labor, contrainterrogarlos**; y de otra, porque al haberse agotado **las vías procesales posibles para obtener su comparecencia** a la audiencia, hasta el punto de que ni el mismo defensor pudo colaborar para su localización, pues nada dice en contrario, no se observa razón jurídica alguna para cuestionar su no recepción, toda vez que **las pruebas que el Estado está en la obligación de practicar son únicamente aquellas que legal y materialmente puedan llevarse a efecto y no las de imposible cumplimiento**, quedando así limitado el juez a valorar exclusivamente las aportadas legalmente al proceso. (s.n.)

Que haya sido "físicamente imposible" la localización del testigo de cargo porque se agotaron "las vías procesales posibles para obtener su comparecencia" es algo más exigente a que se expida "la citación respectiva". Este precedente mantiene un estándar

498 11.612, 8/10/99, M. P. Carlos Augusto Gálvez Argote.

más acorde con los parámetros internacionales en orden a garantizar la vigencia efectiva del derecho al contrainterrogatorio de los testigos de cargo.

En todo caso, aun cuando se concluyese que la regla jurisprudencial del caso *Tolosa* fue derogada por el bajísimo estándar sostenido en los casos *Caro* y *Rodríguez*, cabe aclarar que estos dos precedentes deben entenderse a su vez derogados por sentencias posteriores que han abordado mucho más cuidadosamente el tema, elevando el estándar que permite exonerar al Estado de la obligación de hacer comparecer a los testigos de cargo al juzgado para que sean contrainterrogados.

En efecto, los casos *Becerra*[499], *Londoño*[500] y *Taborda*[501], entre otros, todos decididos con posterioridad a los casos *Caro* y *Rodríguez*, permiten concluir que *el Estado debe agotar todos los medios a su alcance para hacer efectiva la comparecencia de los testigos citados con fines de contrainterrogatorio*.

En el caso *Becerra* el demandante planteó que al acusado le fue vulnerado su derecho a la defensa, por cuanto el defensor no pudo contrainterrogar al testigo de cargo Guillermo Alejandro Pallomari González, cuya declaración fue trasladada al proceso procedente de otra actuación penal. La Corte contestó, en una de las motivaciones esenciales para decidir:

> En el expediente se percibe con nitidez que los funcionarios judiciales **siempre estuvieron dispuestos a la realización de la ampliación de las voces de Pallomari**, con el ánimo de materializar las aspiraciones de los sujetos procesales, especialmente de la defensa. Para tal efecto **profirieron las providencias que ordenaban la práctica de la diligencia y libraron los oficios** que correspondía a la oficina de Asuntos Internacionales de la Fiscalía General de la Nación, así como las Cartas Rogatorias que tenían como destinatario a las autorida-

499 15.286, 2/10/01, M. P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón y Fernando E. Arboleda Ripoll.
500 11.240, 1/30/03, M. P. Yesid Ramírez Bastidas.
501 12.930, 23/7/03, M. P. Edgar Lombana Trujillo.

> des judiciales norteamericanas, tal como se observa en los folios 128 del cuaderno 18 y 59, 86, 173 y 325 del cuaderno 22. (s.n.)
>
> (…)
>
> Cosa diferente es que no se hubiera podido efectivizar la gestión ampliativa debido a **circunstancias extrañas tanto a la defensa como a la actividad judicial**, es decir, por razones que escapaban del (sic) querer de los participantes en el proceso quienes, para tales efectos, se hallaban en *igualdad* de condiciones. Nótese cómo Pallomari no compareció no porque la fiscalía hubiera sido arbitraria o hubiera desbordado la legalidad, sino **porque había adquirido ante las autoridades norteamericanas un status especial con fines de protección y porque sólo sería puesto a disposición de la justicia colombiana una vez concluyera su comparecencia judicial dentro de los procesos que se adelantaban en EE. UU.**, tal como lo informó el gobierno de ese país a través de su Embajador en Colombia. Surgía, así, **una razón fuerte que impedía cumplir con el afán de contrainterrogar** al «testigo». (s.n., excepto cursivas)

Mírese como en este caso la Corte alude a algo más que enviar oficios o citaciones: se constata la existencia de «una **razón fuerte** que impedía cumplir con el afán de contrainterrogar al testigo».

En el caso *Londoño*, ante la queja de que la omisión de ampliación de declaración del testigo de cargo -oportunamente solicitada por su defensor y decretada por los funcionarios judiciales- vulneró el derecho de defensa del acusado, la Corte respondió:

> a) Aunque es cierto que el defensor fue insistente a lo largo del proceso en la solicitud de citar nuevamente al declarante para contrainterrogarlo, los funcionarios a cuyo cargo estuvo el proceso en todos los casos **dispusieron de inmediato acceder a la petición e intentaron sin éxito su concurrencia**. Primero el testigo se negó a hacerlo alegando sentir **temor por su vida** y al intentar nuevamente su citación en el juicio la secretaría del Juzgado de 1ª instancia, según constancia obrante a folio

> 291 del expediente, fue informada por la señora Adela Peláez de Muñoz, madre del testigo, que su hijo había sido **muerto violentamente** el 1º de septiembre de 1994.
>
> Es claro, en consecuencia, que ninguna impropiedad se le puede imputar a los funcionarios judiciales que estuvieron a cargo del proceso, que **hicieron lo posible** para que el contrainterrogatorio pudiera llevarse a cabo y en esa medida no privaron al defensor de ese derecho. (s.n.)

Por último, el caso *Taborda* se ubica en la misma línea de pensamiento, con un agregado importante para ponderar el eventual conflicto entre el derecho a diseñar la estrategia de defensa y el ejercicio del derecho de contradicción mediante contrainterrogatorio, aspecto que será estudiado posteriormente.

En este caso se planteó a la Corte que se vulneró el derecho de defensa al omitirse la ampliación de declaración en audiencia pública de la declaración de cargo, con fines de contrainterrogatorio, la cual fue solicitada por el defensor y decretada por el juez.A este planteamiento la Corte contestó negativamente, pero reiteró que la administración de justicia"efectuó **lo que estaba a su alcance** para lograr infructuosamente la comparecencia del testigo". (s.n.)

En conclusión: los precedentes *Caro* y *Rodríguez* deben entenderse derogados por los casos posteriores *Becerra, Londoño* y *Taborda*, que retoman la acertada línea de pensamiento establecida desde 1999 en el caso *Tolosa*: el Estado debe agotar todos los medios disponibles a su alcance para asegurar la comparecencia de los testigos de cargo a efectos de ser contrainterrogados, lo cual no se cumple cuando simplemente"se cita"al testigo y, sin más, ante su inasistencia, se omite cualquier otra gestión.

A este respecto, téngase en cuenta que dentro de los medios al alcance del Estado para garantizar la comparecencia de los testigos al proceso, los funcionarios judiciales cuentan con la posibilidad de emitir *órdenes de comparendo para rendir testimonio*. En sentencia C-024 de 1994 la Corte Constitucional declaró exequible la norma de policía que permite la captura y conducción

forzosa de un testigo renuente para recibirle declaración[502], y sostuvo adicionalmente lo siguiente sobre la "*orden de comparendo para rendir testimonio*":

> Cosa distinta es la negativa a una orden de comparendo para rendir testimonio. **En este caso, si el funcionario judicial -y sólo el funcionario judicial- estima necesario la presencia del testigo, puede expedir una orden de captura.** Es en éste sentido que la norma estudiada es constitucional. En ninguna de las dos hipótesis se consagra facultad administrativa para expedir órdenes de captura. En éste orden de ideas, también la parte acusada de esta disposición es constitucional. (s.n.)

En esta línea de pensamiento resultan aplicables analógicamente los precedentes de la Sala de Casación Penal sobre los presupuestos necesarios para el emplazamiento del procesado al planteamiento de la comparecencia de testigos de cargo.

Según una antigua y constante doctrina de la Corte, el Estado debe desplegar toda la actividad de búsqueda tendiente a la localización del procesado para que rinda indagatoria, de donde su emplazamiento por edicto solo es viable cuando se ha determinado la imposibilidad de hallarlo o de hacerlo comparecer, no obstante los esfuerzos conducentes y reales efectuados, y el despliegue de los recursos y los medios idóneos para alcanzar este fin.[503]

La esencia del razonamiento según el cual deben agotarse todos los medios necesarios, eficaces y disponibles cuando de hacer comparecer al imputado al proceso se trata, es extensible

502 "Por lo tanto, en la conducción del testigo renuente lo dispuesto en el artículo 33 de la Constitución Política debe observarse cuando la persona rinda su declaración ante una autoridad, ya sea judicial o administrativa." Esta doctrina ha sido reiterada por la Corte Constitucional en sentencias C-403 de 1997 (Constitucionalidad de la norma que permite la captura de quien ha sido citado a indagatoria y no se presenta) y C-280 de 1996 (constitucionalidad condicionada del artículo 52 de la Ley 200 de 1995, que permite a la Procuraduría, para sus investigaciones, disponer la «conducción del renuente por la fuerza pública, para efectos de la recepción inmediata de la declaración ...»)

503 Es doctrina reiterada, pacífica y uniforme: Casaciones de junio 23 de 1977, M. P. Pedro Elías Serrano Abadía; de julio de 1982, M. P. Dante L. Fiorillo Porras; de septiembre 1 de 1983, M. P. Darío Velásquez Gaviria; Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, sentencia de marzo 8 de 1990. Cfr. Bernal Cuellar, Jaime y Montealegre Linett, Eduardo, *El Proceso Penal*, Externado de Colombia, 3ª edición, Bogotá, 1997, p. 355.

analógicamente al tema tratado, con la única diferencia de que hay que hacer comparecer al testigo de cargo que pretende ser contrainterrogado por el defensor del imputado. En ambos casos se pretende garantizar el derecho de defensa.

Sería conveniente que en un futuro la Corte expresamente ensanchara o extendiera al tema tratado la ratio decidendi contenida en los citados precedentes sobre emplazamiento del procesado, en el sentido de que la exigencia de agotar *todos los medios necesarios y eficaces* para hacer comparecer al imputado antes de proceder a su emplazamiento debe también exigirse para lograr la comparecencia del testigo de cargo que pretende ser contrainterrogado por la defensa.

1.2.2. Las cargas procesales para el titular del derecho al contrainterrogatorio.

Como ya se anotaba antes, el contrainterrogatorio es un derecho que implica deberes a su titular.[504] El acusado y su defensor, como titulares del derecho al contrainterrogatorio, tienen cargas procesales en orden a ejercitarlo debidamente.

Por eso, si el titular del derecho no cumple las obligaciones que su ejercicio le impone resultará gravemente afectado el derecho a contrainterrogar los testigos de cargo, garantía mínima de toda persona acusada de un delito consagrada en los Pactos Internacionales sobre derechos Humanos.

En la práctica forense colombiana es usual y comprensible que los litigantes guarden conveniente silencio frente a una situación que les genera una determinada ventaja procesal, o una desventaja para la parte contraria; pero suele ocurrir que posteriormente plantean una queja o reclamación originada en aquella situación de la que, calladamente, obtuvieron beneficio directo o indirecto.

Sabiendo la importancia que para los operadores jurídicos tienen las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, conviene entonces preguntarse:

504 Ver Capítulo *El Derecho Fundamental al Contrainterrogatorio,* Num. 3.6. *Es un 'derecho–deber'.*

¿Qué estándar impone la jurisprudencia de casación para entender cabalmente satisfechas las obligaciones que el derecho al contrainterrogatorio impone a su propio titular?

1º De un lado, existen una serie de precedentes en los que el planteamiento central ante la Corte es una queja por violación al derecho de contradicción o defensa, originada en la negativa del funcionario judicial a ampliar una declaración ya rendida, impidiendo así materializar el contrainterrogatorio.

En todos estos casos la Corte ausculta el comportamiento del quejoso a lo largo del trámite judicial para verificar la existencia o inexistencia de convalidación o consentimiento de su parte; si así se acredita, la Corte no hace lugar a la reclamación. Algunos de los precedentes aplicables son en su orden los casos *Rivera*[505], *Atehortúa*[506] y *Contreras*[507].

En el caso *Rivera* el defensor planteó a la Corte que la Fiscalía vulneró el derecho de defensa del acusado al negarse a ampliar declaración a la testigo de cargo Dora Luz Cruz, mediante resolución de "cúmplase", bajo el argumento de que ya había declarado ampliamente en el sumario. A este planteamiento la Corte contestó:

> 1.- En lo referente a que se negó la fijación de fecha y hora para contrainterrogar a Dora Luz Cruz Yacuechime, por medio de un simple auto de sustanciación, cuando ha debido hacerse por providencia interlocutoria, no es exacto que hubiera sido así, ya que como lo sostiene el Delegado, **la circunstancia de anotar "cúmplase", no le cambia su naturaleza a una providencia que fue debidamente motivada**. (s.n.)

Se puede inferir razonablemente que en este caso la decisión adversa podía ser impugnada por la parte afectada, cosa que no hizo.

En el caso *Atehortúa* se presentan dos problemas jurídicos y, en consecuencia, dos *ratios*:

505 11.616, 15/12/99, M. P. Jorge Córdoba Poveda.
506 12.031, 15/11/01, M. P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.
507 13.884, 4/9/03, M. P. Carlos Augusto Gálvez Argote.

La Corte encontró que no vulneró el derecho de defensa la negativa del Juez a permitir el contrainterrogatorio de los agentes de policía Amado y Asprilla, solicitados por la defensa en la etapa probatoria de la causa, por cuanto:

> **No recurrir** aquella providencia implicaba también, además, **la tácita aceptación de la decisión** que negaba escuchar nuevamente a los agentes de policía, ampliación testimonial cuya incidencia en el sentido del fallo no demostró el censor, quien se limitó a expresar que de esa manera se le cercenó el derecho de defensa al procesado. (s.n.)

Adicionalmente en este caso el juzgador ordenó la práctica de ampliación del testigo de cargo Mauricio Espinal *antes* de la audiencia pública y ello no fue posible, según lo informó una constancia secretarial; la Corte decidió que no se vulneró el derecho de defensa con la decisión del juez en audiencia pública, consistente en no acceder a la petición de la defensa de ampliar la declaración del testigo adverso en dicho acto con fines de contrainterrogatorio, por lo siguiente:

> En lo que tiene que ver con la declaración de MAURICIO ESPINAL, resulta igualmente insólito e inadmisible que el defensor pretenda ahora cuestionar la validez del proceso porque ella no fue ampliada, **después de haber guardado silencio respecto de la constancia secretarial** visible al folio 313, en la que se informaba que había vencido el término de pruebas y no se pudo practicar la relacionada con ese testigo, **así como frente al pronunciamiento que hizo la juez en la audiencia, sin que sea válida la excusa de no existir providencia para recurrir**, pues es evidente que se trataba de una decisión que negaba la petición del defensor con el mismo argumento que está consignado en la constancia. (s.n.)

Y en el caso *Contreras*, donde se planteó vulneración al derecho de defensa por cuanto el Fiscal se pronunció negativamente sobre una solicitud de ampliación de testimonio con fines de contrainterrogatorio, la Corte contestó:

> Pero además, para la notificación de este proveído y el del cierre de la investigación, el 2 de junio de ese mismo año (f. c. 2, f. 220)

> se le envió telegrama al abogado que entonces se encargaba de la defensa de DEYSI DEL CARMEN, sin que hubiera concurrido a hacerlo **ni interpusiera recurso contra ninguna de las dos decisiones**. Por su parte, calificado el sumario y remitido el proceso a los Jueces Regionales de Barranquilla para el trámite de la etapa del juicio, el período probatorio de esa fase pasó en silencio, como quiera que **ninguno de los sujetos procesales intentó la práctica de pruebas**.
>
> En estas condiciones, entonces, no es admisible afirmar que a la procesada se le vulneró el derecho a defenderse, por un lado porque **la conducta asumida por el propio defensor es reveladora de la conformidad con la negativa de que fue objeto su petición por parte del instructor** … (s.n)

Esta línea de pensamiento de la Corte es acertada en la medida en que impone cargas razonables al ejercicio del derecho al contrainterrogatorio por parte de su titular, lo cual es lógico si se tiene en cuenta que se trata de un derecho que se materializa mediante un acto de postulación discrecional.[508] La doctrina de la Corte rescata así los principios de *convalidación* y *lealtad procesal*, al proscribir el alegato de la propia incuria en la omisión de ejercicios de contrainterrogación.[509]

En el fondo, esta línea de pensamiento no es más que una aplicación particular de la antigua doctrina de casación en materia de nulidad por omisión en la práctica de pruebas[510], uno de cuyos requisitos es que *no es procedente cuando la parte defendida deliberadamente guarda silencio sobre la práctica de la prueba*.[511]

508 La Corte ha dicho que "cuando se trata de un acto de postulación discrecional del sujeto procesal y se guarda silencio frente a la informalidad, habrá de entenderse que dispuso del derecho que le fue socavado, renunciando a su eventual ejercicio y que el vicio, por lo tanto, ha sido convalidado." (sentencia del 21 de marzo de 2002, proceso 14576, M. P. Jorge Enrique Córdoba Poveda).

509 También ha sostenido la Corte que "los sujetos procesales opten por guardar silencio en determinadas circunstancias en ejercicio de sus respectivos derechos y facultades, no puede tenerse como irregularidad de parte del Estado administrador de justicia, cuando éste no estorba o impide el ejercicio de esos derechos". (sentencia del 8 de mayo de 1997, M. P. Dídimo Páez Velandia, proceso 9464).

510 Sobre ello Bernal Cuellar, Jaime y Montealegre Lynett, Eduardo, op. cit., pp. 367 y ss..

511 Es ya clásica al respecto la sentencia de casación de mayo 8 de 1984, M .P. Darío Velásquez Gaviria: "entre los medios de defensa a que puede acudir un procesado, o el defensor en su nombre, está el de guardar silencio respecto de las circunstancias que rodearon el hecho motivo de su investigación y su participación en él. Pero si acude a éste recurso defensivo, débese igualmente asumir los riesgos y consecuencias que de él se deriven, sin que pueda, luego, pretender alegar como ausencia de defensa esa actitud que conscientemente asumió".

Una aplicación particular de estas exigencias derivadas de la regla de convalidación se aprecia en los casos en que el testigo es citado y no comparece a declarar. Según ya se señaló, el Estado tiene la obligación de hacerlo comparecer. Pero no es menos cierto que el titular del derecho al contrainterrogatorio tiene a su vez la carga procesal de estimular el aparato estatal para que haga efectiva la comparecencia, pues de lo contrario podría configurarse una eventual situación de asentimiento o convalidación tácita con la incomparecencia del testigo y, en consecuencia, una eventual situación de renuncia al contrainterrogatorio para optar el ejercicio de otras vías de contradicción.

En efecto, es dable cuestionar la actitud de los litigantes colombianos en estos casos, pues usualmente no agotan la totalidad de los recursos, constancias e instancias que les brinda el ordenamiento jurídico en orden a reclamar del Estado el cumplimiento de sus obligaciones frente a la inasistencia del testigo de cargo citado con fines de contrainterrogatorio.

El *principio de convalidación* exige que se haga constar siempre por el afectado la existencia del *perjuicio* al derecho que se alega violado, de tal manera que se entregue efectivamente al Estado la responsabilidad en la solución del problema de la incomparecencia del testigo.

Por eso, cuando un testigo de cargo no asista a la citación y su comparecencia sea indispensable para quien lo requiere, con fines de contrainterrogatorio, la regla de convalidación exigirá al litigante:

- Que por el titular del derecho se solicite la suspensión de la diligencia por causa de la inasistencia del testigo.

- Que por el titular del derecho se solicite al funcionario judicial la citación del testigo o en su defecto, si ya ese medio demostró ineficacia en las circunstancias del caso, la comparecencia compulsoria del testigo mediante su conducción por la fuerza pública.

- Que en el evento de que el funcionario judicial no acceda a estos pedimentos, quien se considere lesionado en su

derecho a confrontación expresamente haga constar *que no convalida en modo alguno la situación*; que procede adelante con su gestión *por orden expresa de la autoridad judicial*; que la no comparecencia de los testigos de cargo citados *afecta gravemente su estrategia de defensa*, que en ese caso ha sido desde un principio reducida o materializada al contrainterrogatorio; y que *salva cualquier responsabilidad* en cuanto a la vulneración del derecho de contradicción en la forma en que ha sido deliberadamente instrumentalizado en ese caso.

En caso de que el litigante concrete así su comportamiento, si el funcionario judicial continúa adelante con el trámite judicial y no insiste en la comparecencia del testigo de cargo, pudiendo hacerlo, se vulneraría flagrantemente el derecho constitucional de contradicción, así como el derecho a diseñar la estrategia de defensa[512], sin que pueda alegarse culpa o consentimiento imputable al afectado.

1.2.3. El derecho de contradicción no se reduce al contrainterrogatorio.

De forma reiterada y uniforme, al parecer desde el año de 1999, con en el caso *Mejía*[513], la Corte ha insistido en que el derecho de contradicción no se reduce al contrainterrogatorio de los testigos.[514] Aun cuando así no lo ha reconocido expresamente la Corte, los orígenes de esta línea de pensamiento se encuentran en la sentencia del 19 de mayo de 1995[515], donde la Corte señaló que el careo es "contingente", en cuanto no es "sino uno apenas,

512 En este sentido Gómez Jiménez, siguiendo a Dohering, concluye que "constituye una lesión grave a éste derecho [de defensa] los actos en que el funcionario judicial injustificadamente o impone una estrategia de interrogatorio o no permite su desarrollo. Desde luego se conserva la facultad de limitar los interrogatorios por causas razonables cómo por ejemplo, preguntas innecesariamente repetidas, inútiles o prohibidas." (Gómez Jiménez, John Jairo, Las pruebas en el Nuevo Código de Procedimiento Penal, Jurídica Sánchez, Medellín, 2001, p. 94).
513 11.031, 25/3/99, M. P. Jorge Aníbal Gómez Gallego.
514 La doctrina según la cual el derecho de contradicción no se reduce al contrainterrogatorio aparece mencionada en multiplicidad de decisiones de la Corte: entre otras véanse los procesos radicados con los números 13.758, 15.286, 13.198, 15.408, 11.240, 13.884, 14.536, 10.083, 11.616, 11,111, 13.790 y 12.390, entre otros.
515 M. P. Edgar Saavedra Rojas y Juan Manuel Torres Fresneda, radicado 8724.

entre varios mecanismos procesales aptos para contrastar los testimonios o la injurada".

La doctrina en comento se cita casi de forma constante en los precedentes que, de una u otra manera, abordan el derecho al contrainterrogatorio, pero debe aclararse que en muchos casos esa doctrina configura obiter dicta.

Así por ejemplo, uno de los pasajes más radicales en la materia aparece como dicta en el caso *Fiscal Seccional de San Gil*[516], donde la Corte, al amparo de esta doctrina, fue contundente en manifestar la improsperidad ab initio de los planteamientos por omisión de contrainterrogatorio en sede de casación:

> Ante todo debe ser precisado que el derecho a la controversia probatoria, entendido como la facultad que los sujetos procesales tienen de controvertir la prueba incorporada al proceso en condiciones de igualdad, **puede manifestarse no solo a través del mecanismo del contrainterrogatorio, sino de otras muchas maneras**, como la aducción de nuevas pruebas, el cuestionamiento de su veracidad o legalidad, y en general, de actuaciones análogas orientadas a enervar o minimizar su aptitud demostrativa.
>
> Invocar, por tanto, violación del derecho de contradicción probatoria por el solo hecho de haber sido privada la parte de la posibilidad de participar en el interrogatorio de un determinado declarante, es planteamiento que ab initio resulta precario en términos de demostración, por tratarse de **solo una de las diversas formas a través de las cuales puede llegar a materializarse su ejercicio**, siendo necesario, en consecuencia, para la validez del aserto, acreditar también **que se la privó de la posibilidad de ejercerlo a través de las demás alternativas susceptibles de ser procesalmente utilizadas**, y que esta violación tuvo incidencia directa en la decisión que se impugna. (s.n.)[517]

516 15.408, 11/4/02, M. P. Fernando E. Arboleda Ripoll.
517 En este caso el Fiscal del proceso interrogó a la procesada en audiencia pública; una vez finalizaron sus interrogatorios los demás sujetos procesales, solicitó al Juez la palabra para interrogar nuevamente; el defensor de la procesada se opuso alegando que ya le había sido

La aplicación de esta doctrina jurisprudencial se aprecia como *ratio decidendi*, entre otros, en los casos *Mejía*[518]*Castiblanco*[519], *Becerra*[520], *Garavito*[521] *y Tabares*[522]

Conviene reducir a sus justos límites el alcance y sentido de esta doctrina jurisprudencial, pues de lo contrario *puede conducir a la desaparición práctica del derecho al contrainterrogatorio*, con grave incumplimiento de los compromisos internacionales en materia de derechos humanos y garantías procesales mínimas suscritos por el Estado colombiano.

Por lo anterior, cabe preguntarse:

¿En qué contexto y bajo cuales circunstancias ha sostenido la Corte que el derecho de contradicción no se reduce al contrainterrogatorio de los testigos de cargo?

En el caso *Mejía*, el demandante en casación concretó una violación del derecho a la defensa por cuanto fueron recibidos unos testimonios adversos, por parte de la policía judicial, sin la presencia del defensor, que no pudieron ser ratificados luego en el juicio.

La Corte encontró que no se vulneró el derecho al contrainterrogatorio de los testigos de cargo por cuanto en ese caso *para la defensa era factible el ejercicio del contradictorio a través de vías diferentes a las del contrainterrogatorio*. Dijo así la Corte:

> El planteamiento final ofrecido por la demanda, en el sentido de que a fuerza de ser irregular la aportación de los testimonios de los hermanos de la víctima por haber sido recogidos por la policía judicial, limitó la contradicción por no haberse podido ratificar sus contenidos durante el juicio, constituye una reflexión que también deviene inane frente al compro-

concedida la palabra, a lo que la Juez hizo lugar a la objeción y negó el segundo contrainterrogatorio al Fiscal Seccional. En casación alegó que le fue vulnerado el derecho de defensa al impedírsele en audiencia pública contrainterrogar por segunda vez a la procesada.
518 11.031, 25/3/99, M. P. Jorge Aníbal Gómez Gallego.
519 13.758, 18/7/01, M. P. Dr. Jorge Córdoba Poveda.
520 15.286, 2/10/01, M. P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón y Fernando E. Arboleda Ripoll.
521 14.536, 2/4/01, M. P. Edgar Lombana Trujillo.
522 15.401, 10/4/03, M. P. Herman Galán Castellanos.

> miso casacional, toda vez que las propias palabras de la libelista muestran **la factibilidad del ejercicio del contradictorio a través de vías diferentes a las del contrainterrogatorio**. (s.n.)

De otro lado, en el caso *Castiblanco,* el casacionista planteó que se vulneró el derecho de defensa al no poder contrainterrogar al testigo de cargo, quien no asistió a las múltiples citaciones que le hiciera el instructor y cuya declaración fue trasladada de otra actuación judicial en que no fue parte el acusado. La Corte encontró que no se vulneró el derecho de defensa por cuanto no se insistió posteriormente en la práctica de la prueba *y además se podia ejercer el derecho de contradicción frente al testimonio adverso por otras vías distintas al contrainterrogatorio*. En palabras de la Corte:

> 3.2. Así mismo, como también lo ha reiterado la Sala, el derecho de contradicción no se reduce a la intervención de la defensa en la práctica de las pruebas, sino que **también se ejerce cuando se piden pruebas, cuando éstas se critican en sí mismas y con relación al resto del material probatorio, cuando se impugnan las decisiones, cuando se alega**, etc.
>
> En consecuencia, si la defensa conoció el contenido de la declaración referida, si **pudo** criticarla en sí misma y con relación al resto de los elementos de convicción y si **pudo pedir** pruebas para demeritarla, no se entiende que ahora venga a alegar que no pudo ejercer **el derecho de contradicción** con respecto al multicitado testimonio. (s.n.)

En el caso *Becerra*, cuyos hechos son semejantes al acabado de citar, el casacionista planteó a la Corte que se violó el derecho de defensa del acusado por imposibilidad de contrainterrogar al testigo de cargo Guillermo Alejandro Pallomari González, cuya declaración, trasladada al proceso de otra actuación, contenía una contundente y precisa acusación penal.

Como principio jurídico de esta decisión se concluye que, para la Corte, la imposibilidad de contrainterrogar un testigo adverso

no vulnera el derecho de defensa *cuando a la parte afectada con la declaración se le pone de presente la totalidad del contenido material de la prueba surgida de las palabras del testigo y se le otorga toda posibilidad de contradecirla*. En efecto, señaló la Corte:

> d) El derecho de *contradicción* se mantuvo incólume en el proceso, porque desde el momento en que el doctor **Becerra Barney** fue oído en indagatoria se le puso de presente a él, lo mismo que a su defensor, la totalidad del contenido material de la prueba surgida de las palabras de Pallomari González, que es lo que en esencia se controvierte. Y a partir de allí, se les otorgó *toda posibilidad* de ejercicio del *contradicitorio* pues jamás les fue cercenada –mas sí proporcionada- la *probabilidad* de contradecir la prueba, de someter sus pareceres al rigor de las instancias en clara lid y en paridad con la fiscalía y el ministerio público, es decir, en las mismas condiciones que acompañaban a los demás intervinientes en el proceso penal quienes, dicho sea de paso, tan se hallaban en idénticas circunstancias a la defensa, que tampoco podrían contrainterrogar al testigo. (Resaltado en el texto original, excepto subrayas)

En el caso *Garavito* se aplicó con todo rigor la doctrina según la cual el derecho de contradicción no se reduce al contrainterrogatorio de los testigos de cargo.

En este caso el casacionista sostuvo ante la Corte que al acusado le fue vulnerado el derecho de defensa al no haberse facilitado al defensor técnico las condiciones para concurrir a la práctica del testimonio de Pallomari González, a efectos de contrainterrogarlo.

La Corte contestó que no se viola el derecho de defensa aunque por causas ajenas a la voluntad de la defensa el representante judicial del acusado no pueda intervenir en la práctica de la prueba testifical de cargo, *siempre que quede abierta la posibilidad de orientar la controversia del testimonio por otros mecanismos*. La Corte expresó:

> La controversia de la prueba se materializa a través de diversos mecanismos, vr. gr., asistiendo a su práctica e interviniendo

> en forma activa en la respectiva diligencia, que tratándose del testimonio puede traducirse en el interrogatorio del deponente; permitiéndosele al procesado y a su defensor contradecir en un plano argumentativo o mediante la solicitud y aporte de prueba aquellos elementos de juicio incorporados al plenario que le son adversos; impugnando las decisiones en las que se les concede un mérito probatorio del cual se discrepa; o bien demostrando la ilegalidad del medio o de la forma como fue obtenido para excluirlo del análisis del juzgador.
>
> De ahí que en el caso de autos **así se admita que por causas ajenas a la voluntad de la defensa** el representante judicial del doctor **Garavito Hernández** no pudo intervenir en la recepción de la referida prueba de cargo, **abiertas quedaban las posibilidades de orientar la controversia de ese medio de persuasión por cualquiera otro de los mecanismos aludidos**, quedando salvaguardado con suficiencia el ejercicio concreto del derecho de defensa respecto de dicha prueba. (s.n.)

Por último, el análisis jurisprudencial del caso *Tabares* permite comprender en toda su dimensión la doctrina según la cual el derecho de contradicción no se reduce al contrainterrogatorio. Este caso será analizado con un mayor detalle:

Los hechos del caso señalan que la «Cooperativa de Transportes la Hermita» de Cali atravesaba una situación económica difícil, en razón de múltiples hurtos cometidos en detrimento de su patrimonio económico. La investigación de estos hechos en la empresa fue asumida por Fernando López Romero y los resultados de la misma habían llevado a desvincular laboralmente a Carlos William Tabares Martínez, quien, además de desempeñarse como Jefe de Contabilidad y Sistemas, era el novio de Nohora Elena Restrepo Vargas, Cajera de la Cooperativa, persona ésta que igualmente para la época de los hechos estaba haciendo entrega de su cargo.

Fernando López Romero perdió la vida a manos de un sujeto que con tal propósito ingresó a su oficina en la Cooperativa la «Hermita».

Una informante hizo saber en los albores de la investigación que el autor material del crimen era un sujeto apodado «El Enano», quien había sido contratado para tal efecto por Carlos William Tabares y Ferney.

Por su parte, el señor Luis Eduardo Arango, quien frecuentaba la residencia de su amiga Nohora Retrepo, tuvo conocimiento de que en la casa de ésta se habían hecho varias reuniones en el mes de diciembre de 1996 para planear el homicidio de Fernando López Romero mediante la contratación de una tercera persona. De tales hechos enteró Luis Eduardo a su señora madre Rosa María Arango, quien fue la persona que llamó para prevenir acerca del suceso, comunicación que se recibió cuando el homicidio ya se había consumado.

El casacionista invocó la causal tercera de casación alegando que la sentencia impugnada vulneró el derecho de defensa del procesado. Sostuvo que se desconoció el derecho de contradicción porque el fiscal en la instrucción desestimó la petición en la que el apoderado solicitaba la declaración de Luis Eduardo Arango y pedía se le informara la fecha en que iba a practicarse la diligencia. En efecto, la prueba fue practicada sin que se hubiera tenido en cuenta la petición del defensor.

El abogado solicitó ampliación de los testimonios de cargo de Luis Eduardo Arango y Rosa María Arango, insistiendo que se le informara la fecha y la hora de la diligencia, petición que la Fiscalía tampoco atendió, por cuanto la prueba fue practicada sin que se hubiera avisado al defensor, lo que impidió el contrainterrogatorio de los testigos adversos.

El problema jurídico planteado en esta sentencia es el siguiente:

> El que la Fiscalía haya practicado los testimonios de cargo sin que se hubiera tenido en cuenta la petición del defensor consistente en que se le informara la fecha y hora de las diligencias, ¿vulnera el derecho de contradicción al impedir el contrainterrogatorio de dichos testigos?

La Corte respondió negativamente, previa verificación de los siguientes *hechos relevantes* en el contexto de la decisión:

1. En la diligencia de indagatoria a los procesados se les interrogó sobre los aspectos sustanciales a que hizo alusión el testigo de cargo que para ese momento ya había rendido declaración.

2. Los procesados y el defensor fueron personalmente notificados de la resolución que definió situación jurídica, en la cual la Fiscalía hizo un estudio detenido de los datos suministrados en las declaraciones de los testigos de cargo, precisando el alcance y la credibilidad que ofrecían tales medios.

3. En la recepción de otros testimonios la Fiscalía interrogó sobre los hechos informados por los testigos de cargo, específicamente lo relacionado con el lugar y las personas que planearon el homicidio. El defensor de los inculpados estuvo presente en dichas diligencias y "en su estrategia", no abordó en el interrogatorio que formuló a esos otros testigos el "tema" de "los hechos informados por los testigos de cargo", como quiera que "se ocupó de otros aspectos personales relacionados con LUIS EDUARDO ARANGO". (Mayúsculas en el texto original)

La relevancia de este hecho la calificó la Corte a partir de "la actitud asumida por la defensa, pues enterada de las versiones suministradas por ellos y habiendo asistido el apoderado a la práctica de los testimonios rendidos por JULIAN AUGUSTO RESTREPO VARGAS y MARÍA TERESA MUÑOZ NARANJO, omitió interrogarlos en relación con los datos suministrados por ROSA MARÍA y LUIS EDUARDO ARANGO, dejando a cargo del instructor la carga probatoria en ese aspecto." (Mayúsculas en el texto original)

Y de ahí dedujo el siguiente argumento esencial de la decisión:

> El profesional del derecho indagó sobre otros aspectos relacionados con la conducta y vida particular de los testigos ARANGO, plasmando así el interés de censurar la prueba no a través de un interrogatorio sobre su contenido, sino en cues-

tionar su credibilidad con base en su conducta personal y forma de vida adjudicándoles un supuesto interés en perjudicar a los inculpados…

4. El defensor de los procesados, quien había obtenido previamente copia del proceso, presentó alegatos precalificatorios, en los que analizó y controvirtió, entre otras pruebas recaudadas, los dos testimonios de cargo.

5. La calificación del sumario, en la que especialmente se hizo un análisis de las declaraciones rendidas por los testigos de cargo, fue notificada personalmente a los incriminados y a su defensora.

6. En la audiencia pública la defensa realizó amplió debate en torno a la información allegada al proceso a través de los dos testigos de cargo de cuya omisión de contradicción deriva el cargo planteado en casación,"análisis que conjugó simultáneamente con el resto de la prueba recopilada"

7. En el memorial en el que sustentó el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia la defensa contradijo probatoriamente los testimonios de cargo.

A partir de los anteriores hechos la Corte expresa la razón esencial de su decisión: no se violó el derecho de contradicción aun cuando la Fiscalía haya practicado los testimonios de cargo sin que se hubiera tenido en cuenta la petición del defensor consistente en que se le informara la fecha y hora de las diligencias por cuanto:

> el sindicado y su defensor tuvieron conocimiento de las declaraciones rendidas por ROSA MARÍA y LUIS EDUARDO ARANGO, contaron con las oportunidades para contradecir su contenido en el sumario y la causa, como efectivamente lo hicieron.

El fundamento jurídico 3.1.5. concreta el motivo por el que la Corte no entiende violado el derecho de contradicción en este caso:

> **3.1.5**. Es evidente que la defensa técnica en este caso, tanto conoció el contenido de las declaraciones referidas, que pudo criticarlas, no sólo aludiendo a él sino también en relación con

el resto de los elementos de convicción y tuvo sin duda la oportunidad para demeritarlas a través del interrogatorio efectuado a otros declarantes, como en las impugnaciones interpuestas contra las providencias que consideraron y valoraron tales testimonios incriminatorios. No se admite entonces que en la demanda alegue el impedimento para haber ejercido el derecho de contradicción en relación con los citados testimonios.

Y agregó:

En consecuencia, el derecho de contradicción no está reducido al contra interrogatorio de los testigos, como lo entiende el censor en este caso, son múltiples las opciones con las contó (sic) para controvertir las pruebas, como quedó ya dicho, de tal forma que el núcleo esencial de dicha garantía en este caso quedó satisfecho, según el registro procesal que se ha consignado, con el conocimiento del contenido del proceso, obtenido con las notificaciones personales de las providencias y las copias del expediente, el ejercicio de la crítica probatoria en los alegatos precalificatorios, en la audiencia pública y en la sustentación del recurso de apelación, haciendo conocer al funcionario judicial las particulares valoraciones de la prueba.

De los argumentos expuestos se entiende por qué para la Corte es un *hecho irrelevante* el que no se haya enterado de la práctica de la prueba al defensor. De ahí que el razonamiento derivado de ese hecho, expuesto en el fundamento jurídico 3.1.4., se considere *obiter dicta*:

3.1.4. En cuanto al derecho de contradicción y su desconocimiento por no haber fijado fecha y hora ni haberse enterado de la práctica de las pruebas al defensor, debe advertirse que la diligencia de quien atiende la defensa técnica no depende necesariamente de la actividad de la secretaría de los respectivos despachos judiciales. Para un reclamo similar la Sala en providencia del 21 de febrero de 2000, manifestó: *Dicho principio* - el de contradicción *-no se contrae a que el funcionario judicial deba señalar con anticipación la fecha y hora*

en que va a practicar las diligencias, ni de estar enterando al defensor de cuanta diligencia va a realizar.

De este precedente se extrae una regla de decisión que puede enunciarse así:

> No vulnera el derecho de contradicción la práctica de testimonios adversos que omite tener en cuenta una petición del defensor en el sentido de que se le informe la fecha y hora de las diligencias -lo que impide el contrainterrogatorio de dichos testigos- cuando el sindicado y su defensor tuvieron conocimiento de las declaraciones de cargo e hicieron uso efectivo de otras oportunidades para contradecir su contenido en el sumario y la causa, como mediante enteramiento del contenido de las declaraciones adversas en indagatoria, impugnación de providencias que las valoran, alegaciones controvirtiendo su contenido y su controversia mediante interrogatorio a otros testigos.

Vista la anterior doctrina de casación, conforme a la cual *el derecho de contradicción no se reduce al contrainterrogatorio,* cabe precisar lo siguiente:

Esta doctrina es acertada y aplicable solo *en aquellos casos en que el defensor del acusado efectivamente no reduzca el derecho de contradicción al contrainterrogatorio de los testigos adversos.*

Por el contrario, esta doctrina no será aplicable a *los casos en que el defensor del acusado, en ejercicio de la libertad de configuración defensiva, deliberadamente y en verdad reduzca el derecho de contradicción al contrainterrogatorio de los testigos adversos; en esos eventos el derecho de contradicción sí se reduce al contrainterrogatorio.*

La razón de ello, tal y como se expresó antes[523] consiste en que la administración de justicia en principio no puede válidamente

523 Véase el Capítulo El Contrainterrogatorio como Derecho Fundamental, Num. 3.4. Es un acto de postulación discrecional pero vinculante para el Estado cuando configura la estrategia de defensa.

forzar al acusado a modificar la estrategia de defensa por él libremente adoptada para contradecir el testimonio adverso.

Cuando el acusado diseña su estrategia de defensa frente al testigo adverso, concretándola en el mecanismo de asistir a la práctica de la diligencia para intervenir en forma activa en la misma mediante el contrainterrogatorio, entonces es deber del Estado agotar todos los medios razonables a su alcance para hacer posible la materialización de la estrategia diseñada por el acusado, haciendo efectiva la práctica del contrainterrogatorio; no es legítimo que el Estado obligue al acusado a cambiar la decisión estratégica elegida (contrainterrogatorio) por otros mecanismos de confrontación, como la contradicción en un plano argumentativo, la solicitud y aporte de prueba de otros elementos de juicio, la impugnación de las decisiones en las que se les concede al testimonio adverso un mérito probatorio del cual se discrepa, o demostrando la ilegalidad del medio o de la forma como fue obtenido el testimonio de cargo para excluirlo del análisis del juzgador.

Ciertamente el acusado y su defensor pueden optar por diversos mecanismos para materializar el derecho de contradicción, pero en todo caso es *su* decisión, no la del Estado.

Esta es una *cuestión de hecho* que debe ser analizada en cada proceso, de acuerdo con los vestigios y huellas dejadas por la actuación del defensor, de las cuales se podrá deducir fundadamente si, en verdad, redujo el ejercicio del derecho de contradicción frente al testigo de cargo al mecanismo del contrainterrogatorio.

Por eso este tipo de planteamientos no prosperarán por principio como *cuestión de derecho*, generalizable y basada en el simple hecho de que "el defensor no pudo contrainterrogar al testigo de cargo"; mucho menos cuando en el caso debatido se hizo uso de otros medios de confrontación para contradecir la declaración adversa. Ese es, precisamente, el enfoque básico de los casos estudiados por la Corte, y en ese sentido su doctrina sobre el carácter no reductivo del derecho de contradicción es acertada.

Es por lo anterior que cuando un litigante decida *reducir* el derecho de contradicción frente al testigo adverso a su contrainterrogatorio, deberá ser consciente de las cargas procesales que asume con dicha elección estratégica y que se concretarán en esto:

- Debe **hacer constar** oportunamente en el curso del proceso, cuantas veces sea necesario en las circunstancias del caso, que *reduce* el derecho de contradicción al contrainterrogatorio de los testigos de cargo. No se trata del empleo de una fórmula sacramental. Se trata de materializar la decisión de estrategia defensiva mediante el envío de los memoriales pertinentes, o mediante el empleo de constancias sobre situaciones ocurridas en el curso de las diligencias. El propósito de las constancias es dejar una huella, un vestigio que permita posteriormente -por ejemplo en sede de casación- verificar que el defensor sí redujo el derecho de contradicción frente al testigo adverso a su contrainterrogatorio. Si el rastro no existe la posterior alegación por violación al derecho de defensa será puramente especulativa.

- Debe no solo hacer constar lo pertinente, pues no se trata de un simple formalismo, sino y ante todo **actuar** de forma *consistente* con lo que hace constar. La conducta procesal del litigante debe ser transparente en cuanto refleje de forma inequívoca que efectivamente el derecho de contradicción frente al testigo adverso se *redujo* al contrainterrogatorio. Los comportamientos procesales inconsistentes (por ejemplo: cuestionar argumentativamente la declaración adversa a la primera inasistencia del testigo a la citación, sin insistir en la misma) proporcionarán la base para concluir posteriormente que el derecho de contradicción se ejerció en ese caso legítima y voluntariamente por otros medios, abandonando la vía del contrainterrogatorio; y ante ello no cabrá ninguna queja por violación al derecho a la defensa, en la medida en que se trata de decisiones autónomas del titular del derecho sobre actos que son de su entera y libre disposición.

- Por ningun motivo debe convalidar, aceptar o asentir, de cualquier manera (expresa o tácita), las situaciones que impli-

quen abandono o renuncia a la estrategia defensiva consistente en *reducir* el derecho de contradicción al contrainterrogatorio de los testigos de cargo.

Estas cargas procesales se derivan del *principio de convalidación*, que no es más que una aplicación práctica de una antigua máxima del derecho romano, que a su vez sustenta el principio del *estoppel*, usualmente desconocido por nuestra práctica forense que ordinariamente atiende a sus "derechos" pero deja en un segundo plano los "deberes" correlativos. Este principio consiste en que:

> … cuando una parte en un litigio ha adoptado una actitud determinada que redunda en beneficio propio o en deterioro de la contraria, no puede luego, en virtud del principio del estoppel, asumir otra conducta que sea contradictoria con la primera. Para la segunda actitud rige la regla de *non concedit venire contra factum proprium*.[524]

Retomando la conclusión ya expresada antes, la doctrina sobre *el carácter no reductivo del derecho de contradicción* no resulta en principio aplicable a los casos en que el defensor reduzca la contradicción al contrainterrogatorio de los testigos de cargo.

En efecto, reafirma esta conclusión la alusión que hace la Corte sobre el carácter no reductivo del contrainterrogatorio en aquellos eventos en los cuales los casacionistas denuncian la ausencia de contrainterrogatorio de los testigos de cargo por parte de los defensores que los antecedieron en el ejercicio del cargo.

En esos casos el planteamiento es siempre de *nulidad por falta de defensa técnica*, donde el acto de contradicción omitido es, a criterio del nuevo abogado que acude a la Corte, el contrainterrogatorio del testigo de cargo.

524 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Neira Alegría y Otros*, Excepciones Preliminares, Sentencia de 11 de diciembre de 1991, Serie C No.13, párrs. 28-29, cursivas en el texto original.

Mírese como, en este grupo de casos, la doctrina sobre el carácter no reductivo del derecho de contradicción tiene total sentido en la medida en que el defensor anterior del procesado *no consideró estratégico contrainterrogar*, es decir, *no redujo el derecho de contradicción al contrainterrogatorio*, lo que ciertamente no es alegable como violación del derecho a la defensa.

Lo que la Corte quiere significar con su doctrina aplicada a este grupo de casos es que el nuevo defensor del procesado, quien acude en casación denunciando la omisión de contrainterrogatorio de su antecesor, no puede reducir el derecho de contradicción al contrainterrogatorio, pues no fue él quien tuvo a su cargo la estrategia de defensa cuando se adelantaba el proceso.

Ese razonamiento es acertado, pues de lo contrario cada abogado podría atacar la validez del proceso anteponiendo su personal concepto de lo que debió ser el mejor enfoque de la defensa, por encima del finalmente aplicado por sus antecesores. Siempre sería posible formular un reparo de ese estilo. El análisis particular de los casos en que se ha invocado la doctrina del carácter no reductivo del derecho de contradicción confirma lo que se viene diciendo: esa doctrina opera solo cuando el defensor no reduce el derecho de contradicción al contrainterrogatorio.

Por ejemplo, en el caso *Caro*[525] la Corte reiteró su doctrina de que el derecho de contradicción "no se reduce al contrainterrogatorio de los testigos", pero los hechos del caso permiten concluir que la defensa del acusado (que no fue durante todo el proceso la misma que acudió a la Corte en casación) no redujo expresamente el ejercicio de la contradicción al contrainterrogatorio de los testigos de cargo.

Prueba de ello es que en dicho caso el casacionista atacó la sentencia sobre la base de una "Ausencia de defensa técnica desde la indagatoria hasta la designación de defensor contractual",

■ 52513.704, 23/5/01, M. P. Jorge Aníbal Gómez Gallego.

en tanto "en ese lapso se impidió el contrainterrogatorio de los testigos de cargo".

Igual cosa sucedió en el caso *Rodríguez*[526], donde la Corte una vez más sostuvo su doctrina sobre el carácter no reductivo del derecho de contradicción. Pero repárese en que los hechos que dieron origen a ese caso no permiten concluir en modo alguno que el defensor haya estructurado su estrategia defensiva sobre la base del contrainterrogatorio de los testigos de cargo. Por ejemplo, el demandante en ese caso se quejó de que:

> … si bien en la causa se citó a las testigos para que en la audiencia pública "absolvieran el interrogatorio de parte", de todos modos las mismas no comparecieron ni justificaron su inasistencia, sin que el juez procediera a sancionarlas.

Pero en parte alguna se aprecia que el defensor haya solicitado del juez citar a los testigos nuevamente, ante la evidencia de que no justificaron su inasistencia, ni tampoco solicitó la aplicación de las sanciones por pare del juez; ni hay constancia, en este caso, de que la defensa haya manifestado queja o constancia alguna antes de pasar a alegar de conclusión y a pesar de la inasistencia de los testigos de cargo citados. Por eso en este caso es claro que tampoco el defensor redujo el derecho de contradicción al contrainterrogatorio.

Y también en el caso *Tolosa*[527] la Corte expresó que "no es dable confundir el derecho a la controversia probatoria con la actitud defensiva de no contrainterrogar", pero en los hechos de ese caso el defensor de oficio que presentó la demanda de casación fue precedido en el encargo por dos defensores (uno de oficio y otro contractual), quienes no contrainterrogaron al testigo de cargo. El cargo por violación del derecho de defensa involucró este hecho, motivo por el cual la Corte lo desechó señalando que

526 13.198, 25/4/01, M. P. Jorge Córdoba Poveda.
527 11.612, 8/10/99, M. P. Carlos Augusto Gálvez Argote.

> ¨… no es dable (...) sopesar una personal práctica defensiva a otra precedente para que considerando idealísticamente más eficaz la primera se pueda colegir violatoria del derecho de defensa esta última", pues es equivocado "argüir como violación al derecho de defensa el hecho de que los dos defensores que lo precedieron no optaron por la táctica defensiva que en su sentir considera era la ejercitable¨.

Se concluye que en el caso *Tolosa* evidentemente tampoco el defensor del acusado *redujo* el derecho de contradicción al contrainterrogatorio.

Pero, una vez más, se insiste en que la doctrina sobre el carácter no reductivo del contrainterrogatorio no es aplicable cuando el defensor endereza su estrategia de defensa a ejercer la controversia probatoria mediante el mecanismo de asistir a su práctica e intervenir en forma activa en la respectiva diligencia, contrainterrogando al deponente.

Cuando ello ocurra no es lícito que el Estado modifique unilateralmente la estrategia de defensa del acusado, llevándolo a ejercer la controversia probatoria del testigo adverso mediante otros mecanismos, como la contradicción argumentativa o impugnando las decisiones en las que se le conceda al testimonio adverso un mérito probatorio del cual se discrepa; o demostrando la ilegalidad del medio o de la forma como fue obtenido para excluirlo del análisis del juzgador, entre otros.

Esta conclusión resiste el análisis de los casos *Mejía*, *Castiblanco*, *Becerra*, *Garavito* y *Tabares*, sobre la base de que en dichos casos no se aprecia como hecho relevante una conducta procesal consistente, y debidamente materializada en claros rastros procesales, en el sentido de que el derecho de contradicción efectivamente se redujo al contrainterrogatorio.

Por último, el caso *Taborda* presenta una situación muy ilustrativa acerca del riesgo que asume el litigante que opta por reducir el derecho de contradicción al contrainterrogatorio de

los testigos adversos, por lo menos hasta tanto entra en plena vigencia el nuevo sistema acusatorio de justicia penal.[528]

En el caso *Taborda* la Fiscalía le recibió declaración al testigo de cargo el mismo día en que se inició la indagación preliminar. El contenido del testimonio le fue puesto de presente al procesado en la diligencia de indagatoria y se hizo expresa alusión a dicho elemento probatorio en la resolución que le definió la situación jurídica como fundamento de la medida de aseguramiento de detención preventiva impuesta.

El defensor del acusado Taborda intervino en el curso de la instrucción pero se abstuvo en esa etapa procesal de solicitar la ampliación de esta declaración, cosa que hizo al iniciarse la etapa del juicio.

El Juzgado accedió a dicha petición "y repetidas veces citó mediante telegrama al deponente y, ante su no comparecencia, libró la respectiva orden de conducción por la Policía Nacional".

Finalmente, a pesar de los esfuerzos razonables desplegados por el Juzgado, no se logró la comparecencia del testigo Ramírez Roarez, haciéndose nugatorio el derecho de la defensa del acusado a contrainterrogarlo. En este caso dijo la Corte al contestar el cargo de violación al derecho de defensa por omisión de contrainterrogatorio:

> Emerge de lo anterior que el incriminado y su defensor tuvieron conocimiento de la prueba en cuestión, que **pudieron haber tratado de contradecir oportunamente**. Si no lo hicieron y esperaron al juicio para intentarlo, no es **retardo imputable a la administración de justicia**, que sí lo escuchó desde el principio y luego efectuó lo que estaba a su alcance para lograr infructuosamente la comparecencia del testigo. (s.n.)

528 En el sistema procesal acusatorio diseñado por la Ley 906 de 2004 la prueba se practica en audiencia ante el juez y frente al Fiscal en igualdad de condiciones. No será entonces posible, como ocurre hoy día con mucha frecuencia al amparo del sistema mixto regulado en la Ley 600 de 2000, que la Fiscalía interrogue a los testigos a espaldas de la defensa, por sí y ante sí, atendiendo tan solo a sus intereses y necesidades.

Este enfoque del problema es acertado por cuanto la decisión estratégica del defensor consistente en contrainterrogar al testigo de cargo en la etapa del juicio es perfectamente legítima, solo que implica el riesgo de que el testigo quizá ya no esté disponible en esa etapa.

No obstante ello, conviene aclarar que el Estado tiene la obligación de tomar medidas pertinentes y conducentes para el *aseguramiento de la prueba*, previa solicitud del interesado; así, podrá aplicar acciones en orden a evitar que el testigo se coloque en situación de incomparecencia, como cuando le solicita informar un cambio de residencia mientras se adelanta el proceso.

Debe señalarse que la elección estratégica del defensor no libera al Estado de la obligación de hacer todo lo razonablemente posible para que el testigo de cargo comparezca al proceso a declarar.

1.2.4. La exigencia de *trascendencia* cuando se alega violación del derecho al contrainterrogatorio.

De forma reiterada y uniforme la Corte denuncia que los casacionistas no acreditan la *trascendencia* de la alegada violación del derecho al contrainterrogatorio, esto es, que no demuestran cómo el contrainterrogatorio omitido, de haberse practicado, habría variado sustancialmente y de forma favorable la situación del condenado.

Esta doctrina aparece en multiplicidad de sentencias, y se concreta en este tipo de planteamientos:

En el caso *Rodríguez*[529]la Corte indicó:

> El demandante no evidencia la trascendencia del vicio que acusa, esto es, no muestra cómo de haberse llevado a cabo el interrogatorio, el fallo hubiera sido distinto y favorable al acusado.

En *Castiblanco*[530] la Corte señaló:

52913.198, 25/4/01, M. P. Jorge Córdoba Poveda.
530 13.758, 18/7/01, M. P. Dr. Jorge Córdoba Poveda.

2.2. Así mismo, no demuestra la trascendencia del vicio alegado, ya que **no ilustra a la Corte cómo de haberse ampliado la declaración citada y de haber intervenido el defensor en la misma, hubiesen variado, a su favor, las conclusiones del fallo**, teniendo en cuenta los demás elementos de juicio que lo sustentaron y que sirvieron para formar el convencimiento al juzgador. (s.n.)

Con ocasión del caso *García*[531] dijo:

Además, el libelista **tampoco precisó el sentido en que debieron interrogarse tales declarantes, ni la incidencia que habría tenido ese mecanismo de controversia echado de menos** para determinar un pronunciamiento conclusivo diverso y favorable al procesado. (s.n.)

Y en el caso *Rivera*[532] expresó:

… si inferimos que el libelista quiso referirse a la vulneración del derecho de defensa, **tampoco muestra cómo fue desconocido, ni cuáles fueron las preguntas que dejó de formular y que habrían cambiado el sentido del fallo**. (s.n.)

Efectivamente la *trascendencia* es uno de los principios que rigen el recurso de casación. Es también una moderna exigencia de los sistemas jurídicos orientados a desterrar los formalismos vacíos y a interpretar las formas como instrumentos para la consecución de fines sustanciales. A ello apunta la Constitución al consagrar en su artículo 228 la prevalencia del derecho sustancial y en igual sentido existen regulaciones en los Códigos de Procedimiento Civil y Penal.

Sin embargo, la Corte debería revisar su doctrina sobre trascendencia aplicable a los planteamientos sobre contrainterrogatorio.

La aplicación del derecho debe ser ante todo **razonable**. La doctrina de casación que exige demostrar *la incidencia del contrainterrogatorio omitido en el resultado del proceso* debe

531 13.790, 8/10/01, M. P. Edgar Lombana Trujillo.
532 11.616, 15/12/99, M. P. Jorge Córdoba Poveda.

ser prudentemente aplicada, pues de lo contrario se llegaría al absurdo de que jamás podrá acreditase dicha trascendencia ni podrá nunca anularse un proceso en Colombia por este motivo.

Nadie tiene el poder de adivinar una suerte de acontecimientos que nunca sucedieron, mucho menos en un contrainterrogatorio, caracterizado por situaciones imprevistas y muchas veces inesperadas. El *resultado* del contrainterrogatorio depende en buena parte no solo de *las preguntas* del interrogador sino ante todo de *las respuestas* del testigo, que a su vez usualmente dan lugar a otras preguntas que no se pensaban formular; repárese en que las respuestas del testigo solo pueden conocerse cuando efectivamente se lleven a cabo las preguntas.

Además, *el impacto del contrainterrogatorio en el ánimo del Juzgador* que lo presencia es por lo general impredecible. Por ejemplo, *la forma como el testigo hubiere declarado* y las *singularidades que puedan observarse en su testimonio*[533] son elementos que solo podrán ser valorados por el Juzgador **percibiendo directamente**, en audiencia, las preguntas y las respuestas del testigo; el impacto que ese intercambio pueda generar en la **sana crítica** de la prueba nunca podrá determinarse *a posteriori* en un cargo de nulidad como el que aquí se expone.

En este sentido la doctrina española ha destacado:

> ... la importancia de la presencia de los testigos en el juicio oral (en cuanto) permite que el Tribunal sentenciador tenga en cuenta sus expresiones o manifestaciones en vivo, dinámicas, en las que cuenta el gesto, el silencio, el tono de voz, los titubeos y vacilaciones, así como la constatación de una serie de datos esenciales para comprobar su credibilidad objetiva y subjetiva.[534]

En idéntico sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en sentencia de 20 de noviembre de 1989 (caso *Kostovski*), advirtió que la ausencia de los testigos en el juicio "impidió a los

533 Criterios para apreciar el testimonio según los artículos 277 de la Ley 600 de 2000 y 404 de la Ley 906 de 2004.
534 Miranda Estrempes, Manuel, *La Mínima Actividad Probatoria en el Proceso Penal*, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 426-427.

Jueces competentes para sentenciar observar su comportamiento durante el interrogatorio y, por tanto, formar su convicción sobre el crédito que merecían."[535]

Todo lo anterior permite concluir que la jurisprudencia debe ser sumamente razonable en cuanto a la demostración de cómo la ausencia de contrainterrogatorio a un testigo de cargo *pueda modificar* la valoración de la prueba en favor del acusado.

A este respecto resultan ilustrativos, por su pertinencia y razonabilidad, los criterios decantados desde hace varias décadas por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, en lo que se refiere a la determinación de cuándo la denegación total del derecho a contra interrogar los testigos de cargo acarrea la revocación o anulación del juicio criminal en que se negó tal garantía.[536]

En nuestro sistema jurídico este planteamiento equivale a preguntarse en qué casos la violación del derecho a contrainterrogar los testigos de cargo tiene la *trascendencia* suficiente para anular el procedimiento judicial respectivo por violación del derecho a la defensa.

La jurisprudencia de la Suprema Corte Americana ha desarrollado la doctrina del error inocuo (*harmless error doctrine*), aplicable cuando se produce una irregularidad esencial en el proceso que, en definitiva, no causa perjuicio alguno.

En efecto, en el derecho norteamericano todo error cometido en el curso de un juicio está sujeto a la doctrina del *harmless error* contenida en *Chapman v. California*[537]. En este punto se aprecia una notable semejanza con la exigencia de *trascendencia* decantada por nuestra Sala de Casación Penal.

535 Ídem.
536 La norma sobre confrontación (*confrontation clause*) se consagra en la Enmienda Sexta de la Constitución de los Estados Unidos en términos muy similares a los consignados en las normas de los pactos internacionales sobre derechos humanos aprobados por Colombia que garantizan el derecho a contrainterrogar los testigos de cargo. La enmienda sexta señala: "En todas las causas criminales, el acusado gozará del derecho a carearse con los testigos de cargo".
537 386 U.S. 18 (1967).

Pero la doctrina del *harmless error* va más lejos, al señalar que si el error es de magnitud constitucional el gobierno debe probar más allá de toda duda razonable que el error fue inocuo[538] pues de lo contrario se entiende que éste fue trascendente en atención a la importancia del derecho constitucional afectado.

Además, según esta doctrina, el error *nunca puede ser inocuo* cuando sea *esencialmente constitucional* e implique un derecho estructural o básico de lo que se considera un juicio justo; en esos casos el error siempre se considerará perjudicial en si mismo (*harmful per se*).[539]

Se tiene entonces que la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos ha sostenido que la denegación total del derecho a contrainterrogar los testigos de cargo no acarrea una regla de revocación o anulación automática o per se del juicio en que se produjo tal violación.[540]

Por el contrario, se ha establecido que la denegación total del derecho a contrainterrogar los testigos de cargo que acarrea un error constitucionalmente relevante debe determinarse a partir de las circunstancias del caso concreto. La jurisprudencia comparada ha establecido los siguientes criterios para determinar si la violación al derecho a contrainterrogar los testigos de cargo acarrea o no error constitucional perjudicial que origine revocación[541]:

- La importancia del testimonio del testigo en el caso de la Fiscalía (no es lo mismo que se impida contrainterrogar a un testigo de poca importancia en el juicio que al único testigo de cargo)

538 "If the error is of constitutional magnitude, the government must prove beyond a reasonable doubt that the error was harmless". *Delaware v. Van Arsdall*, 475 U.S. 673, 681 (1986).
539 "When the error is constitutional in nature and implicates a «structural» right so basic to a fair trial that, by definition, it can never be harmless, the error is deemed harmful per se". *Chapman v. California*, 386 U.S. at 23 & n. 8.
540 Por eso se sostiene que "éste tipo de error, en violación al derecho de confrontación bajo la Enmienda Sexta, está sujeto a la norma general del error constitucional no perjudicial que no acarrea revocación" (Chiesa Aponte, Ernesto L., *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, Forum, 1995, Tomo I, p. 407).
541 Suprema Corte de los Estados Unidos, casos Delaware v. Van Arsdall (1986), reiterado en Harrington, 395 U.S., at 254 y Schneble v. Florida, 405 U.S., at 432, citados por Chiesa Aponete, Ernesto L., Ibíd.

- La condición materialmente repetitiva del testimonio frente a otros aducidos en el juicio (no es igual el perjuicio si se permitió contrainterrogar a otros testigos, que declararon sobre los mismos hechos a que se refiere el testigo que no pudo ser contrainterrogado)

- La ausencia o presencia de prueba que corrobore o contradiga el testimonio en aspectos materiales (mientras menos corroborado el testimonio más perjudicial la ausencia de contrainterrogatorio, por la poca confiabilidad del mismo)

- La extensión del contrainterrogatorio, de haberse permitido

- La total solidez del caso de la parte acusadora

Estos juiciosos y sustanciales criterios deberían ser recogidos por la jurisprudencia de casación penal para determinar si la denegación del derecho a contrainterrogatorio de los testigos de cargo genera o no un vicio *trascendente* de tal magnitud que determine **casar** una sentencia demandada.

2. El acceso a la Corte Suprema de Justicia.

2.1. Análisis descriptivo: La técnica casacional requerida para plantear irregularidades que afecten el derecho al contrainterrogatorio.

Sin entrar a considerar las diversas posiciones existentes en la Corte en punto a la técnica de casación, que se estudiará más adelante, el cargo por afectación del contrainterrogatorio puede plantearse al amparo de diversas causales, según los hechos y la configuración del vicio alegado, así:

a) *En cuanto derecho que no fue ejercido por su titular.* Se trata de casos en los cuales el titular del derecho no pudo llevar a cabo un contrainterrogatorio, bien porque su defensor no lo solicitó, debiendo hacerlo (falta de defensa técnica); o porque, aun

cuando fue solicitado, la administración de justicia no permitió su efectivización, bien porque negó su decreto o porque, habiéndolo decretado, no lo practicó. Desde esta perspectiva se presentan las siguientes hipótesis:

1. Cuando el defensor del procesado omitió solicitar el contrainterrogatorio en desmedro del derecho a la defensa técnica del procesado.

2. Cuando el defensor del procesado fue privado del derecho al contrainterrogatorio oportunamente solicitado, bien sea debido a que:

- El funcionario judicial lo negó mediante providencia.
- El funcionario judicial omitió pronunciarse mediante providencia.
- El funcionario judicial lo decretó, pero no se practicó.

b) *En cuanto derecho efectivamente ejercido por su titular.* En estos casos el titular del derecho llevó a cabo el contrainterrogatorio, es decir, tuvo la oportunidad efectiva de formular preguntas y confrontar al declarante. Las situaciones problemáticas se presentan con ocasión de la *valoración* de dichos resultados probatorios, en la medida en que no se comparta el alcance que el funcionario judicial extraiga del resultado de la confrontación con el testigo en el curso del contrainterrogatorio.

Esto permite plantear tres posibles escenarios de cara a un planteamiento en casación:

1. Cuando el funcionario judicial distorsiona la identidad del contenido de la diligencia de contrainterrogatorio, bien sea mediante agregados o cercenamientos a las respuestas del testigo.

2. Cuando el funcionario judicial valora el contenido de la diligencia de contrainterrogatorio con abierto desconocimiento de las reglas de la sana crítica, la lógica o la experiencia.

3. Cuando el funcionario judicial omite valorar la diligencia de contrainterrogatorio, o sea el testimonio en su totalidad, bajo el

entendido de que el contrainterrogatorio, cuando es practicado en un momento distinto al de la declaración inicial, integra una sola pieza probatoria.

A continuación se presentarán esquemáticamente cada una de las variantes acabadas de exponer, ilustrando de forma muy general las posibles vías para denunciar en casación una afectación del derecho al contrainterrogatorio. Quien pretenda ahondar en materia de casación deberá consultar las obras especializadas.[542] La técnica presentada corresponde a la jurisprudencia de casación recaída sobre las causales previstas en la Ley 600 de 2000.[543]

Debe tenerse presente que las causales de casación fueron modificadas por el artículo 181 de la Ley 906 de 2004, aun cuando a la fecha la jurisprudencia de casación no ha aplicado estas innovaciones.[544]

2.1.1. Acceso a la Corte por violación del derecho a la *defensa técnica* en cuanto omisión de contrainterrogar los testigos adversos.

Cuando se cuestiona la omisión de un defensor en contrainterrogar testigos de cargo, como manifestación de falta de defensa técnica, el ataque en casación se debe plantear al amparo de la **causal tercera**, como nulidad por violación del derecho a la defensa técnica.

542 Véase, entre otros, Pabón Gómez, Germán, *De la Casación y la Revisión Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Doctrina y Ley, Bogotá, 1999.
543 Artículo 207. Causales. En materia penal la casación procede por los siguientes motivos:
1. Cuando la sentencia sea violatoria de una norma de derecho sustancial. Si la violación de la norma sustancial proviene de error de hecho o de derecho en la apreciación de determinada prueba, es necesario que así lo alegue el demandante.
2. Cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en la resolución de acusación.
3. Cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad.
544 "Artículo 181. *Procedencia.* El recurso como control constitucional y legal procede contra las sentencias proferidas en segunda instancia en los procesos adelantados por delitos, cuando afectan derechos o garantías fundamentales por:
1. Falta de aplicación, interpretación errónea, o aplicación indebida de una norma del bloque de constitucionalidad, constitucional o legal, llamada a regular el caso.
2. Desconocimiento de la estructura del debido proceso por afectación sustancial de su estructura o de la garantía debida a cualquiera de las partes.
3. El manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia.
4. Cuando la casación tenga por objeto únicamente lo referente a la reparación integral decretada en la providencia que resuelva el incidente, deberá tener como fundamento las causales y la cuantía establecidas en las normas que regulan la casación civil.

En estos casos lo que se cuestiona es que el defensor *no solicitó* el contrainterrogatorio, debiendo haberlo hecho para garantizar una defensa técnica al acusado.

Lo que se pretende es retrotraer lo actuado hasta determinado momento en que se posibilite ejercitar el derecho a la defensa técnica.

En vista de la línea jurisprudencial vigente en la Corte sobre la materia, debe decirse que es casi imposible que prosperen este tipo de planteamientos en la práctica, pues la Corte acertadamente entiende que, por principio, cada abogado cuenta con autonomía para diseñar la estrategia de defensa que considere pertinente, de donde no es lícito casar una sentencia a partir de la *opinión* de un segundo profesional del derecho conforme a la cual la defensa pudo ser mucho mejor si se hubiese contrainterrogado a los testigos de cargo.

El pensamiento de la Corte aparece claramente expuesto en el caso *Usme*[545]

> A este respecto la Corte tiene establecido que el defensor, sea público, de oficio, o de confianza, en ejercicio de la función de asistencia profesional, goza de total iniciativa pudiendo aconsejar a su asistido en relación con las actitudes procesales que considere favorables a sus intereses, presentar las solicitudes que estime acordes con la gestión encomendada, o interponer los recursos pertinentes, o incluso, a pesar de tener una actitud vigilante del desarrollo de la actuación asumir una pasiva por calificar que ésa puede ser la mejor alternativa de defensa, y **no por estar en desacuerdo con la estrategia defensiva asumida, o haber sido adversos los resultados del juicio, hay lugar a sostener que el derecho de defensa ha sido violado por ausencia de defensor idóneo**, pues la ley no le impone al abogado derroteros en torno a la estrategia, contenido, forma o alcance de sus propuestas, ni la aptitud de estas gestiones se establece por los resultados del debate (Cfr. sent. cas. oct. 10 de 2002, rad. 13048. M. P. Arboleda Ripoll). (s.n.)

545 14.252, 27/2/03, M. P. Fernando E. Arboleda Ripoll.

Y en el caso *Marín*[546]señaló la Corte:

> Contrario sensu, aquí aparece claro que lo que argumenta el libelista **no es realmente que se haya desconocido el derecho de defensa, sino que la estrategia defensiva ha debido ser otra**, sin percatarse que la pasividad de un profesional del derecho apreciada desde la perspectiva de quien lo sucede en el encargo no constituye demostración de que se quebrantó la garantía, pues los medios defensivos son múltiples y quedan al criterio y autonomía del abogado, de acuerdo con las particularidades de cada caso concreto, de modo que no utilizar algunos de ellos no implica que la defensa se desconoció. (s.n.)

Es posible que en un caso concreto se logre acreditar una violación del derecho a la defensa técnica por omisión del contrainterrogatorio, pero eso solo ocurrirá cuando el casacionista logre demostrar que el contrainterrogatorio de los testigos de cargo era el único medio idóneo, en ese caso, con vocación de prosperidad para materializar la defensa técnica al procesado.

2.1.2.Acceso a la Corte por violación del derecho a la defensa o contradicción en cuanto se privó al acusado del derecho a contrainterrogar los testigos adversos.

En estos casos el planteamiento no se enfoca ya a denunciar yerros o fallas imputables a defensores anteriores. Quien acude a la Corte denuncia que solicitó el contrainterrogatorio y le fue negado arbitraria o injustamente por la administración de justicia.

Lo que se pretende es retrotraer lo actuado hasta determinado momento en que se posibilite ejercitar el contrainterrogatorio a los testigos de cargo.

En estos casos se constata que el defensor *solicitó* el contrainterrogatorio pero la administración de justicia, o bien *negó* la petición o bien la admitió pero *no se logró la práctica* de la prueba.

Si la petición fue *negada* resulta evidente que el demandante debe acreditar que fueron agotados todos los recursos judiciales

546 10.083, 26/11/01, M. P. Jorge E. Córdoba Poveda.

contra la negativa a decretar el contrainterrogatorio; ello fundamentalmente se reduce a establecer que se apeló la decisión, pero sería incluso aconsejable agotar la acción de tutela para fortalecer posteriormente la gravedad del perjuicio en sede de casación.

Como ya se dijera, en este tipo de planteamientos se debe observar cuidadosamente el *principio de convalidación*, pues quien denuncia la violación del derecho al contrainterrogatorio debió haber hecho uso, dentro del respectivo trámite procesal, de **todos** los recursos y constancias en orden a no aceptar expresa ni tácitamente la situación que motiva su queja en casación.

Esto es particularmente aplicable a los casos en que el acusado, a través de su defensor, hizo uso dentro del proceso de otros medios de contradicción frente al testigo adverso, sin que haya hecho constar de algún modo el perjuicio que le causaba la omisión de decreto o práctica del contrainterrogatorio solicitado.

Repárese que cuando se controvierte el testimonio de cargo mediante otros mecanismos distintos al contrainterrogatorio en realidad se está renunciando al ejercicio de esta garantía, para suplantarla por otra que cumple fines análogos y que materializa también el derecho de contradicción.

Por ejemplo, al atacar la credibilidad de un testigo adverso mediante alegaciones, el sujeto procesal está optando por otro instrumento que materializa el derecho de contradicción frente al testimonio adverso.

Como ya se dijera, es en este sentido que debe entenderse la muy reiterada doctrina de casación, a veces inadecuadamente aplicada, conforme a la cual *el derecho de contradicción no se reduce al contrainterrogatorio*, lo cual es exacto cuando el propio afectado es quien reduce el derecho de contradicción a otros medios distintos del contrainterrogatorio, desistiendo de esta alternativa mediante el legítimo ejercicio de la libertad de configuración estratégica de su caso.

Pero muy distinto es el evento cuando, en ejercicio del mismo derecho a diseñar la estrategia de defensa, el sujeto procesal *re-*

duce el derecho de contradicción frente a los testigos adversos al contrainterrogatorio, mediante el ejercicio de los recursos y las constancias oportunas que evidencian que se hizo una elección consciente y deliberada por esa vía de contradicción.

En estos casos el derecho de contradicción frente a los testigos adversos *sí se reduce al contrainterrogatorio*. Cabe advertir que la ausencia de contrainterrogatorio en estos casos no debe ser de algún modo imputable al propio acusado o a su defensor, pues cuando ello ocurra el planteamiento difícilmente prosperará en casación o en el curso del procedimiento.

Por su parte, la administración de justicia podrá salvar su responsabilidad, en cuanto a la omisión de contrainterrogatorio demostrando que las repreguntas no pudieron llevarse a cabo por una causa objetiva y razonable, ajena a su voluntad.

En esta materia, como en muchas otras, el acceso a la Corte Suprema de Justicia no debería convertirse en un espacio para materializar una defensa, que por definición no se presentó en el curso del proceso, como suele suceder. Un proceso terminado en segunda instancia puede estar fatalmente inhabilitado para acceder a la Corte, precisamente por causa de las acciones y omisiones del defensor del acusado, sin que ya nada se pueda hacer al respecto.

2.1.3. Acceso a la Corte por violación indirecta de la Ley sustancial por error de derecho, por falso juicio de legalidad, recaído en el testimonio de cargo que el acusado no pudo contrainterrogar.

La Constitución señala que "es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación del debido proceso". La regla de exclusión probatoria consagrada en el inciso final del artículo 29 de la Carta encuentra desarrollo en la técnica casacional mediante el denominado **falso juicio de legalidad**. La Corte es esclarecedora al respecto en el caso *Moreno*[547], donde expresó:

547 Sentencia del 23 de julio de 2001, proceso 13.810. En éste caso agentes del Resguardo de Rentas del Departamento de Antioquia decomisaron en un retén, en un bus intermunicipal, dos (2) cajas de cartón que contenían 8.006 tapas para botellas de Aguardiente con el logotipo de la Fábrica de Licores de Antioquia, de producción fraudulenta. Con

En el caso sub judice, el cargo se estructura sobre la base de que la diligencia de allanamiento y registro practicada por el Juez de Rentas, es ilegal, y que también son ilegales las pruebas derivadas de ella. Así planteada la censura, se estaría en presencia de un error de derecho, por falso juicio de legalidad, que como es sabido, se presenta cuando el juzgador le otorga validez a una determinada prueba porque considera que fue legalmente incorporada al proceso sin serlo (hipótesis dentro de la cual quedaría comprendido el supuesto planteado por el casacionista), o cuando se la niega porque estima que es ilegal no siéndolo, susceptible solo de ser alegado, como se deja dicho, por la vía de la causal primera.

Existe la creencia de que la prueba ilegalmente obtenida vicia de nulidad la actuación procesal posterior. Esta apreciación es equivocada. Cuando una prueba ha sido irregularmente allegada la proceso, y el Juez la toma en cuenta al momento de dictar sentencia, se está en presencia de un error de apreciación probatoria, que se soluciona con la separación de la prueba ilegal del juicio, en virtud de la cláusula o regla de exclusión que como mecanismo de saneamiento opera en estos casos, y que la Constitución Nacional establece en su artículo 29, al declarar que **es nula**, de pleno derecho, **la prueba** obtenida con violación del debido proceso.

Obsérvese que la Carta no consagra como sanción la nulidad del proceso, sino solo de la prueba ilegalmente incorporada,

fundamento en la información que aparecía ne la parte externa de las cajas (el nombre del destinatario de la caja y su dirección en la ciudad de Medellín), y algunos antecedentes que indicaban que en el lugar en donde debía ser entregada la mercancía funcionaba una fábrica clandestina de aguardiente, el Juzgado Segundo de Rentas Departamentales de Antioquia ordenó y practicó el mismo día diligencia de allanamiento y registro del inmueble, en asocio de varios Agentes del Resguardo y de Unidades de la Policía Nacional, habiendo sido hallados elementos propios para la elaboración clandestina de aguardiente. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín confirmó la pena de 43 meses de prisión impuesta en primera instancia al acusado como coautor responsable de los delitos de falsedad marcaria y ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico.
Con fundamento en la causal tercera de casación, el demandante acusa la sentencia impugnada de haber sido proferida en un juicio viciado de nulidad, por cuanto el domicilio, de acuerdo con lo dispuesto en el citado artículo 28 de la Carta Política, solo puede ser registrado en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, condición que no se cumplió en el presente, puesto que la residencia del procesado fue allanada y registrada sin mediar dicha orden, ya que la expedida por el Juez de Rentas carecía de fuerza vinculante, por tratarse de una autoridad administrativa, no judicial, y carecer de competencia para ordenar allanamientos.

> y así ha sido entendido de antiguo por la Corte al sostener que la ilegalidad del medio afecta su validez, pero no la eficacia de la actuación procesal posterior, salvo que se trate de la propia indagatoria, pues si él en su conceptuación como medio de prueba es excluido, necesariamente se afectará la validez de la actuación subsiguiente, por tratarse de un presupuesto esencial de la estructura básica de la instrucción y el juzgamiento, sin el cual no resulta posible concebir actos procesales como la resolución de la situación jurídica, el cierre de la investigación, la calificación del sumario, el juicio, y la propia sentencia. (Negrillas en el texto original)

Por lo anterior, tratándose de afectaciones al derecho a contrainterrogar, en este tipo de enfoque se pretende que la Corte concluya que es ilegal el testimonio adverso por cuanto fue aducido al proceso con violación del derecho al contrainterrogatorio (derecho de defensa).

Excluida la prueba ilegal, el casacionista debe proceder a valorar ante la Corte el remanente de prueba obrante en el proceso para que ésta concluya que dichas pruebas no permiten llegar a la decisión que consigna la sentencia de segunda instancia, por lo que se solicita de la Corte dictar un fallo en reemplazo en determinado sentido.

En estos planteamientos es fundamental demostrar que con el remanente de prueba obrante en el proceso (una vez excluido el testimonio de cargo) no es posible arribar a las mismas conclusiones que soportan el fallo demandado. Este cargo es de difícil estructuración en la práctica por cuanto usualmente la sentencia demandada se fundamenta en varios medios de prueba, entre ellos el testimonio de cargo, de donde la exclusión solamente de tal testimonio, no deja sin piso, por si misma, la decisión impugnada.

La regla de *convalidación* sigue siendo de fundamental importancia, pues cuando se acuda a esta vía no debe surgir ningún reproche o señalamiento en orden a la aceptación –expresa o tácita- de la imposibilidad de contrainterrogatorio. Es entonces aplicable lo ya expresado con ocasión de las cargas procesales que implica el acudir a esta queja por la vía de la causal tercera.

2.1.4.Acceso a la Corte por violación indirecta de la Ley sustancial por error de hecho por falso juicio de identidad recaído en el testimonio de cargo que fue objeto de contrainterrogatorio.

El error de identidad, ha dicho la Corte,"recae en la labor de contemplación material del medio y su traslado al fallo tergiversándolo en su expresión fáctica, bien porque se le adicione, cercene o altere".[548]

En estos casos el sujeto procesal *solicitó* el contrainterrogatorio, el funcionario judicial lo *decretó* y la diligencia se llevó a cabo, permitiéndose a la parte repreguntar al testigo.

Pero al momento de *valorar* la prueba el juzgador le dio al testimonio un alcance que no tenia. El casacionista denuncia en estos casos que el juzgador no valoró adecuadamente el testimonio atendiendo a los resultados del contrainterrogatorio, por ejemplo, porque encuentra que las respuestas del testigo bajo contrainterrogatorio arrojan algo distinto de lo que el juzgador concluyó al apreciar ese testimonio.

En estos casos lo que se pretende es que la Corte, luego de encontrar probado el error, valore nuevamente la declaración de cargo otorgándole el mérito que objetivamente tiene y dicte un fallo en reemplazo del ilegal.

La *trascendencia* del error debe ser objetiva. Se debe evitar convertir el ataque en una alegación de instancia y limitarse a demostrar por qué las respuestas del testigo bajo contrainterrogatorio fueron objetivamente tergiversadas por el juzgador mediante adiciones o cercenamientos.

Una variante de este ataque, que la Corte ha configurado como motivo de casación independiente al falso juicio de identidad, es el falso raciocinio por violación de las reglas de la sana crítica:

548 Sentencia de 22 de Junio de dos mil, radicado 11148, M. P. Arboleda Ripoll. En el mismo sentido sentencia de cinco de julio de dos mil, radicado 12814, M. P. : Gómez Gallego: "Vale la pena aclarar, con fines didácticos, que conceptual o metodológicamente el hacerle decir a las pruebas cosa distinta de la que realmente expresan, se tiene como un reproche que usualmente corresponde al denominado *error de hecho por falso juicio de identidad*..."

> … una cosa es el error de identidad en que se puede incurrir, que recae en la labor de contemplación material del medio y su traslado al fallo tergiversándolo en su expresión fáctica, bien porque se le adicione, cercene o altere y otra diversa, cuando sin incurrirse en la distorsión de la prueba, al asignarle su mérito persuasivo se transgreden los postulados que gobiernan la sana crítica, error éste de estimación que ocurre en el proceso interactivo de establecer la aptitud demostrativa del medio, con lo cual resulta evidente que se trata de dos tipos de error, que como tales corresponden a momentos lógicamente distintos en la apreciación probatoria, con objeto igualmente distinto, no obstante lo cual, el casacionista fusiona en uno solo como si obedecieran a idéntico fenómeno.[549]

En todo caso, bien sea que se plantee el falso juicio de identidad o el falso raciocinio, se impone demostrar:

- Qué en concreto dice el medio de prueba donde se consignó el resultado del contrainterrogatorio.

- Qué específicamente dijo el juzgador respecto al medio de prueba en la sentencia.

- En qué consistió el falso juicio de identidad (la distorsión, cercenamiento o adición) o falso raciocinio para poner a producir a la prueba efectos que objetivamente no surgen de su contexto.

- Qué efectos tuvo el error en la declaración contenida en la parte resolutiva del fallo, es decir, la trascendencia, debiendo al efecto realizar una nueva valoración probatoria para demostrar que las conclusiones del fallo habrían sido de diverso contendido de no haberse incurrido en el error.

- Cuando se plantea el falso raciocinio se debe señalar en la demanda cuál fue la regla de la lógica, la experiencia o la sana crítica que fue desconocida por el sentenciador.

549 Sentencia del 22 de Julio del 2000, M. P. Fernando Arboleda Ripoll.

- El casacionista deberá indicar con precisión a la Corte cuál es el fallo de reemplazo que debe ser dictado.

2.1.5. Acceso a la Corte por violación indirecta de la Ley sustancial por error de hecho por falso juicio de existencia por omisión recaído en el testimonio de cargo que fue objeto de contrainterrogatorio.

Sin entrar en detalles, puede decirse que el falso juicio de existencia por omisión se presenta "cuando se ignora la existencia de una prueba, esto es, cuando el medio de convicción obra en el proceso y el juzgador omite su apreciación".[550] La Corte ha sostenido que "este error es demandable con éxito cuando el sentenciador no aprecia pruebas materialmente existentes en el proceso, de modo tal que si las hubiera tenido en cuenta la decisión habría sido diferente".[551]

Al igual que en el caso anterior, en estos eventos el sujeto procesal *solicitó* el contrainterrogatorio, el funcionario judicial lo *decretó* y la diligencia se llevó a cabo, permitiéndose a la parte repreguntar al testigo. Pero al momento de sentenciar el juzgador *omitió valorar* el medio de prueba (y obviamente también el resultado del contrainterrogatorio).

Cabe aclarar que el testimonio obrante en el proceso, como medio de prueba, constituye una unidad conformada por la declaración inicial y sus diversas ampliaciones. Si el contrainterrogatorio se presentó en ampliación de una declaración rendida inicialmente, el falso juicio de existencia por omisión debe predicarse de la totalidad del testimonio, es decir, de la declaración inicial y de la ampliación donde se presentó el contrainterrogatorio.

Si el falso juicio de existencia se presenta solo en relación con la ampliación de declaración en la que se llevó a cabo el contrainterrogatorio, pero no frente a la declaración inicial, la cual se valora por el funcionario judicial, el ataque no debe presentarse

550 Sentencia del 3 de abril de 1990. M.. P. Edgar Saavedra Rojas.
551 Sentencia del 8 de agosto de 1996, M. P. Ricardo Calvete Rangel.

por esta vía sino por la del falso juicio de identidad o por violación de las reglas de la sana crítica, según sea el caso.

Esto en tanto, usualmente, al omitir valorar la ampliación de declaración, mas no la declaración inicial, el funcionario judicial está *tergiversando* la prueba mediante *cercenamientos* recaídos en la ampliación de declaración donde se presentó el contrainterrogatorio.

En estos casos el casacionista denuncia que el juzgador no tuvo en cuenta o dejó de lado el testimonio de cargo que, es de suponerse, resultó desacreditado en el contrainterrogatorio, lo que, de haber sido tenido en cuenta, habría impedido proferir un fallo adverso a sus intereses.

Se solicita entonces de la Corte en estos casos que valore la prueba teniendo en cuenta la declaración omitida para que dicte un fallo de reemplazo, debiendo indicarse en que sentido debe ser dictado el mismo.

2.2. Análisis crítico: Núcleos problemáticos de la doctrina vigente sobre técnica casacional aplicable al contrainterrogatorio.

2.2.1. Derecho de defensa Vs. Debido Proceso: La doctrina de la Corte sobre técnica casacional en materia de nulidad por afectaciones del derecho al contrainterrogatorio.

La Corte ha recalcado la necesidad de respetar la técnica casacional para presentar un cargo por violación del derecho al contrainterrogatorio mediante la vía de la nulidad por violación del derecho a la defensa. En efecto, la Corte ha indicado que no se debe confundir esta modalidad de ataque con una violación al debido proceso, como equivocadamente suele plantearse.

Así, en el caso *Atehortúa*[552], donde el juez ordenó recaudar testimonios por fuera de la audiencia pública e impedir que se recibiera en dicha oportunidad una declaración que no había sido posible recoger en el término legal fijado por el Despacho,

552 12.031, 15/11/01, M. P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

el demandante planteó la nulidad del proceso "tanto por violación del debido proceso como del derecho de defensa", a lo que la Corte contesto:

> Señálase aquí un primer defecto en la formulación del cargo, pues reiteradamente ha dicho la Sala[553] que, si bien existen irregularidades que afectan tanto el debido proceso como el derecho de defensa, **no por ello se pueden mezclar y tratar indistintamente, como si fuera lo mismo el vicio de estructura que el de garantía**, claramente diferenciados por la ley y la jurisprudencia.
>
> No se advierte cómo, por ejemplo, ni el demandante lo explica, la orden de recaudar unas pruebas antes de la audiencia pública, decisión de la que oportuna y personalmente fue enterado el defensor (fl. 291 vto.), pueda socavar el derecho de defensa, o que se quebrante la estructura del proceso porque se niegue la recepción de algunos testimonios, deficiencias que ciertamente dificultan el adecuado estudio del cargo en los precisos términos en que fue planteado. (s.n.)

En similar sentido, en el caso *Rivera*[554] donde en un mismo cargo el demandante acusó al fallador de haber dictado sentencia en un juicio viciado de nulidad por violaciones al debido proceso y al derecho de defensa, concretándose ésta en la imposibilidad de contrainterrogar los testigos de cargo, la Corte indicó que técnicamente ambas violaciones debían plantearse por separado, de donde se deduce la *autonomía* que debe ostentar un cargo de nulidad por violación del derecho al contrainterrogatorio (afectación del derecho de defensa o contradicción):

> En efecto, al interior del mismo reproche aduce vulneración de las garantías de la defensa y del debido proceso, las que, al tenor de la argumentación expuesta, **han debido ser objeto de censuras separadas**, en acatamiento al principio de autonomía de los cargos, que rige este extraordinario recurso; y,

553 (Nota en el texto original) Cfr. autos del 19 de diciembre de 2000, radicados 16.174 y 16.434, MM.PP., en su orden, doctores Nilson E. Pinilla Pinilla y Jorge E. Córdoba Poveda; sentencia del 26 de febrero de 2001, radicado 12.108 y auto del 12 de marzo de 2001, radicado 16.763, ambas providencias con ponencia del doctor Jorge E. Córdoba Poveda.
554 11.616, 15/12/99, M. P. Jorge Córdoba Poveda.

además, teniendo en cuenta el alcance de la invalidez frente al proceso, **ha debido señalar cuál era principal y cuál subsidiario**. Además, no dice cuál es la actuación que debe invalidarse en virtud del vicio, limitándose a aseverar que solicita a la Sala declarar "en cuál estado queda el proceso". (s.n.)

2.2.2. Nulidad Vs. Causal primera (Violación indirecta por error de derecho por falso juicio de legalidad): La doctrina de la Corte Suprema de Justicia sobre técnica casacional en materia de afectaciones del derecho al contrainterrogatorio.

Mientras se presenten de forma separada y subsidiaria, es perfectamente posible que se acuda en casación a la causal primera (error de derecho por falso juicio de legalidad) y a la tercera (nulidad por violación del derecho de defensa) para plantear una violación del derecho a contrainterrogar los testigos de cargo.

Esta posibilidad de suyo no implica inconsistencia doctrinal ni jurisprudencial, pues las causales pueden operar simultáneamente apuntando de manera distinta a la protección de idéntica garantía.

Pero sucede que la Corte en algunos precedentes indica que la causal adecuada para plantear una violación del derecho de defensa por imposibilidad de contrainterrogatorio es la causal tercera (nulidad), mientras que en otros, ante muy semejante planteamiento y hechos análogos, señala que la vía adecuada es la causal primera (violación indirecta por error de derecho por falso juicio de legalidad). Es por esto que se sostiene que la doctrina de casación no ha sido clara y coherente en esta materia.

En el caso *Rivera*, donde el demandante planteó en cargos separados la nulidad –de un lado- y la causal primera por error de derecho[555] -del otro-, ambos basados en que la defensa no pudo contrainterrogar a la testigo de cargo a pesar de haberlo solicitado, la Corte señaló que "el reproche adolece de protuberantes desaciertos técnicos que lo condenan al fracaso" por cuanto:

555 "Además del cargo de nulidad, el defensor con los mismos motivos demandó al amparo de la causal primera, y en lo que toca con el derecho a contrainterrogar alegó respecto a la credibilidad que se le otorgó al testimonio de Dora Luz Cruz que el sentenciador olvidó que el mismo "fue mal allegado al proceso puesto que no se permitió al defensor contrainterrogarla"."

no distingue entre error de estructura y error garantía, pues hay irregularidades que aduce por los dos motivos de nulidad, como ocurre con la imposibilidad de que la testigo de cargo Dora Luz Cruz fuera contrainterrogada por la defensa. Así mismo, plantea como vicios de estructura, presuntas informalidades atinentes al derecho de defensa, como la imposibilidad de asistir al interrogatorio de los testigos de cargo, por falta de citación. Por otra parte, **la falta de claridad y precisión del libelo también se pone de presente si se considera que la alegada imposibilidad de contrainterrogar a los testigos de cargo, concretamente en lo relacionado con Dora Luz Cruz, también la postula por la causal primera, por error de derecho por falso juicio de legalidad**.

(…)

… también adolece de errores en su construcción y fundamentación que dan al traste con la censura, así: 1°. En cuanto a que se incurrió en error de derecho al no permitirse al defensor contrainterrogar a Dora Luz Cruz Yacuechime, no sólo no se indica el falso juicio que lo determinó, si de legalidad o convicción, sino que **también se invoca por la causal tercera**, en forma equívoca e imprecisa, como ya se analizó". (s.n.)

La Corte denuncia las inconsistencias de la demanda -que no se discuten aquí- pero no clarifica cuál de las dos es la vía adecuada para denunciar técnicamente la situación de hecho planteada en el caso.

Posteriormente, en el caso *Garavito*[556], el demandante invocó en casación la nulidad de lo actuado a partir de la providencia que declaró el cierre de la investigación por cuanto se impidió a la defensa el contrainterrogatorio del único testigo de cargo Guillermo Alejandro Pallomari, con el argumento de haber desperdiciado la oportunidad para controvertir tal elemento de juicio cuando fue practicado, pues la defensa no concurrió a su realización.

556 14.536, 2/4/01, M. P. Edgar Lombana Trujillo.

En su respuesta la Corte *parece sugerir* que la vía adecuada para plantear técnicamente una queja de ese estilo es la **causal primera**, por error de derecho en su modalidad de falso juicio de legalidad; esto se concluye de la lectura de la sentencia, porque solo así se materializaría lo que señala la Corte: *que ha debido cuestionarse solamente la declaración del testigo de cargo y no la restante actuación cumplida*:

> Adicionalmente, así se aceptara en gracia de discusión el irregular recaudo del testimonio en comento, es decir, que su obtención se verificó con menoscabo del debido proceso o del derecho de defensa, **tal vicio sólo tendría la virtualidad de afectar a dicha prueba**, sin que los efectos de una anomalía de ese talante se extendieran a la restante actuación cumplida, de ahí que **ni aun en este evento se configuraría una nulidad** o el menoscabo de alguna garantía fundamental que impeliera a la Corte a la intervención oficiosa de que trata el artículo 228 del estatuto penal adjetivo. (s.n.)

Esta orientación jurisprudencial no se muestra consistente con lo decidido en materia de técnica casacional en el caso *Caro*[557], fallado posteriormente. Allí el demandante invocó adicionalmente, en cargo separado, la causal primera en su segundo apartado, acusando la sentencia de ser violatoria de la ley sustancial debido a un error de derecho "toda vez que la certeza se construyó a partir de prueba ilegalmente producida por falta de controversia efectiva y directa".

La Corte contestó en cuanto a este segundo cargo que el cuestionamiento a una práctica de prueba testimonial sin la presencia del defensor con fines de contrainterrogatorio debe plantearse al amparo de la causal tercera (nulidad) y no por la vía de la causal primera, por falso juicio de legalidad (ilegalidad o nuli-

557 13.704, 23/5/01, M. P. Jorge Aníbal Gómez Gallego. A mas de la violación del derecho a la defensa técnica, en este caso se planteó la imposibilidad de contrainterrogar al testigo de cargo Luis Montoya Penagos, quien no asistió a las citaciones que le hiciera el funcionario judicial; igualmente se cuestionó la decisión del juez de negarle a la defensa el contrainterrogatorio al testigo de cargo Oscar Octavio Echeverri en el curso de una diligencia de inspección judicial, así como la negativa a ampliar dicha declaración, previamente recibida de forma separada y sin la asistencia de la defensa por motivos personales.

dad de pleno derecho de la prueba por violación del principio de contradicción), en estos términos:

> Pero la confusión del planteamiento se hace más ostensible cuando como soporte del argüido error de derecho por falso juicio de legalidad, se traen a cuento otras violaciones al debido proceso y al derecho de defensa, como serían la no práctica de algunas pruebas o la imposibilidad de controvertir las que si alcanzaron a practicarse, **vicios estos que deben demandarse en el ámbito de la causal tercera. (s.n.)**

Pero esta línea de pensamiento se muestra contradictoria con la expresada apenas dos meses después por la Corte en el caso *Castiblanco*[558]. En este caso el demandante acusó la sentencia del Tribunal Superior de Cundinamarca por haber sido dictado en un juicio viciado de nulidad, al haber apreciado un testimonio que la defensa no pudo controvertir "y que fue la prueba básica para condenar"; la Corte, antes de tocar el fondo del problema, señaló que "el cargo adolece de errores de técnica que lo llevan al fracaso", por cuanto:

> 2.1. Equivoca la causal que selecciona para denunciar el yerro, pues lo que está afirmando es que la prueba no ha debido ser considerada por el fallador, por no haber podido ser controvertida, esto es, que fue aducida con violación de los requisitos legales que condicionaron su validez, por lo que es jurídicamente inexistente, **censura que ha debido enunciar y desarrollar por la causal primera, cuerpo segundo, por error de derecho por falso juicio de legalidad.** (s.n.)

Pero, a su vez, esta doctrina se muestra inconsistente con la expresada en el caso *Becerra*[559]fallado casi tres meses después; en este caso, cuyos hechos son bastante semejantes al acabado de citar[560], la defensa cuestionó mediante causal primera -error

558 13.758, 18/7/01, M. P. Dr. Jorge Córdoba Poveda.
559 15.286, 2/10/01, M. P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón y Fernando E. Arboleda Ripoll.
560 En el caso *Castiblanco* el casacionista planteó que no fue posible contrainterrogar al testigo de cargo, quien al igual que en el caso *Becerra* declaró en otro proceso en que el acusado no fue sujeto procesal y su declaración se trasladó al proceso que originó la demanda de casación. Al igual que en el caso *Becerra*, la defensa solicitó el contrainterrogatorio y fue decretado, pero no se logró la comparecencia del testigo.

de derecho por falso juicio de legalidad- la declaración de un testigo de cargo que no le fue posible contrainterrogar, aun cuando fue solicitado y decretado por la autoridad judicial, a lo que la Corte contestó:

> h) Por último importa tener en cuenta que como la controversia no es requisito de validez en el momento de producción o de aducción del medio probatorio, para el caso la declaración, **su ataque no es viable con base en el error de derecho por falso juicio de legalidad**. A partir de allí, es decir, después de esos dos momentos la imputación puede variar con fundamento en otro tipo de error pues que, como es obvio, el contrainterrogatorio al testigo no agota el derecho a la controversia. (s.n.)

La Corte acogió el criterio del Ministerio Público, que había rendido concepto negativo en idéntico sentido, señalando que

> Como la acusación apunta a que la prueba no podía ser apreciada porque se limitó al procesado el derecho de contradicción y por lo tanto se le recortaron sus oportunidades de defensa, **la violación de dicho principio en relación con el testimonio de Pallomari González ha debido alegarse a la luz de la causal tercera, pues quebrantar el derecho de contradicción implica que se afecten el derecho a la defensa y al debido proceso**, lo que trae como consecuencia no que se modifique el sentido del fallo **sino que se declare la nulidad de la actuación** con miras a que el proceso retorne por los cauces de la legalidad. (s.n.)

De lo hasta aquí expuesto se deduce que la jurisprudencia de la Corte no es uniforme y coherente en cuanto a la técnica adecuada para denunciar en casación una violación por imposibilidad de llevar a cabo el contrainterrogatorio de un testigo de cargo que fue esencial para arribar a las conclusiones del fallo impugnado.

Es así como algunos precedentes señalan que la vía adecuada es la **causal tercera**, en su modalidad de nulidad por violación al derecho de defensa, mientras que en otros fallos proferidos en planteamientos análogos se sostiene que el camino adecuado para

alcanzar este propósito es la **causal primera**, en su modalidad de error de derecho por falso juicio de legalidad.

La jurisprudencia de la Corte debe ser consistente en cuanto a cuál es la técnica aplicable ante casos semejantes, ya que un trato diverso para acceder a su jurisdicción, en esas circunstancias, carece de justificación objetiva y razonable y se convierte en fuente de inseguridad jurídica en un tema en el cual la Alta Corporación suele ser bastante exigente y celosa del respeto por el rigor técnico, en punto a la correcta utilización de la técnica de casación.

VI
El Contrainterrogatorio Silencioso

No despliegues a un dragón oculto[*]

1. Introducción

La expresión "contrainterrogatorio silencioso" (*silent cross-examination*) es utilizada por Francis L. Wellman para indicar la renuncia técnica, consciente y estratégica al derecho a formular preguntas durante el contrainterrogatorio.[561] El *arte de no contrainterrogar* es uno de los más difíciles de ejecutar con maestría, exige una decantada experiencia y un afilado instinto.

En sentido estricto, el contrainterrogatorio silencioso se presenta cuando no se formula *ninguna pregunta* al testigo adverso en el momento en que corresponde el turno para contrainterrogar, lo cual suele simplemente declinarse con la expresión: "No tengo preguntas, señor Juez."

Puede también presentarse el caso en que se hace uso del derecho a repreguntar, pero dejando deliberadamente por fuera ciertos temas o materias, reduciendo el contrainterrogatorio a unos pocos puntos sin mayor importancia; en ese caso se habla de un *contrainterrogatorio aparente*, modalidad de contrainterrogatorio silencioso, solo que no *total*, sino apenas *parcial*.

* Tomado del *I Ching* o *El Libro del Camino*.
561 Francis L Wellman, *The Art of Cross-examination*, Dorset, Press, New York, Fourth Edition, 1986, Capítulo VII, p. 132 y ss...

La experiencia enseña que cuando termina el interrogatorio directo y el juez concede la palabra al abogado de la contraparte, éste suele verse presa de un instintivo e irresistible deseo de contrainterrogar al testigo, a toda costa. De hecho, como anota Bergman,"entregar un testigo al repreguntador se parece a dejar las llaves de un auto deportivo en manos de un adolescente. Ninguno de los dos puede resistir la tentación."[562]

Quizás esto se presenta debido a que, como anota Goldberg:

> todos creemos que hay un reconocimiento de la pertinencia y la validez cuando no se cuestiona en las repreguntas el testimonio suministrado en el interrogatorio directo. Nadie está dispuesto a reconocer tal cosa. Nos ponemos de pie y repreguntamos, incluso si no sabemos adónde vamos o por qué estamos actuando de ese modo. El problema de la realización de las repreguntas cuando uno no tiene una meta para ellas, es que el abogado está subrayando indebidamente la declaración del testigo.[563]

Samuel Leibowitz expresaba su opinión sobre el tema:

> - Se habla tanto acerca de la importancia del arte de [contrainterrogar]...
>
> - No solo se habla; se han escrito muchos libros acerca de ese arte. Yo espero que alguien escriba un buen libro acerca del arte de NO [CONTRAINTERROGAR]. El [contrainterrogatorio] es como una bomba atómica en la Sala de Jurados. Rara vez destruye a un viejo y astuto guerrero como Wallace*, pero en manos inexpertas puede precipitar al acusado dentro de un calabozo o echar a perder la labor del Ministerio Público. En

562 Paul Bergman, *La Defensa en Juicio. La Defensa Penal y la Oralidad,* Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Segunda edición, 1995, p. 136.
563 Steven H. Goldberg, *Mi Primer Juicio Oral: ¿Dónde me siento y que diré?*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1994, p. 201.
* James Garret Wallace fue uno de los mejores Fiscales de los Estados Unidos durante las primeras décadas del siglo pasado. Era "un hombre severo con voz atronadora y un odio intenso hacia todos los quebrantadotes de la Ley. (...) era un rudo fiscal que preparaba cuidadosamente sus casos ... un maestro en el [contrainterrogatorio]." (Quentin Reynolds, *Sala de Jurados. La Historia de Samuel S. Leibowitz,* Editorial Constancia, México, Catorceava Edición, 1969, pp. 382 y 387, paréntesis fuera del texto original).

> otras palabras, se pierden más casos por culpa del [contrainterrogatorio] de los que se ganan.[564]

Es por ello que el litigante debe ser sumamente cauteloso en esta materia, pues un caso puede perderse al tomar la decisión equivocada de contrainterrogar; puede ser que en muchos casos el mejor contrainterrogatorio sea *no formular ninguna pregunta*, incluso acompañando dicho anuncio con cierto gesto que represente lo poco importante que fue la declaración del testigo adverso; ello puede ser especialmente eficaz en un juicio con jurado. Al respecto K. Hegland enseña:

> La cuestión no es determinar si el testigo nos ha perjudicado [casi siempre lo hacen], sino más bien si uno puede hacer algo al respecto. Si no puede determinar puntos, considere la posibilidad de encogerse de hombros: 'Su Señoría, nada tengo que preguntar a este testigo'. Practique el encogimiento de hombros; con el tiempo podrá hacerlo de un modo que sugiera que no solo el testigo no lo perjudicó, sino que él no merece ni siquiera el desprecio de la gente civilizada.[565]

El sentido de la llamada por algunos "técnica del encogimiento de hombros", se ve claramente ilustrado en una práctica tradicionalmente atribuida a Carence Darrow*, quien disminuía la importancia del testimonio acompañando la frase "no hay preguntas" con un gesto de la mano que expresaba desinterés.[566]

564 *Q.* Reynolds, op. cit., p. 390, paréntesis fuera del texto original, mayúsculas en el texto original, el sentido auténtico de las palabras "interrogar" e "interrogatorio" es sustituido por las expresiones entre paréntesis, adecuadamente traducidas.
565 Kenney F. Hegland, *Manual de Prácticas y Técnicas Procesales*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1995, p. 112.
* Clarence Darrow (1857-1938). Fue un destacado abogado litigante norteamericano. Entre otros asuntos famosos se hizo cargo del caso Leopold- Loeb, donde dos adinerados estudiantes secuestraron y asesinaron a un niño. Darrow recomendó a sus clientes declararse culpables y los salvo de la pena de muerte utilizando testigos expertos que demostraron como Leopol y Web no eran completamente responsables de sus acciones. Su caso más famoso ocurrió en 1925 cuándo defendió al profesor de escuela John T. Scopes, a quien se acusó acusó en un pequeño pueblo de enseñar la evolución del origen del hombre en vez de la doctrina de la divina creación. Este caso es el tema de la película "*Inherent The Wind*", 1960, producida y dirigida por Stanley Kramer, protagonizada por Spencer Tracy en el papel de Clarence Darrow. También se desempeñó en el caso Scottsboro, donde posteriormente actuaría Samuel Leibowitz defendiendo a los nueve hombres de raza negra acusados falsamente de violar a dos mujeres blancas. Para más datos de su biografía véase http://www.fansoffieger.com/darrow.htm
566 P. Bergman, op. cit., p. 138.

Reconocidos litigantes coinciden en subrayar *la importancia de no contrainterrogar*. Así, para F. Lee Bailey la primera regla del contrainterrogatorio es *no hacerlo*: "No interrogue a menos que haya meditado su objetivo y decidido que tienen (sic) algo que ganar. Si un testigo no lo ha perjudicado en su caso, no lo interrogue, incluso si puede demostrar que su testimonio contiene algunas discrepancias de importancia secundaria."[567]

En muchos casos es mejor renunciar a la repregunta, o *limitarla a unos reducidos puntos*. Al respecto Goldberg advierte con razón que "el modo más seguro de evitar una derrota en una repregunta es evitar que el testigo diga una sola palabra."[568] En efecto, abstenerse de contrainterrogar es la técnica que ocupa el primer lugar, por el nivel de seguridad, en el procedimiento de las repreguntas, pues:

> en el supuesto de que todos los abogados controlan bastante bien su propia lengua, de modo que no dirán nada que sea esencialmente perjudicial para el cliente, el abogado puede garantizar la seguridad y el control definitivo en las repreguntas impidiendo que el testigo abra la boca. Ciertamente, hay ocasiones en que la mejor repregunta se expresa en la frase 'No hay preguntas, Su señoría'.[569]

Emory R. Buckner* acuñó una célebre frase que conviene aplicar en esta materia: "Cuando el contrainterrogador se levante y no sepa exactamente qué preguntar o por dónde comenzar, él debería decir: 'No tengo preguntas.'"[570]

567 F. Lee Bailey, *Como se ganan los juicios. El abogado litigante*, Editorial Limusa – Grupo Noriega Editores, México, Novena reimpresión, 2002, p. 159, la expresión "interrogue", adecuadamente traducida, equivale al término "contrainterrogue".
568 S. Goldberg, op. cit., p. 185.
569 Ibídem.
* Emory R. Buckner (1877-1941), fue uno de los más eminentes abogados de los Estados Unidos y un experimentado contrainterrogador. Mientras estuvo en la Corte Suprema, el Juez Harlan lo recordaba cuándo era su jefe en New York: "La barra de abogados de New York le ha dado al país muchos abogados distinguidos, pero pocos de ellos, me atrevo a decirlo, han dejado una huella tan profunda en la próxima generación de la profesión como lo ha hecho Emory R. Buckner. . . Su influencia no fue pedante, sino que nació del carácter profesional y humano que se adhiere a aquellos que se ven expuestos a él". (Peter Megargee Brown, *The Art of Questioning. Thirty Maxims of Cross- examination*, Macmillan, 1987, USA, p. 7, traducción propia).
570 Emory R. Buckner, *Comments on the "Uses and Abuses" of Cross-examination*, en Francis L. Wellman, op. cit., p. 206, traducción propia.

Por eso se ha dicho -y nunca será innecesario repetirlo- que "la primera norma para determinar lo que uno debe repreguntar después de concluido el interrogatorio directo es ésta: si no hay nada que repreguntar, no repregunte."[571]

Cuando sea otorgado el turno para contrainterrogar a un testigo el litigante debe preguntarse, primero que todo, si conviene hacer uso de esa peligrosa arma que son las repreguntas. El contrainterrogatorio es un arma poderosísima. Siendo así, debe recordarse lo señalado en la cita que dio inicio a este capítulo: no se debe desplegar un poder cuando debe estar oculto, ya que "un poder debe esconderse mientras esté inmaduro y sea insuficiente para influir sobre una situación de manera constructiva. Un poder debe también estar escondido cuando no se dan la ocasión y las circunstancias para llevar a cabo una acción positiva."[572]

La pregunta que surge en este punto de la exposición es la siguiente: ¿Cómo saber con precisión cuándo *contrainterrogar*? Y si se decide contrainterrogar solamente para evitar el efecto perjudicial que causaría la omisión de repreguntar, ¿cómo realizar un contrainterrogatorio apenas *aparente*?

En primer lugar, se definirá con precisión que se entiende por *contrainterrogatorio aparente*. Posteriormente, se analizará *la decisión de contrainterrogar* mediante la presentación de siete criterios que pueden informar una decisión inteligente acerca de si se debe o no contrainterrogar.

2. El contrainterrogatorio aparente

La expresión contrainterrogatorio aparente *(apparent cross-examination)* es utilizada por Thomas A. Mauet[573] para designar aquellas situaciones en las cuales no se tiene nada para cuestionar exitosamente al testigo o a su testimonio, pero se tiene la

571 Goldberg, op. cit., p. 201.
572 Thomas Cleary, *El Arte de la Estrategia.* Ideas creativas basadas en la antigua sabiduría china, Edaf, Arca de sabiduría, Madrid, 12ª edición, 2002, p. 87.
573 Thomas A. Mauet, *Fundamentals of Trial Techniques*, Little, Brown and Company, Boston – Toronto, 1980, p. 286-287.

necesidad de contrainterrogar debido a la importancia que tuvo el testigo para el caso de la contraparte, por lo que el juzgador espera alguna clase de contradicción que, de no presentarse, puede llevar a que sobreestime el efecto perjudicial del testimonio adverso.

El contrainterrogatorio aparente se asimila a la "repregunta implícita", término acuñado por Hegland cuando señala: "Incluso si usted no tiene un propósito definido, puede contemplar la posibilidad de formular unas pocas preguntas solo para sugerir al jurado que no acepta ese testimonio. Este recurso puede ser eficaz."[574]

Como ya se anotaba, el *contrainterrogatorio aparente* es una modalidad de *contrainterrogatorio silencioso*, en cuanto que no es total, sino apenas parcial o aplicado a un tema o aspecto del contenido de la declaración.

En el contexto del juicio, *no contrainterrogar* puede producir el efecto de que se acepta la declaración del testigo, lo cual puede no ser aconsejable. En palabras de Bergman, "a veces, uno no dispone de medios prontos para recusar a un testigo. Pero siente que debe repreguntar, no sea que el juzgador infiere erróneamente que uno acepta la declaración del testigo."[575]

Pero de otro lado, hay testigos que no deben contrainterrogarse, por múltiples razones. Como enseña Bergman, "uno tiene que reconocer que cuando repregunta, está indicando que la declaración directa de un testigo era importante, e implícitamente promete información favorable."[576] De ahí que "el peligro más general de la repregunta no es la revelación dramática de la evidencia perjudicial, sino la mera incapacidad para avanzar. A diferencia de lo que sucede con el amor, es mejor no haber repreguntado que repreguntar y perder."[577]

Este asunto implica una doble problemática: de una parte, hay testigos que deben ser contrainterrogados, solamente para no dejar

574 Hegland, op. cit., p. 112.
575 Bergman, op. cit., p. 159.
576 Ibíd., p. 138.
577 Ibídem.

la impresión en el juzgador de que el caso resultó irreparablemente perjudicado.

Pero, de otro lado, no contrainterrogar a un testigo puede dar la sensación al juzgador de que el mismo era tan intrascendente que no ameritaba preguntarle nada.

Así las cosas, el contrainterrogador debe formarse un criterio acerca del efecto que sobre el juzgador pueda tener la omisión o renuncia a contrainterrogar. Para ello deberá tener en cuenta los siguientes factores, especialmente aplicables en cuanto a *la expectación del juzgador respecto del contrainterrogatorio*, lo cual es más evidente cuando de un jurado se trata:[578]

- El Juzgador puede creer a un testigo por el simple hecho de que está declarando bajo juramento y aceptar su dicho como verdad porque no fue contrainterrogado.

- El Juzgador puede creer en la fortaleza del testigo y aceptarlo solamente porque capta una falla de la contraparte al no contrainterrogarlo.

- El Juzgador puede pensar que el abogado de la contraparte cree en la verdad del testimonio simplemente por el hecho de que no ha intentado desmentirlo mediante el contrainterrogatorio.

El *contrainterrogatorio aparente* satisface la primera alternativa, implicando un examen tangencial del testigo sobre algunos de los siguientes tópicos colaterales a su testimonio:[579]

- Quién lo llamó como testigo.

- Quién le habló sobre el caso.

- Si hubo discusión previa del testimonio con el abogado de la contraparte.

- Si existieron reuniones previas con otros testigos presentes.

578 Se sigue en esto a Romero Soto y Romero Álvarez, *Técnica Jurídica de Investigación e Interrogatorio*, Ediciones Librería del Profesional, 1ª Edición, Bogotá, 1989, p. 460- 461.
579 Se sigue a T. Mauet, op. cit., p. 286.

- Si se dio lectura de materiales para preparar su testimonio.
- Si tiene un interés de cualquier tipo en el resultado del proceso.
- Si tiene un conocimiento previo de las partes, entre otros aspectos.

En resumen, se trata de explorar muy rápidamente al testigo sobre algunos de estos aspectos, cubriendo así la expectativa de contradicción esperada por el juzgador. Las preguntas que componen un contrainterrogatorio aparente deben ser muy pocas.

3. La decisión de contrainterrogar

Como en todas las facetas del contrainterrogatorio, para responder a la pregunta acerca de si se debe o no contrainterrogar lo que realmente resulta importante es el *criterio* y la *intuición* del litigante. Este es un dilema complejo y su adecuada respuesta requiere una decantada experiencia, un excelente dominio del caso y un equilibrado criterio jurídico.

El derecho a contrainterrogar es un derecho renunciable o desistible por su titular. Por lo tanto, nadie está obligado a contrainterrogar al testigo adverso una vez ha finalizado el interrogatorio directo. La decisión de contrainterrogar está determinada, entre otros factores, por la expectación del juzgador, el propósito de lograr alguna utilidad y la natural inclinación al éxito.[580]

Thomas A. Mauet enseña cuáles son las preguntas fundamentales que se debe formular el litigante a fin de tomar una decisión respecto a si debe o no contrainterrogar:[581]

1. ¿Hace daño el testigo a la teoría del caso?
2. ¿Es el testigo importante?

580 Ibíd., p. 460.
581 T. Mauet, op. cit., pp. 238-240.

3. ¿Es el testimonio creíble?

4. ¿Dio el testigo menos de lo que se esperaba de él en el interrogatorio directo?

5. ¿Cuáles son mis expectativas reales en el contrainterrogatorio?

6. ¿Qué riesgos necesito tomar?

A estos juiciosos criterios puede sumarse uno más, especialmente aplicable a nuestra práctica forense, que se concreta así:

7. ¿Qué grado de discrecionalidad tendría el juzgador para valorar los aspectos del testimonio que están en disputa?

A continuación se analizarán separadamente cada uno de estos criterios.

3.1. ¿Hace daño el testigo a la teoría del caso?

Francis L. Wellman escribió hace ya una centuria:

> NADA podría ser más absurdo o una mayor pérdida de tiempo que contrainterrogar a un testigo que no ha declarado sobre ningún hecho material en su contra. Y todavía, extraño como puede parecer, las cortes están llenas de abogados jóvenes -y no sólo jóvenes!- quienes parecen sentir que es su deber contrainterrogar a cada testigo al que se le toma juramento. Ellos parecen temer que sus clientes o el jurado sospechen de su ignorancia o incapacidad para conducir un juicio. Sucede no infrecuentemente que tales exámenes innecesarios producen el desarrollo de nuevas teorías del caso para la contraparte; y un testigo que podría haber estado dispuesto como inocuo mediante el simple silencio, se convierte en un formidable obstáculo en el caso.[582]

La clave del asunto reside entonces en saber percibir, una vez finalizado el examen directo, si realmente el testigo ha causado daño, o mejor dicho: *si ha afectado la teoría del caso de quien contrainterroga*.

582 Francis. L. Wellman op. cit., p. 132, mayúsculas en el texto original, traducción propia.

Es evidente que no se debe contrainterrogar a un testigo cuando la teoría del caso del contrainterrogador no sufre ninguna afectación sustancial con lo declarado en el examen directo; por eso, se ha dicho con razón que "la primera pregunta que cada [contrainterrogador] debe hacerse antes de decidir si se [contrainterroga] a un testigo es: en qué medida su declaración ampliará mi concepto sobre el caso. Si el testigo de la contraparte lesiona claramente el concepto sobre el caso, al contrario de lo que pudiera pensarse, esa sería una de las razones para proceder al [contrainterrogatorio] si fuere necesario."[583]

Sin embargo, la regla que aconseja no contrainterrogar a un testigo que "no perjudica" debe ser analizada con detenimiento, porque "en realidad el testimonio de un testigo de la parte contraria casi siempre 'perjudica', en el sentido de que suministra al adversario la evidencia que necesita para apuntalar sus proposiciones fácticas. Por lo tanto, lo que la regla aconseja es que uno se ande con cuidado, no sea que sus repreguntas aumenten el daño."[584]

Uno de los eventos en que se puede pasar por alto el contrainterrogatorio ocurre cuando la disputa del caso, o del testimonio rendido, no tiene carácter *fáctico*, es decir, cuando no se discute lo que sucedió.[585] Son asuntos que podrían llamarse de *puro derecho*, pues, a un testigo no se le puede preguntar si determinada conducta constituye una violación a la Ley, ya que esa pregunta corresponde contestarla al juez. De nuevo, es la teoría del caso el instrumento para conocer con precisión la naturaleza de *lo que está en disputa* en el proceso.

También se puede desechar la repregunta cuando el testigo declara en el examen directo sobre una controversia fáctica que no está siendo objeto de disputa en el juicio[586], por ejemplo cuando el defensor alega la ausencia total de responsabilidad y el testigo adverso declara sobre los daños sufridos por la víctima. El carácter

583 Romero Soto y Romero Álvarez, op. cit., p. 462, paréntesis fuera del texto sustituyendo las expresiones "interrogador", "interroga" e "interrogatorio" por el términos "contrainterrogatorio" ya que es el concepto al que realmente aluden los autores.
584 P. Bergman, op. cit., p. 137.
585 Al respecto, Bergman, Ibíd.
586 Ibídem.

disputado o indisputado de la materia sobre la que declara el testigo es proporcionado, nuevamente, por la teoría del caso.

Puede ser conveniente desechar la repregunta cuando la evidencia afirmativa[587] que ingresa la contraparte al proceso no choca ni contradice las proposiciones fácticas de quien contrainterroga. En los casos penales un ejemplo muy común ocurre cuando la defensa convoca *testigos de conducta*: en muchos casos la acusación probablemente no necesitará contrainterrogar a esos testigos, si lo que discute no es la buena conducta del procesado sino su actuar delictivo en un día y lugar determinados.

Sobre este tópico nuestra doctrina ha sostenido que es innecesario contrainterrogar a un testigo en un asunto penal, por ejemplo, cuando "declara sobre los buenos antecedentes del sindicado, pero no tiene conocimiento alguno personal con respecto a la fecha, el día, el tiempo y lugar y la identificación del autor del delito, su declaración puede carecer de importancia".[588]

3.2. ¿Es el testigo importante?

La "importancia" del testigo estará en función de la teoría del caso, es decir, en relación con el daño o indiferencia que aquel tenga para la versión de los hechos de la parte que pretende contrainterrogar. Esto remite al análisis anterior.

3.3. ¿Es el testimonio creíble?

Este criterio tiene dos facetas. De un lado, cuando el testigo adverso ha declarado de forma limitada y verosímil quizá no sea conveniente contrainterrogarlo, pues al hacerlo "solamente conseguirá prolongar el tiempo en que el juzgador escucha al testigo, con lo cual se acentúa la influencia que éste ejerce sobre él."[589]

De otro lado, cuando la declaración en sí misma suena manifiesta y patentemente inverosímil -y además es notado que así lo ha

587 "La evidencia afirmativa consiste en los hechos que tienden a demostrar la exactitud de una proposición fáctica", Bergman, op. cit., p. 26.
588 Romero soto y Romero Álvarez, op. cit., p. 462.
589 P. Bergman, op. cit., p. 138.

percibió el juzgador- puede ser innecesario el contrainterrogatorio, pues ya el motivo de sospecha o incredulidad está probado por el interrogatorio directo y produjo sus efectos. Contrainterrogar en esas condiciones, como se verá más adelante al tratar acerca de *los riesgos*, puede abrir una peligrosa oportunidad para que lo que pareció claramente inverosímil en el examen directo se muestre creíble durante el contrainterrogatorio.

3.4. ¿Dio el testigo menos de lo que se esperaba de él en el interrogatorio directo?

Esto es especialmente aplicable cuando se trata de testigos de los cuales se sabe provendrá una evidencia muy dañina, pero cuya declaración efectiva no logra aproximarse siquiera al estándar esperado. Sabiendo el daño que puede causar un determinado testigo, puede ser más conveniente no contrainterrogarlo cuando la información perjudicial que se sabe pudo aportar no afloró efectivamente en el interrogatorio directo, por la razón que fuere.[590] Contrainterrogar en esas condiciones implica un *riesgo*: que finalmente aparezca la información perjudicial, bien durante el contrainterrogatorio o durante el interrogatorio-redirecto.

Se debe tener en cuenta, en todo caso, que aquí suele ser fructífera una tradicional estratagema de la contraparte: no extraer determinada información que le puede ser favorable a quien formula el interrogatorio directo con la finalidad de que la materia sea abordada durante el contrainterrogatorio, surgiendo así la información a instancias del adversario. De esta forma, la información extraída tendrá un efecto doblemente perjudicial: aparece la información dañina a solicitud a de quien no convocó al testigo, lo cual le imprime a la evidencia mayor confiabilidad a los ojos del juzgador por ausencia de *preparación*, en el sentido técnico de la palabra.[591]

590 Por ejemplo, falta de técnica del directo examinador, mal desempeño del testigo, entre otras.

591 La "preparación de un testigo" no debe ser entendida como el aleccionamiento del mismo por parte del abogado que lo cita, con miras a que declare lo que no le consta o lo que el litigante quiere que declare. Por la referida preparación se entiende el derecho del abogado a entrevistarse con el testigo para conocer previamente que es lo que a él le consta, a fin de poder formular un interrogatorio técnico que extraiga los hechos relevantes y evite pérdidas innecesarias de tiempo. La preparación del testigo incluye la amonestación al testigo por parte de quien lo entrevista en el sentido de que diga siempre la verdad, no importa a quien perjudique o favorezca. Véase el capítulo sobre *La Preparación del Contrainterrogatorio*, Num. 2.2.5. *La Entrevista con los testigos de descargo*.

Este asunto representa una doble lección y un doble riesgo:

1. Para quien realiza el examen directo el mensaje es que quizá no deba extraer toda la información relevante para su caso en el curso del interrogatorio, con la esperanza de que la contraparte indague esas áreas y saque a relucir temas que favorezcan el caso durante el contrainterrogatorio.

El *beneficio* para el directo examinador consistirá, si el adversario extrae la información, en que el material surgirá mucho más convincente e impactante.

Pero, el *riesgo* es delicado: si el adversario no repregunta sobre esos temas, quien realizó el examen directo no podrá contar con esa evidencia en el juicio, la cual era relevante para su caso; en otras palabras, puede verse privado de la prueba que necesita. Recuérdese que el interrogatorio re-directo no es una oportunidad para preguntar lo que se debió indagar en el interrogatorio directo, pues debe versar sobre los aspectos surgidos durante el contrainterrogatorio.

2. Para el contrainterrogador la situación es la siguiente: al notar que la contraparte dejó de lado ciertos temas o áreas en el interrogatorio directo puede optar por explorar los mismos.

Si lo hace, el *beneficio* puede consistir en la aparición de un terreno fértil para contrainterrogar, con resultados positivos. El *riesgo* es precisamente lo que se está explicando y que toca con el tema del contrainterrogatorio silencioso: que se trate de una estratagema que ha tendido la contraparte, en virtud de la cual el contrainterrogador termine extrayendo durante las repreguntas información que, deliberadamente omitida por el abogado contrario, reafirma el caso del oponente y destruye el propio.

Al respecto Howard L. Nations enseña:

> Cuando un testigo de la contraparte no testifica en el examen directo sobre un hecho conocido e importante que es perjudicial a su caso, usted debe estar alerta a la posibilidad de que le hayan tendido una trampa. El abogado de la contraparte puede haber escogido no exponer la evidencia en el examen directo para permitir que ese testimonio surja durante el contra-

> interrogatorio, dándole por eso más impacto y permitiéndole al testigo anotar puntos en su contra. La teoría es que esa evidencia, emergiendo adversamente contra el contrainterrogador, tendrá un impacto mayor en las mentes de los jurados que si hubiese surgido durante el examen directo.
>
> Usted puede negar a su contraparte este impacto planeado por cualquiera de estas vías: (1) evitando la materia tratada o (2) si resulta apropiado, escogiendo no contrainterrogar, negándole también al abogado de la contraparte la oportunidad de extraer la evidencia durante el re-directo.[592]

A lo anterior debe agregarse lo indicado por Bergman, quien expone una de las sugerencias que aumenta las posibilidades de realizar una eficaz *excursión de pesca*[593]*:* prestar atención a los temas que el adversario evita en el interrogatorio directo. Esa actitud de la contraparte puede deberse a que sabe que el testigo que presentó es contradictorio sobre la materia, o porque no se mostró seguro, o la información favorece a quien contrainterroga. Pero también puede ser que la contraparte evite ciertas áreas intencionalmente para que el contrainterrogador"caiga en la trampa" de buscarlas –y obtenerlas-.

En efecto, "si el abogado de la parte contraria está evitando intencionadamente el área, con la esperanza de que usted formule preguntas a las cuales el testigo dará respuestas condenatorias, tiene derecho a asesinar al abogado de la parte contraria una vez concluido el juicio."[594]

Por eso la regla tradicional cuando el abogado no cubre ciertos temas relevantes durante el interrogatorio directo –y se esperaba que así lo hiciera- es ésta:

> si un asunto interesante para el caso no queda cubierto en el interrogatorio directo, no pregunte nada en la repregunta que

592 Howard L. Nations, *Cross-Examination*, documento electrónico, en: http://www.howardnations.com/crossexamination/cross_ex.htm, traducción propia.
593 En la obra de Bergman "salir de pesca" es contrainterrogar formulando preguntas cuya respuestas no se pueden refutar. Es una técnica de repreguntas de mínima seguridad, muy riesgosas, pero que puede ser la única alternativa de contradicción en algunos casos.
594 Bergman, op. cit., p. 167. En el mismo sentido Hegland, op. cit., p. 124, quien opina que el abogado que tiende semejante celada "no es una persona muy simpática."

> permita que un abogado regrese y retome el tema en la refutación. Si el asunto no está cubierto cuando llega el momento en que termina el interrogatorio directo, anótelo en su hoja de resumen con un comentario amplio para usted mismo que incluirá la recomendación de mantenerse apartado del tema durante las repreguntas.[595]

Los criterios que cabe considerar para decidir si omitir o abordar durante el contrainterrogatorio el material dejado de lado por la contraparte son estos[596]:

> *a*) La competencia del adversario. Mientras más incompetente el adversario es menos probable que la omisión durante el examen directo haya sido deliberada. Un adversario competente *probablemente* formulará durante el examen directo las preguntas fundamentales que soportan su caso o que dañan el de la contraparte.
>
> *b*) La parcialidad del testigo. Mientras más parcial el testigo es más *probable* que la información perjudicial surja en el contrainterrogatorio. Antes de arriesgarse se sugiere explorar bien al testigo, examinando primero otras áreas para formarse una idea de sus inclinaciones tendenciosas y su posible honestidad.
>
> *c*) La propia capacidad para refutar la respuesta adversa. La seguridad para preguntar sobre un tema que fue omitido en el examen directo, y que surgió en el contrainterrogatorio, dependerá de los medios con que se cuente para refutar la respuesta dañina del testigo. Por ejemplo, el nivel más alto de seguridad se encuentra en la capacidad de refutar la respuesta mediante declaraciones previas inconsistentes.

Existen muchas anécdotas judiciales extraídas de la práctica judicial angloamericana que ilustran lo que aquí se quiere decir. Un interesante ejemplo de este tipo de situaciones, que a la vez representa bien lo que significa el contrainterrogatorio silencioso sobre ciertas materias del testimonio, se presentó en una Cor-

595 Goldberg, op. cit., p. 201.
596 Se sigue en esto a Hegland, op. cit., pp. 114-115.

te de Nueva York, con S. Leibowitz como protagonista. Quentin Reynolds en su biografía del célebre abogado relata este asunto tal y como realmente ocurrió:[597]

El Comité Seasbury procesó a varios policías integrantes del Escuadrón contra el vicio en la ciudad de Nueva York. Se les acusaba de extorsionar y acusar falsamente a las prostitutas. Uno de los acusados fue Peter Brown quien fue defendido por Samuel Leibowitz. El Fiscal del caso era James Garret Wallace. La base de la acusación contra Brown era el testimonio de Rita Antonina: en el pasado el patrullero Brown la había sorprendido ejerciendo la prostitución y fue por eso sentenciada, asunto que ella nunca olvidó.

Cuando el Comité Seasbury hizo pública su investigación Rita Antonina, ahora felizmente casada y con una posición social respetable, se presentó voluntariamente a declarar para dar a conocer el abuso que en su contra había cometido el patrullero Brown cuando la arrestó en el pasado. Dijo que Brown la había extorsionado solicitándole dinero, y que cuando ella se había negado a dárselo él la había llevado ante la justicia y la había hecho condenar. La versión de Brown era del todo distinta: cuando él llegó a contratar sus servicios como agente encubierto le pagó la suma acordada, Rita se había despojado de la bata y se había tirado invitadoramente desnuda sobre la cama, momento en el cual fue arrestada. Leibowitz se entrevistó con su cliente antes del juicio:

> - Lo malo es que ella lo niega –dijo Leibowitz-. Habrá que creerle a usted o a ella; y los periódicos han preparado el terreno para que el Jurado le crea más bien a ella.
>
> -No me puedo imaginar a nadie que pudiera apetecer a esa mujer -dijo Brown contristado-. De veras, señor Leibowitz; con la pura cicatriz que tiene asustaría a cualquiera.
>
> -¿Cicatriz? –preguntó Leibowitz intrigado-. Vi un retrato de ella en el News, esta mañana, y no percibí que tuviera ninguna cicatriz en la cara.

597 A continuación se presenta una síntesis del caso, tomado de Reynolds, op. cit., p 382 y ss...

-En la cara no –dijo con indiferencia Brown-, la tiene en la panza, como de operación de apendicitis, pero tiene como 16 centímetros de largo. Nunca he visto una cicatriz más fea.

-Cuándo vio usted esa cicatriz? –preguntó impaciente Leibowitz-

A Brown le sorprendió el tono de voz de su abogado y dijo:

-Tenía que haberla visto. ¿No le dije que ella se tendió en la cama completamente desnuda?

-Por qué no mencionó usted ese hecho en la Corte de los Magistrados cuando testimonió contra ella?

-Nadie me pidió que la describiera, -respondió el policía, intrigado por el interés que mostraba su abogado.

-Que tiene de importante esa cicatriz?

-Nada... nada... –respondió sarcásticamente Leibowitz-. Solo es un pequeño detalle interesante. Ahora escúcheme Brown: mañana va usted a sentarse en la silla de testigos, y el Fiscal tratará de hacerlo trizas; es un hombre honrado, pero cree la historia de esa mujer. No se atemorice cuando lo interrogue; conteste a todas las preguntas con verdad. No trate de evadir ningún sesgo del asunto. El Fiscal procurará hacerle perder los estribos, pero usted manténgase calmado y no mencione la cicatriz a menos que él le pregunte como se veía esa mujer en la cama.

-¿Y si usted me lo pregunta?

Déjeme a mi el asunto –repuso Leibowitz sonriendo.[598]

Leibowitz había previsto lo que haría el Fiscal, poniéndose en su lugar. Conociendo lo minucioso que era aquél Fiscal de seguro ya sabía de la existencia de la fea cicatriz quirúrgica y supondría que si la versión del acusado fuera cierta, éste habría notado dicha cicatriz y la hubiera mencionado en la Corte de los Magistrados; si Brown hubiera visto a la mujer desnuda, seguramente le

598 Ibídem.

habría mencionado la cicatriz a su abogado y Leibowitz habría preguntado al respecto durante su examen directo. En el juicio, Leibowitz examinó muy brevemente a su cliente, casi de forma negligente, y se lo entregó a Wallace para el contrainterrogatorio. El acusado fue repreguntado con sucesivas preguntas en un tono atronador, al punto que Leibowitz pidió al Juez que solicitara al Fiscal que bajara su tono de voz; las preguntas del Fiscal "caían como martillos, rápidas, concisas y contundentes", y entonces:

> Leibowitz observó como el Fiscal Wallace preparaba el escenario. Lo hizo diciendo abruptamente, con una sonrisa despectiva:
>
> -Eso es todo.
>
> Brown inició un movimiento para abandonar la silla de testigos. Luego marchó hacia su lugar y había ya casi llegado a la mesa del consejo de la defensa cuando Wallace prorrumpió:
>
> -Un momento, Brown. Por favor vuelva a la silla de testigos. Hay algo que quiero preguntarle.
>
> La carnada estaba en el anzuelo, éste había sido lanzado al agua y ahora Wallace se preparaba a tirar del sedal. Leibowitz murmuró:"Ahí viene". Los jurados se mantuvieron expectantes.
>
> -Usted afirma que Rita Antonina se tendió sobre la cama, desnuda, -tronó Wallace-. Y ahora, Brown, ¿hay algo particular acerca de ella que se le haya quedado grabado en la memoria?
>
> Tras breve pausa, Brown contesto, como recordando:
>
> -Ya que usted menciona eso, señor Wallace, le diré que efectivamente hay algo: esa mujer tenía una cicatriz grande y fea que va desde el ombligo a... a... bueno a sus partes privadas. ¡No podré olvidar esa cicatriz mientras viva!
>
> El Fiscal Wallace había tirado del sedal y el anzuelo no había enganchado más que un zapato viejo. El Juez, que era un hombre inexpresivo y un jurista taciturno, parpadeó asombrado. Los jurados abrieron los ojos, atónitos. ¿Y el Fiscal Wallace? Su faz rojiza se había vuelto púrpura; se volvió rápidamente hacia Leibowitz y murmuró:"¡Es usted un ..!" Leibowitz se con-

tentó con sonreír virtuosamente, como si no hubiera roto ningún plato, y ocultando el rostro con la mano para que el Juez no se diera cuenta, cerró un ojo a Wallace. Luego éste se volvió nuevamente a Brown:

-¿Por que no mencionó esa cicatriz antes? –tronó.

-Nadie me preguntó acerca de ella, -contestó Brown apegándose completamente a la verdad. Entonces Wallace lo dejó por la paz. Leibowitz pidió a la quejosa que fuera a la silla de testigos pues deseaba hacerle una pregunta más:

-Tiene usted una cicatriz tal como la describe el acusado? –preguntó cortésmente.

Los ojos de la muchacha buscaron el suelo y dudó por un momento. El apiñado auditorio de la Sala de Jurados estaba expectante. Por último murmuró ella con voz ahogada:

-Sí ... sí la tengo.

-No puedo escuchar la contestación de la testigo, -dijo Leibowitz- Por favor que la lea en voz alta el taquígrafo de la Corte.

-Sí ... la tengo, -repitió el taquígrafo con voz sonora que repercutió en toda la Sala de Jurados. El Jurado deliberó poco, por supuesto el veredicto fue: "no culpable". Brown abrazó emocionado a su defensor.

Por cierto que solo Brown y Murria, defendidos por Leibowitz, fueron los únicos miembros del Escuadrón contra el Vicio, acusados de extorsión, que fueron absueltos de los cargos.[599]

Del anterior relato se desprenden varias enseñazas aplicables al tema que se analiza:

a) De forma brillante Leibowitz supo omitir durante el interrogatorio directo la obtención de un detalle que sembraría la credibilidad en la versión del acusado (la cicatriz), con el propósito de que surgiera más eficazmente durante el contrainterrogatorio.

599 Ibídem, pp. 388 –389.

b) El Fiscal Wallace debió hacer uso, parcialmente, del contrainterrogatorio silencioso en lo tocante a la pregunta sobre la fea cicatriz quirúrgica de la testigo de cargo.

c) El Fiscal Wallace no evaluó acertadamente el criterio de capacidad para refutar la respuesta adversa, pues si bien el testigo no había mencionado el tema de la cicatriz en una oportunidad anterior (en la Corte de los Magistrados cuando testimonió contra Rita Antonina), también era cierto que nunca se le había indagado al respecto, lo cual explicaría razonablemente su omisión. Por el contrario, en el caso en que se le hubiese preguntado al testigo sobre el tema de la cicatriz con anterioridad al juicio y él no hubiese mencionado el tema en lo absoluto, la capacidad de recusación del Fiscal Wallace habría sido altísima (sería un buen caso de *recusación por enunciado previo inconsistente*, por omisión) y el resultado habría sido probablemente distinto.

Este ejemplo ilustra muy bien aquello sobre lo cual se prevenía al lector al inicio de esta obra: como las técnicas adversativas no están diseñadas en sí mismas para deformar la verdad y como, cuando ello ocurre, es el sistema el que falla, pero no la técnica en cuanto tal. Supóngase que en el caso en comento el Fiscal Wallace no hubiese preguntado al acusado sobre la fea cicatriz. Años después, cuando ya era Juez, Leibowitz contestó este interrogante a su biógrafo:

-¿Y si el Fiscal Wallace no hubiera caído en la trampa? ¿Si no hubiera hecho aquella importante pregunta?

-Yo estaba prevenido,-sonrió el Juez-. Hubiera vuelto a llamar a Brown a la silla de testigos y hubiera hecho la pregunta yo mismo. La respuesta de Brown, naturalmente, no hubiera producido el mismo impacto sobre el Jurado que respondiendo a la misma pregunta hecha por el Fiscal.[600]

Si en vista del contrainterrogatorio silencioso del Fiscal la parte acusada tampoco formula la pregunta, el sistema judicial fallaría por ese aspecto, pues no se habría conocido el hecho real de

600 Q. Reynolds, op. cit., p. 390.

la cicatriz y la verdad habría salido lastimada. Allí fallaría el rol de la defensa en el desarrollo del interrogatorio re-directo. Pero, nótese como la técnica adversativa, como tal, no se orienta a la tergiversación de la verdad; todo lo contrario. El resto opera *en beneficio de la persuasión*, asunto que no es de poca monta, pues en el juicio oral el juzgador valora la declaración del testigo principalmente leyendo detrás de sus emociones para descubrir la verdad, la mala fe o el error honesto.[601]

Del anterior ejemplo se deduce que *el contrainterrogatorio silencioso tiene un sentido estratégico en el marco del examen de los testigos*.

Como es sabido, el examen de los testigos puede discurrir por al menos tres turnos: 1) el *interrogatorio* o *examen directo*, por quien propuso la prueba; 2) el contrainterrogatorio, por la parte contraria; y, 3) el *interrogatorio re-directo*, a cargo nuevamente de la parte que propuso la prueba y sobre aspectos tratados en el contrainterrogatorio. A esta serie se suma a veces el *re-contrainterrogatorio*, nuevamente a cargo de quien formuló el contrainterrogatorio, sobre aspectos tratados en el interrogatorio re-directo.

Es evidente que si quien tiene el turno de contrainterrogar no hace uso de ese derecho *cierra la oportunidad* para un interrogatorio re-directo, pues renunciando al contrainterrogatorio agota el examen del testigo.

Esto puede ser eficaz en casos en los cuales el interrogatorio fue notablemente pobre en cuanto a lo que se esperaba de él. La situación se puede ilustrar con una anécdota tomada de la práctica de Francis L. Wellman, en el curso de un juicio en el cual él actuaba como abogado asistente del Fiscal.[602]

Ocurrió que un tal Alfonso Stephani fue acusado del homicidio de Clinton G. Reynolds, un prominente abogado de Nueva York. La

601 "El juez o el jurado pueden hacer un aporte afirmativo al emocionante drama valuando la declaración del testigo, no solo en base a su turbación o confusión, o, en el caso contrario, de su triunfante terquedad, sino leyendo detrás de esas emociones, para descubrir su honestidad o perfidia." (Louis Nizer, *Mi Lucha en los Tribunales,* Ediciones selectas, Buenos Aires, 1963, p. 345).

602 A continuación se presenta una síntesis del caso, tomado de F. Wellman, op. cit., pp. 133-134.

teoría del caso de la defensa consistía en la inimputabilidad (*insanity*) del acusado, pero en realidad éste, que obviamente tenía desórdenes mentales, no era inimputable en el sentido legal del término; el acusado fue condenado y sentenciado a prisión perpetua. Stephani fue defendido por William F. Howe, uno de los más exitosos abogados penalistas de su tiempo. El doctor Allan McLane Hamilton, un eminente psicólogo, hizo un especial estudio del caso Stephani, lo visitó en la cárcel y preparó una exhaustiva exposición de su condición mental, para lo cual fue contratado por la defensa como su principal testigo.

El defensor planeó presentar el testigo al jurado, pero sin preguntarle acerca de su experiencia y sus estudios en el caso Stephani. Obviamente el abogado juzgó que el joven fiscal, De Lancey Nicoll, y su también joven asistente, Wellman, eran un par de poco experimentados abogados que, sin duda, contrainterrogarían extensamente al experto, permitiéndole responder a las preguntas con el doble efecto de que la evidencia favorable al caso del acusado surgiría durante las preguntas de la Fiscalía y no a instancias de la defensa que convocó a su propio testigo. Era un plan preconcebido entre el defensor y su testigo; Howe, entonces, limitó su examen directo a unas simples preguntas:

"Dr. Hamilton, usted ha examinado al prisionero, no lo hizo?"

"Yo lo hice, señor", contestó el Dr. Hamilton.

Es él, en su opinión, sano o insano? continuó el Sr. Howe.

"Insano", dijo el Dr. Hamilton.

«Usted puede contrainterrogar», tronó Howe, con uno de sus gestos característicos. Hubo una rápida consulta entre el Sr. Nicoll y sus asistentes.

«Nosotros no tenemos preguntas», comentó el Sr. Nicoll, calladamente.

«Qué!» exclamó Howe, "¿no le hará preguntas al famoso Dr. Hamilton? Bien yo lo haré,» y volviéndose al testigo empezó a preguntarle qué tan detallado fue el estudio que él había hecho de los síntomas del prisionero, etc.; cuando, a nuestra objeción,

> el Juez Van Brunt ordenó al testigo que abandonara el estrado de los testigos, pues su declaración había concluido, dictaminó que ya que el examen directo había terminado, y como no había habido contrainterrogatorio, no había ningún espacio abierto al Sr. Howe, excepto llamar a su próximo testigo![603]

En este ejemplo, a diferencia del caso correspondiente a la fea cicatriz de Rita Antonina, el contrainterrogatorio silencioso operó de forma *total* para cerrar definitivamente la compuerta a posteriores exámenes del testigo mediante el interrogatorio redirecto.

3.5. ¿Cuales son las expectativas reales en el contrainterrogatorio?

Conviene recordar cuál es el objetivo del contrainterrogatorio: básicamente se trata de un mecanismo defensivo destinado a controvertir la evidencia adversa. Si el logro de ese objetivo primario no es claro, cuando termine el interrogatorio directo quizá lo mejor sea no contrainterrogar. A este respecto son oportunas las enseñanzas de Francis L. Wellman:

> Desde que el único propósito del contrainterrogatorio es romper la fuerza del testimonio adverso, debe recordarse que un fútil intento solo fortalece al testigo con el jurado. No puede dejar de repetirse, por consiguiente, que diciendo nada (*saying nothing*) frecuentemente tendrá un mejor resultado que mediante horas de preguntas. Es exclusivamente la experiencia la que puede enseñarnos qué método adoptar.[604]

Este criterio presenta una excepción en el caso del contrainterrogatorio aparente, ya expuesto antes.

3.6. ¿Que riesgos necesita tomar?

El sentido común enseña que debe arriesgarse menos cuando más tenga que perderse. Y al contrario: si ya nada se tiene, o muy

603 Ibíd., pp. 134-135, traducción propia.
604 F. Wellman, op. cit., p. 133, traducción propia.

poco para perder, puede atreverse a "ir más allá" con la esperanza de obtener algo que sea de utilidad.

Esto no debe entenderse como una autorización técnica para contrainterrogar sin propósitos claros y predefinidos, lo cual nunca habrá de emprenderse.

Un claro ejemplo de la aplicación de este criterio se presenta cuando puedan ofrecerse eficazmente testigos de descargos que pondrían al menos en duda las declaraciones del testigo adverso. En ese caso no se justifica correr el riesgo de controvertir al testigo de la contraparte mediante el contrainterrogatorio -especialmente si ha resultado sólido al declarar sobre un punto sustancial al juicio-, pues usualmente es mucho más seguro interrogar a los testigos que el contrainterrogador ha propuesto sobre el punto debatido. En este sentido Wellman señalaba acertadamente:

> Puede ser que usted tenga de su propio lado tantos testigos que controvertirán el testimonio adverso, que no merece la pena aventurarse con los riesgos que usted necesariamente correrá emprendiendo un esmerado contrainterrogatorio.[605]

Entonces, debe tenerse en cuenta que el contrainterrogatorio es un arma de doble filo: puede ayudar si es eficazmente manejado, pero puede dañar irreparablemente si se lo utiliza a la ligera y sin las debidas precauciones. En muchos casos los beneficios del contrainterrogatorio son solo aparentes y sus potenciales peligros son a veces subestimados.

Eso es precisamente lo que suele suceder cuando, quien lleva a cabo el contrainterrogatorio, se concentra exclusivamente en el *ataque* del testigo adverso y olvida la *defensa*. A continuación se enumeran algunos de los peligros o riesgos que se asumen cuando se toma la decisión de contrainterrogar:[606]

> *a*) El contrainterrogatorio le puede permitir al testigo adverso repetir el testimonio directo, con la lamentable consecuencia de generar mayor impacto desfavorable y ganar credibilidad

605 Ibídem, p. 132, traducción propia.
606 Se sigue aquí en líneas básicas, con algunas modificaciones, lo expuesto por Romero Soto y Romero Álvarez, op. cit., p. 464 y 465.

ante el Juzgador. Con razón se ha dicho que "nada merece tanta aceptación como la repetición y sobre todo la repetición en un foro; por ejemplo, la de las repreguntas, que es ostensiblemente hostil al testigo."[607]

b) El contrainterrogatorio le puede permitir al testigo adverso reparar o explicar las fallas, inconsistencias o improbabilidades en que incurrió durante el examen directo, dándole así la oportunidad adicional de una mayor consistencia en la versión. Al respecto, Goldberg señala que "si uno no tiene preguntas eficaces que formular durante las repreguntas, la frase desdeñosa: "Su Señoría, nada tengo que preguntar a este testigo", es mejor que formular preguntas que lleven a los jurados a escuchar de nuevo el interrogatorio directo y a aclarar las partes que quizá omitieron la primera vez."[608]

c) El contrainterrogatorio puede ser la oportunidad para que aparezca como de gran interés algo que no tuvo importancia, bien sea que se haya dicho o no durante el examen directo.

d) El contrainterrogatorio puede ser un escenario para despertar simpatía hacia el testigo adverso y a la causa de la contraparte.

e) El contrainterrogatorio puede proporcionarle al testigo adverso una oportunidad para presentar hechos perjudiciales mucho más allá de lo expresado en el examen directo.

Un ejemplo de la aplicación del criterio relativo a los riesgos se aprecia en una escena de la película "*El Veredicto*".[609] En juicio indemnizatorio por mala práctica profesional contra un médico, originada en la muerte de una mujer durante el parto a cargo de aquél, el demandante contaba con una testigo de refutación para demostrar la negligencia del médico demandado: la enfermera que había llenado el formulario de ingreso de la paciente a cirugía, quien, interrogada, afirmó que antes de la cirugía le había dicho al demandado que la paciente había ingerido alimentos "1 hora" antes, lo que impedía aplicarle la anestesia como en efecto

607 Goldberg, op. cit., página 202.
608 Ibídem.
609 *The Veredict*, Twentieth Century Fox, 1982.

se ordeno por el médico. Pero aquel testimonio de refutación se contradecía radicalmente con lo que aparecía escrito por la misma testigo de refutación en el formulario de ingreso de la paciente a la sala de cirugía –por ella firmado-, donde se apreciaba manuscrito un número "9" en la casilla correspondiente a cuantas horas antes había consumido alimentos la paciente.

Cuando el demandado prestó su testimonio y le correspondió al demandante el turno de las repreguntas éste procedió a contrainterrogarlo mediante preguntas hipotéticas; el demandado se apegaba a lo consignado en el informe que le fue entregado previamente a la cirugía, donde se leía que la paciente había ingerido alimentos "nueve horas" antes (lo cual salvaba su responsabilidad en el caso), pero admitió, hipotéticamente, que *si la paciente hubiese comido una hora antes de la cirugía el haberla anestesiado e intervenido hubiese constituido un caso de negligencia penal*.

Hábilmente *el demandante no contrainterrogó nada más*, omitiendo preguntar al médico demandado con relación al hecho sobre el cual declararía luego el testigo de refutación: que aquél, enterado del error cometido, había dado la orden de alterar el documento cambiando el "1" por un "9" en cuanto a la hora de la última ingestión de alimentos de la paciente.

Es en este punto donde el demandante procedió a presentar su testigo de refutación, la enfermera, quien *fue muy brevemente interrogada* sobre la materia por el abogado demandante: la testigo declaró que la paciente le había dicho que ella había comido *una* (1) hora antes de la cirugía y agregó en su testimonio que pasó el reporte escrito al médico con esa anotación. Nada más fue extraído en el examen directo. Fue el turno del abogado del demandado para contrainterrogar.

Bajo contrainterrogatorio la enfermera fue fuertemente confrontada con el formulario que ella misma aplicó cuatro años antes, donde escribió que la paciente había ingerido alimentos "nueve horas" antes de la cirugía. Al arremeter fuertemente contra la testigo, quien realmente decía la verdad, el abogado descubrió con desagrado lo ocurrido cuando la enfermera entre sollo-

zos explicó que el médico demandado, habiéndole confesado a la enfermera su error en el procedimiento (no leyó antes de la cirugía la anotación sobre la hora de la última alimentación de la paciente), la había compelido a cambiar el "1" por un "9", bajo amenaza de hacerla despedir del empleo y arruinar su carrera; todo esto mientras la enfermera exhibía una fotocopia del documento original donde estaba escrito un "1" en vez de un "9", obtenido por ella del original antes de modificarlo por orden del demandado.

Varias y muy valiosas enseñanzas se desprenden de lo expuesto para el tema que se está tratando:

a) El demandante hábilmente hizo uso del contrainterrogatorio silencioso (parcial) al examinar al médico demandado, pues nada le preguntó en relación con lo que luego probaría con el testimonio de refutación de la enfermera. De esta forma corrió el menor riesgo posible y eligió el camino más seguro para probar el hecho en disputa (la hora de ingesta de alimentos de la paciente antes de la cirugía): su propio testigo.

b) El demandante tendió una estratagema a su contraparte durante el examen directo al testigo de refutación, no abordando un tema que favorecía al demandado: la contradicción del formulario por ella firmado años antes (9 horas) con su declaración en juicio (1 hora). El propósito de dicha estrategia era que la información favorable al directo examinador (la orden de adulteración del documento emitida por el demandado bajo amenaza de pérdida del empleo) surgiera a instancias de la contraparte durante el contrainterrogatorio. Es un ejemplo muy típico de la 'trampa' que puede tender la contraparte durante el examen directo.

c) El demandado debió hacer uso del contrainterrogatorio silencioso (total) con la testigo de refutación. Si no hubiese formulado ninguna pregunta a la testigo, el demandante no habría podido hacer uso del interrogatorio re-directo y la contradicción, ya existente, entre la declaración y el formulario escrito sería notable y carecería de explicación razonable a los ojos del jurado durante los alegatos de conclusión.

Por lo expuesto, más vale evaluar atentamente los *riesgos* antes de decidirse a contrainterrogar un testigo. La decisión que finalmente se tome estará determinada por un proceso de ponderación de las ventajas y los peligros inherentes al posible contrainterrogatorio. Romero Soto y Romero Álvarez enseñan sobre el tópico:

> Planeando y preparado se pueden reducir los riesgos, pero no eliminarlos en forma absoluta y por tanto debe conocer todos los riesgos de su decisión y actuación.
>
> Para tomar una decisión bien informada, quien [contrainterroga] debe pesar y comparar las esperanzas fundadas con las fallas que habrá de encontrar a lo largo de su camino. Solamente tomando esta ruta estará en capacidad de decidir de manera inteligente, y (sic) si el [contrainterrogatorio] podrá servir en una forma mejor a sus propósitos. Sobre una base subjetiva, si se estima que las ventajas sobrepasan a las desventajas habrá quien una vez investigada ésta, (sic) decida llevar a cabo el [contrainterrogatorio]. Si no fuere así se abstendrá de llevar a cabo éste.[610]

3.7. ¿Qué grado de discrecionalidad tendría el juzgador para valorar los aspectos del testimonio que están en disputa?

Como es sabido, el funcionario judicial cuenta con un amplio margen de libertad para valorar la prueba de los hechos discutidos y probados en el proceso. Esta libertad del juzgador usualmente no es atacable mediante recursos ordinarios o extraordinarios, a menos que el uso de esta facultad aparezca *manifiestamente arbitraria* e irrazonable en el caso concreto.

Por eso, la decisión de contrainterrogar debe también analizarse en relación con la libertad de valoración de la prueba con que cuenta el Juzgador. Una vez ha finalizado el examen directo, deberá evaluarse con extremo cuidado la forma en que quedaron

610 Romero Soto y Romero Álvarez, op. cit., p. 465, paréntesis fuera del texto original suplantando las expresiones originales "Interroga" e interrogatorio", por las razones ya expuestas.

establecidos los hechos declarados por el testigo. Si la conclusión es que esos hechos resultaron declarados de forma vaga o general, aun cuando no expresamente perjudicial, probablemente deberá contrainterrogarse solamente para evitar que el juzgador, haciendo un amplio uso de la libertad para valorar la prueba, proceda a interpretar esos hechos amplios y vagos en favor de la teoría del caso de la contraparte.

Lo que ocurre típicamente en estos casos es que la declaración fáctica del testigo es amplia y permite deducir, mediante la interpretación, consecuencias jurídicas a favor de las dos teorías del caso enfrentadas en el juicio. La necesidad de contrainterrogar surge entonces como medio para *estrechar la liberad de valoración probatoria del juzgador* frente a los hechos relevantes vagamente establecidos por el directo examinador, de forma que una determinada interpretación no permita válidamente "estirar" el entendimiento de esos hechos a favor de la contraparte.

Otro es el problema cuando la contraparte no demuestra con el examen directo la existencia de las proposiciones fácticas que requiere para sustentar su caso; en ese evento quizá lo mejor sea no contrainterrogar.

También será otro el evento cuando la vaguedad e indefinición de los hechos establecidos por el directo examinador no permita razonablemente al juzgador interpretar esos hechos en contra de quien repregunta. Si es esa la conclusión tampoco se debería contrainterrogar. Pero, en muchos casos, la amplitud con que cuenta el juzgador para valorar la prueba permite suponer que podría entender los hechos vagos e indefinidos a favor de quien contrainterroga, no obstante las fallas al momento de interrogar al testigo.

El siguiente ejemplo ilustra cómo debe operar este criterio sobre la decisión de contrainterrogar:

En un caso de homicidio el sindicado afirmó que se retiró del lugar donde ocurrieron los hechos aproximadamente a las 6:30 de la noche. La Fiscalía convoca a declarar a un testigo que afirma haberse retirado del lugar "como a las siete de la noche", dejando en el lugar al sindicado. La presencia o ausencia del sindicado a esa hora es un hecho relevante en el juicio.

Para la defensa, la decisión de contrainterrogar a este testigo implica estas reflexiones: la teoría del caso es que el sindicado no estaba presente en el lugar de los hechos cuando ellos sucedieron, media hora más tarde. En consecuencia, debe decidir si el testigo lesiona o pone en peligro la teoría del caso cuando afirma que el sindicado se quedó en el sitio "como a las siete de la noche".

Podría pensarse que esta declaración no afecta la teoría del caso, por cuanto puede explicarse en los alegatos que el testigo declara una hora *aproximada* ("como las siete") y el sindicado también ("aproximadamente" a las 6:30), por lo que la contradicción es apenas aparente y, en el peor de los casos, recae sobre aspectos accidentales del testimonio. Bajo esta perspectiva no se debe contrainterrogar. Esa es una primera aproximación.

Pero nótese lo que ya se enseñaba al explicar el axioma denominado *del arbitrario judicial sobre cuestiones de hecho*: a mayor vaguedad en el establecimiento de los hechos mayor discrecionalidad del juzgador para entenderlos en determinada forma, la que él considere apropiada según su experiencia personal.[611]

El Juzgador podría interpretar que la versión del acusado está desmentida desde el momento en que él dice que se retiró a eso de las 6.30 p.m. y un testigo dice que lo vio quedarse allí a eso de las 7 de la noche, sobre todo si el juzgador considera, por su experiencia personal, que un lapso de media hora no es cosa de poca monta. Quizás entonces sea mejor estrechar la vaguedad, limitando así la libertad de valoración probatoria del juzgador de ese hecho a unos contornos y límites predecibles. El contrainterrogatorio del testigo convocado por la acusación en este caso puede adoptar el siguiente formato, puramente ilustrativo de lo que se viene exponiendo:

P.- Pero, supongo que usted no miró el reloj cuando salió, ¿o lo hizo?

C.- No.

611 Véase el capítulo sobre *El Contrainterrogatorio en la Tradición Jurídica Colombiana*, Num. 1. *La doctrina probatoria, la práctica forense y la tradición jurídica.*

P.- Si le entendí bien, usted dijo que salió del lugar "como a las siete", ¿correcto?

C.- Sí.

P.- O sea que la estimación que usted hace cuando dice que salió de allí "como a las siete" es apenas aproximada, ¿correcto?

C.- Sí, correcto.

P.- Y esa salida de la que usted habla sucedió hace unos nueves meses, ¿correcto?

C.- Creo, que sí.

P.- Entonces, hoy usted declara que hace nueve meses salió de un lugar "como a las siete" de la noche, ¿es así?

C.- Sí.

P.- ¿Pudo usted haber salido esa noche del lugar *antes* de las siete?

C.- Sí, porque como dije es una hora aproximada.

P.- Qué tal a las 6:45 de la noche, ¿*pudo* haber sido así?

C.- Sí, es posible.

P.- O unos minutos antes de las 6:45, ¿*puede* ahora descartarlo con certeza?

C.- Es posible, no puedo descartarlo.

Después de este intercambio puede ser más *estrecho* el margen de valoración probatoria para el juzgador, en orden a negarse a concluir que es posible una diferencia de tiempo apenas accidental y que las dos versiones no se contradicen en lo sustancial. La teoría del caso –y la versión del acusado- puede ser así protegida de ser contradicha por una eventual lectura demasiado amplia y libre de la versión del testigo.

Nótese como en el ejemplo propuesto la decisión de contrainterrogar se finca en la seguridad de proteger en la mayor medida posible la teoría del caso -la cual se apoya en la versión

del acusado- frente a un ejercicio dígase un tanto 'excesivo' o subjetivo de la libertad de valoración probatoria por parte del juzgador.

En resumen, a veces puede ser necesario repreguntar para evitar que los hechos queden vagamente establecidos, con la eventual potestad del juzgador para interpretarlos en contra de la teoría del caso de quien contrainterroga.

De todo lo expuesto se concluye que la maestría en el arte de contrainterrogar incluye también maestría en el arte de *no contrainterrogar*.

VII.
Los Objetivos del Contrainterrogatorio

Si se avanza sin una estrategia determinada
tu mismo te destruirás en la batalla.[*]

Si no se tiene claro con absoluta precisión *que es* lo que se busca con el contrainterrogatorio lo mejor es no contrainterrogar. Usualmente el desastre sobreviene a un contrainterrogatorio desenfocado y con objetivos imprecisos. Por eso, la doctrina ha señalado que "la eficacia de un [contrainterrogatorio] depende, en gran parte, del conocimiento de los objetivos que se busca lograr", por lo que "antes de formular su primera pregunta, el abogado habrá especificado la meta o las metas que espera alcanzar o llegar a ellas con cada testigo en esta especial oportunidad que es el [contrainterrogatorio]".[612]

Uno de los peligros de formular un contrainterrogatorio sin objetivos o propósitos claros es que el testigo terminará repitiendo su historia, con el grave efecto de mostrarse aun más creíble de lo que pareció en el interrogatorio. Al respecto Hegland enseña que "uno siempre debe tener un objetivo cuando realiza las repreguntas. Nunca repregunte para mostrarse atareado. (...) La repregunta sin objeto permite que el testigo repita su historia.

* Sun Tzu, *El Arte de la Guerra*.
612 Romero Soto, Julio y Romero Álvarez, Rocío, *Técnica Jurídica de Investigación e Interrogatorio*, Librería del profesional, Bogotá, 1ª edición, 1989, p. 465, paréntesis fuera del texto original. Se suprime la expresión "interrogatorio", empleada en el texto, por cuanto en realidad alude al *contrainterrogatorio*.

Cuanto más prolongada la repregunta sin que verse sobre puntos precisos, más creíble resulta el testigo".[613]

En términos generales la doctrina ha entendido que el objetivo de un contrainterrogatorio es doble:"primero, sacar a relucir más verdades que favorezcan al lado que se defiende; y segundo, denunciar al testigo".[614]

Debe tenerse presente que, contrario a lo que suele pensarse, el contrainterrogatorio no solo tiene un propósito *destructivo* o *confrontativo*; también puede orientarse a obtener *aportes* provenientes del testigo de cargo, lo cual, como acertadamente ilustra Louis Nizer, se asemeja a la construcción de un edificio:

> A menudo, se considera que el arte de repreguntar es un proceso destructor: un proceso consistente en desintegrar al testigo. Con todo, puede ser constructivo en tanto en cuanto construye un edificio con los reconocimientos arrancados al testigo.[615]

Desde esta perspectiva, amerita una observación especial el alcance restringido que se le imprime a las finalidades del contrainterrogatorio en la Ley 906 de 2.004, que implementa el sistema acusatorio, cuando en su artículo 393 expresa:

> Reglas sobre el contrainterrogatorio.
>
> (...)
>
> a) **La finalidad del contrainterrogatorio es refutar**, en todo o en parte, lo que el testigo ha contestado; (s.n.)

Repárese como al obtener testimonio favorable no se pretende *refutar* al testigo adverso sino, todo lo contrario, *afianzarlo para que sea creído* en aquello que favorece al contrainterrogador. La expresión legal citada no debe interpretarse en el sentido de

613 Hegland, Kenney F. *Manual de Prácticas y Técnicas Procesales*, Traducción del Ingles de Aníbal Leal, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1995, p. 112.
614 Reynolds, Quentin, *Sala de Jurados. La Historia de Samuel S. Leibowitz*, Traducción del ingles por Carlos Gaytán, Editorial Constancia, Catorceava Edición, México, 1969, p. 390.
615 Nizer, Louis, *Mi Lucha en los Tribunales*, Traducción del Ingles de León Mirlas, Editorial de ediciones selectas, Buenos Aires, 1963, página 284.

que la obtención de testimonio favorable durante el contrainterrogatorio se encuentre prohibida, todo lo contrario: esta es una finalidad inherente al contrainterrogatorio. Las repreguntas son un mecanismo de defensa, y la única forma de defensa frente a una declaración adversa no necesariamente será la destrucción o refutación de lo declarado.

Puede sostenerse que son tres los objetivos del contrainterrogatorio.A continuación se presentará un panorama de lo que será el desarrollo de este capítulo, exponiendo los tres objetivos del contrainterrogatorio con sus respectivas subdivisiones. Esta perspectiva de conjunto permitirá asimilar más adecuadamente el tratamiento detallado del tema:

1. Primer objetivo: Obtener testimonio favorable.

1.1. En cuanto al testimonio adverso en sí mismo considerado:

1.1.1. Realzar o enfatizar el testimonio favorable que proviene del testigo adverso.

1.1.2. Emplear inferencias naturales a partir del examen directo del testigo adverso para crear una nueva y favorable evidencia.

1.1.3. Obtener concesiones del testigo adverso sobre materias que no estuvieron comprendidas en el examen directo.

1.2. En cuanto al testimonio adverso en relación con otros testimonios:

2.1.Aprovechar el testimonio adverso para *corroborar* los testigos de descargos que soportan la teoría del caso y niegan la de la contraparte.

2.2. Aprovechar el testimonio adverso para *crear discordancias* con otros testigos adversos.

2.3. Hacer surgir *concordancias fatalmente sospechosas* entre los testigos adversos.

2º. Segundo objetivo: Limitar el efecto negativo del testimonio adverso.

2.1. Enfatizando los defectos que sobre el conocimiento total del caso tiene el testigo:

2.1.1. Omisiones en general.

2.1.2. Omisiones especiales.

2.2. La técnica de la desviación del eje del examen directo.

3º. Tercer objetivo: Destruir o desacreditar.

Los tres objetivos del contrainterrogatorio se interrelacionan, pues "cualquier testigo puede, durante el curso de su declaración, ser veraz, estar errado y ser mentiroso. En esta instancia cualquiera de estos objetivos puede ser aplicable en relación a ese testigo".[616] Esto significa que los tres objetivos en comento no son excluyentes, aun cuando tampoco son de necesaria aplicación conjunta en todos los casos. En un mismo contrainterrogatorio se pueden pretender las tres finalidades expuestas, o solamente una, o quizá una combinación de dos de ellas.

Ello dependerá de múltiples factores, como la teoría del caso, la persona del testigo, el impacto de éste en el juicio y los recursos con los que se cuenta para lograr los objetivos pretendidos. Así, por ejemplo, puede que el contrainterrogador sepa que se encuentra ante un testigo que miente deliberadamente con grave daño para su teoría del caso, pero al no contar con elementos para impugnarlo eficazmente quizá sea mejor que busque *obtener testimonio favorable* (primer objetivo) o *limitar el efecto negativo de la declaración* (segundo objetivo), en vez de *destruir al testigo y/o su testimonio* (tercer objetivo).

■ 616 Romero Soto y Romero Álvarez, op. cit., p. 466, paréntesis fuera del texto original.

En cuanto al orden y la forma en que deben ser abordados los tres objetivos, la doctrina del contrainterrogatorio unánimemente aconseja que se proceda en el orden cronológico en que acaban de ser expuestos.

En efecto,"en términos de tiempo, es conveniente para quien [contrainterroga] destacar los puntos favorables dentro del testimonio del declarante de la contraparte antes de atacar aquellas partes en las que dicho testigo causa daño a los intereses de la defensa".[617]

Es decir, primero se debe *obtener testimonio favorable*, si ello es posible; posteriormente se debe *limitar el testimonio adverso*, si viene al caso y, por último, de juzgarse conveniente, se debe perseguir la *desacreditación del testigo y/o de su testimonio*. En otras palabras, si voy a limitar el testimonio y, también, a obtener testimonio favorable del mismo testigo, la técnica aconseja comenzar por lo último y terminar con lo primero.

La razón de este consejo es de índole psicológica y se refiere a *la disposición mental y emocional del testigo* una vez finaliza el examen directo. De hecho, cuando se da inicio al contrainterrogatorio, el testigo adverso se encuentra naturalmente aprehensivo hacia el contrainterrogador. "El testigo –anota Goldberg- espera que el repreguntador se comporte como un enemigo."[618] En consecuencia, si se lo ataca inmediatamente el testigo se refugiará más en sí mismo y será difícil obtener de él alguna concesión.

En cambio, si primero se efectúa una aproximación amigable, mediante preguntas que no cuestionan al testigo ni a su testimonio, muy seguramente se obtendrán concesiones. Ese estado de 'desarme psicológico' es el escenario ideal para obtener un testimonio favorable del testigo adverso. Una vez agotada esta aproximación podrá aumentarse la confrontación psicológica persiguiendo los otros objetivos del contrainterrogatorio.

617 Ibíd., p. 467, paréntesis fuera del texto original. Se suprime la expresión "interrogatorio", empleada en el texto, por cuanto en realidad alude al *contrainterrogatorio*.
618 Goldberg, Steven H, *Mi primer Juicio Oral. ¿Donde me siento y que diré?*, Traducción del Ingles de Aníbal Leal, Editorial Heliasta, 1ª Edición, 1994, Buenos Aires, p. 215.

Sobre el tema Mauet enseña:

¿Por qué este orden? Al final del interrogatorio, muchos testigos habrán declarado de un modo plausible y su credibilidad será alta. La inherente desconfianza del testigo frente al contrainterrogador será mínima. Este es el momento de extraer admisiones favorables e información del testigo, desde que su credibilidad realzará el impacto de las admisiones. Esas admisiones tendrán menos impacto y será menos probable que ocurran si usted previamente ataca al testigo.[619]

Por su parte, Romero Soto y Romero Álvarez agregan:

... la inicial comunicación entre quien [contrainterroga] y el testigo es crítica o sea de una importancia suma. Por regla general todos los testigos tienen conocimiento sobre lo que significa un interrogatorio o un contrainterrogatorio y tienen al respecto cierta aprehensión. Esta aprehensión se revela así mismo como defensiva. No conociendo el testigo lo que puede tener ocurrencia, espera lo peor. Al esperar un duro forcejeo, mentalmente se prepara para ello. Si, dentro de este escenario, por quien se interroga se comienza con un duro ataque a fondo sobre el testigo, sólo hallará esguinces, rechazos de parte del testigo que no habrá de proporcionar la oportunidad para que ésta sea puesta de presente o atacada por el interrogador a favor de su parte. Pero si por quien [contrainterroga] inicia su intervención con una nota gentil o amistosa, podrá encontrar a un testigo que directamente no habrá de franqueársele, pero que tampoco opondrá obstinada resistencia al diálogo. Al confrontar a un testigo de manera gentil sobre los puntos favorables a quien [contrainterroga] se creará una recíproca cordialidad entre quien interroga y el interrogado. De esta manera el objetivo buscado por quien interroga se obtendrá más fácilmente.[620]

619 Thomas A. Mauet, *Fundamentals of Trial Techniques*, Little, Brown and Company, Boston – Toronto, 1980, p. 240, traducción propia.
620 Romero Soto y Romero Álvarez, op. cit., p. 467-468, paréntesis fuera del texto original. Se suprime la expresión "interrogatorio", empleada en el texto, por cuanto en realidad alude al *contrainterrogatorio*.

Por último, debe advertirse que los linderos existentes entre cada uno de los objetivos del contrainterrogatorio no son fijos e inamovibles. En la práctica forense con frecuencia se entrelazan las preguntas pertenecientes a distintos objetivos; y a su vez los distintos objetivos pueden combinarse en relaciones de medio a fin, como cuando se obtiene testimonio favorable para limitar el testimonio y desacreditar al testigo o a su testimonio. La separación de los objetivos es en todo caso conveniente por razones pedagógicas y metodológicas.

Véanse pues, uno a uno, los objetivos que puede perseguir el contrainterrogatorio:

1. Primer objetivo: Obtener testimonio favorable

Una de las reglas tradicionales del contrainterrogatorio es *no repetir el interrogatorio directo*; pero la regla encuentra excepción en este objetivo del contrainterrogatorio, donde precisamente se trata de hacer que el testigo vuelva a manifestar aquello que declaró en el examen directo y que favorece la teoría del caso de quien lo contrainterroga. Esto es lo que se llama *favorecer el propio caso mediante las repreguntas*.[621]

La consecución de este objetivo se caracteriza por lo que Louis Schwartz denomina una aproximación amigable o inocua (*friendly or innocuous approach*) hacia el testigo adverso.[622] Cuando se obtiene testimonio favorable se trata de generar un ambiente no confrontativo, al punto que para un observador externo el diálogo entre contrainterrogador y testigo se asemeja mucho al del interrogatorio directo.

La obtención de testimonio favorable se justifica en el hecho de que "cuando un testigo contrario admite uno de los puntos

621 K. Hegland, op. cit., p. 113.
622 Schwartz, Louis S. *Proof, Persuasion And Cross-Examination: A Winning New Approach In The Courtroom*, Executive Reports Corporation, Englewood Cliffs, New Jersey, Sixth Printing, 1978, Vol. II, p. 1607.

que hemos propuesto, hemos obtenido una ventaja gigantesca."[623] Por eso se dice que cuando el testigo de la contraparte concede un punto, quien lo contrainterroga debe *estimularlo*.[624] Al respecto la doctrina enseña:

> Si en el interrogatorio directo el testigo de la parte contraria atestigua cosas que contribuyen a mejorar nuestra tesis, destáquelas en la repregunta."Ahora bien, usted ha declarado en el interrogatorio directo que (...), ¿no es verdad?"
>
> Generalmente se trata de preguntas seguras, y cuando los testigos contrarios coinciden con algunas de sus afirmaciones, este esfuerzo contribuye mucho a confirmarlas:
>
> Damas y caballeros del jurado, incluso los testigos de mi antagonista coinciden con nuestra afirmación de que...[625]
>
> Sobre este tema, con acierto, Bergman expone:
>
> A menudo las versiones de los adversarios tienen muchos elementos en común. Por consiguiente, la historia de un testigo contrario a menudo incluirá cierta evidencia que es parte de nuestra propia versión afirmativa. Por lo tanto, nuestra repregunta puede evocar dicha evidencia sin que eso implique de ningún modo que ataca al testigo. [626]

De lo que se trata entonces, con este objetivo, es de "obtener un testimonio que apoya nuestras proposiciones fácticas"[627], es decir, extraer del testigo adverso prueba que favorece y confirma la teoría del caso de quien lo repregunta.

En idéntico sentido, la reciente doctrina nacional enseña que uno de los fines del contrainterrogatorio es"lograr de los testigos de la contraparte aspectos positivos para nuestro caso"[628].

623 K. Hegland, op. cit., p. 114.
624 Romero Soto y Romero Álvarez, op. cit., p. 468.
625 K. Hegland, op. cit., p. 113, paréntesis en el texto original.
626 Bergman, Paul, *La Defensa en Juicio. La defensa penal y la oralidad*. Abeledo Perrot, Segunda Edición, 1995, p. 133.
627 Ibíd.
628 Reyes Medina, Cesar Augusto, Solanilla Chavarro, Cesar Augusto y Solórzano Garavito, Carlos Roberto. *Sistemas Procesales y Oralidad (Teoría y Práctica)*, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2003, p. 166. Esa es también una de las "reglas" del contrainterrogatorio propuesta por los autores: "si el testigo fue creíble y además tiene puntos que sirven a su teoría del caso, entonces oriéntelo a extraerle esos puntos y no lo confronte.", ibídem, p. 174.

El tipo de repreguntas que satisface este objetivo, como explica Goldberg:

> … no apunta a debilitar la evidencia de la parte contraria y en cambio intenta acrecentar el caudal de nuestras propias evidencias. No todas las repreguntas tienen el carácter de confrontación. ... Muchos abogados principiantes están tan concentrados en las repreguntas por vía de contradicción que se olvidan presentar su propia argumentación a través de las repreguntas cuando se les ofrece la oportunidad. ... Las repreguntas donde el testigo tiene algo importante que ofrecer a nuestro caso es por lo menos tan común como las repreguntas por vía de contradicción.[629]

Cuando se contrainterroga para favorecer el propio caso el abogado utilizará las preguntas sugestivas sólo si el testigo se muestra un poco hostil, con el propósito de controlarlo. Pero si el testigo se muestra esencialmente neutral es aconsejable, *en beneficio de la persuasión*, no sugerirle las respuestas y permitirle que explique.[630] Ello constituye una excepción a la regla que prohíbe formular preguntas abiertas y pedir explicaciones al testigo durante el contrainterrogatorio, y se justifica en el hecho de que las respuestas son conocidas y benefician al contrainterrogador.

Es preciso distinguir metodológicamente la obtención de testimonio favorable de otra técnica cuya puesta en marcha presenta un formato muy similar, pero que se orienta, en últimas, a la persecución de un objetivo diferente.

Muchas veces se estimula al testigo para que repita el interrogatorio directo, o para crear inferencias naturales a partir de dicho interrogatorio, pero con el propósito final de atacar al testigo o a su testimonio. Ese enfoque es distinto al que aquí se presenta.

Por ejemplo, como se verá más adelante al tratar la *técnica de impugnación*, el primer paso de dicho procedimiento consiste

629 S. Goldberg, op. cit., p. 208.
630 S. Goldberg, op. cit., p. 209.

en reafirmar al testigo mediante el denominado "interrogatorio de ratificación".[631]

Ese paso inicial de la técnica de impugnación coincide con el procedimiento de obtención de testimonio favorable: se pide al testigo que repita lo que dijo en el examen directo y que favorece a quien repregunta. La diferencia consiste en que en el procedimiento de impugnación se reafirma al testigo en lo por él manifestado *para posteriormente atacarlo*. En cambio, cuando se obtiene testimonio favorable la reafirmación opera *para hacerlo más creíble* mediante la repetición, no para cuestionarlo, realzando ante el juzgador la declaración en lo que favorece la teoría del caso.

Ahora bien: para determinar si el contrainterrogatorio debe orientarse a obtener testimonio favorable, el contrainterrogador debe responder los siguientes interrogantes de cara a las circunstancias del caso[632]:

— ¿Puede ayudar alguna parte del examen directo?

— ¿Puede el testigo corroborar la teoría del caso?

— ¿Que *tendría* que admitir el testigo? (según declaraciones iniciales del testigo o de otros testigos adversos)

— ¿Que *debería* admitir el testigo? (según el sentido común, la lógica, las probabilidades y las declaraciones de los testigos propuestos por el contrainterrogador)

Las respuestas a estas preguntas permitirán determinar si es posible y conveniente formular preguntas tendientes a obtener testimonio favorable o si, por el contrario, se debe pasar a evaluar la conveniencia de explorar otros objetivos.

Las metas concretas que pueden perseguirse al obtener testimonio favorable son las siguientes:

631 Véase el capítulo sobre *La técnica de Impugnación*, Num. 2. *Teoría general de la impugnación de testigos*.
632 T. Mauet, op. cit., p. 252-253, traducción propia.

1.1. En cuanto al testimonio adverso en sí mismo considerado.

1.1.1. Realzar o enfatizar el testimonio favorable que proviene del testigo adverso.

Este objetivo se logra utilizando, en las repreguntas, *el mismo lenguaje empleado* por el testigo durante el examen directo, limitándose el contrainterrogador a subrayar el material que confirma su tesis[633]. De lo que se trata es de dar importancia, o resaltar, las palabras empleadas por el testigo. Cuado así se procede se está en un terreno seguro por varias razones:

> Primera, quien interroga esta solamente solicitándole al testigo de la contraparte afirmar lo que inmediatamente antes había dicho en un examen directo ... Por otra parte, si por el testigo de la contraparte se retractare de su testimonio directo, ello representaría una ventaja para quien lleva a cabo el [contrainterrogatorio]. En casos como éste, quien interroga tendría a su alcance las primeras declaraciones inconsistentes (la declaración directa del testigo) prontamente lista para poner en tela de juicio su credibilidad.[634]

En estos casos el testigo solo tiene dos opciones: (1) o confirma lo que acaba de decir y que favorece la teoría del caso del contrainterrogador, evento en el cual se logra el objetivo perseguido (obtener testimonio favorable); (2) o desmiente lo que él mismo acaba de manifestar en el examen directo, exponiéndose a una impugnación mediante declaración previa inconsistente, lo que permitirá al contrainterrogador abordar el tercer objetivo del contrainterrogatorio (destruir o desacreditar al testigo).[635]

Podría parecer a primera vista inocuo o superfluo hacer repetir al testigo el lenguaje exacto que ha declarado en el interrogatorio directo. ¿Para que hacerlo si ya lo dijo y el juzgador lo escu-

633 K. Hegland, op. cit., p. 113.
634 Romero Soto y Romero Álvarez, op. cit., p. 467, el primer paréntesis fuera del texto original. Se suprime la expresión "interrogatorio", empleada en el texto, por cuanto en realidad alude al *contrainterrogatorio*.
635 Véase el capítulo sobre *La Técnica de Impugnación*, Num. 3.1. *La impugnación mediante declaración previa inconsistente del propio testigo*.

chó? Pero nada de inútil hay en ello y en cambio mucho se pierde si no se procede de esta manera.

En efecto, por la escogencia de los hechos que favorecen el punto de vista de quien contrainterroga, presentándolos en forma destacada, se logra alterar o cambiar el curso del pensamiento del juzgador sobre los mismos; y lo que es más importante: ese cambio de pensamiento se origina en lo que fue expresado antes en el examen directo por el propio testigo adverso.[636]

El siguiente ejemplo ilustra el desarrollo del objetivo que se comenta. En un caso de secuestro una mujer fue rescatada por las autoridades en la casa de la acusada, su defensa consiste en que un grupo de delincuentes la obligó a mantener en su casa de habitación a la víctima. Durante el examen directo la víctima narra los pormenores de su secuestro y, dentro de la secuencia fáctica, indica una serie de hechos relacionados con el comportamiento y actitud de la acusada mientras se desarrolló el cautiverio, indicando en el examen directo, entre otras cosas, lo siguiente:

— Percibió cuando a la acusada le eran dadas órdenes a gritos por terceras personas.

— Percibió siempre a la acusada llorando, agobiada y con evidente preocupación.

— Escuchó cuando la acusada le dijo, durante el cautiverio, que la habían amenazado para mantenerla retenida en su casa.

— Concluyó que, por lo que percibió, no sabría si la acusada estaba amenazada o era cómplice de quienes la secuestraron.

En este caso, el contrainterrogador, antes que cuestionar al testigo, debe formular preguntas tendientes a hacer que repita el lenguaje exacto empleado en el interrogatorio, con preguntas como éstas:

P: Usted vio cuando a la acusada le daban ordenes a gritos, correcto?

636 Cfr. Romero Soto y Romero Álvarez, op. cit., p. 470.

P: No es cierto que usted vio siempre a la acusada llorando, agobiada y como con una preocupación?

P: Usted dijo hace un momento que la persona que la cuidaba le dijo a usted que la habían amenazado a mantenerla a usted secuestrada en esa casa, eso es correcto?

P: Si le entendí bien, usted manifestó que no sabe si la acusada estaba amenazada o era cómplice de quienes la secuestraron a usted, es eso verdad?

De esta manera se *obtiene testimonio favorable* mediante el realce del testimonio expuesto en el interrogatorio directo. Es importante emplear el *lenguaje exactamente utilizado* por el testigo, pues de lo contrario se corre el riesgo de provocar estériles discusiones por interpretación errónea sobre lo efectivamente declarado. Por ejemplo, la tercera pregunta acabada de anotar puede ser formulada de manera inexacta, así:

P: Usted dijo que la acusada estaba amenazada durante su secuestro, es eso verdad?

La pregunta expone al contrainterrogador a una objeción por la parte contraria y previene negativamente al testigo. Cuando se tergiversa la exacta declaración del testigo éste replicará y golpeará con sus respuestas al contraintrerrogador, cerrándose sicológicamente a cualquier concesión futura al sentir que el abogado pretende hacerle decir lo que él no ha dicho.

La clave para no incurrir en este error es seguir una de las reglas básicas del contrainterrogatorio: escuchar atentamente las respuestas del testigo tal y como él las ha entregado, no como se quisiera que las hubiese entregado en beneficio del propio caso. En esta materia no se debe pensar con el deseo. Por eso, puede ser importante copiar textualmente la respuesta cuando se trata de una concesión importante sobre un hecho relevante para la propia teoría del caso.

1.1.2. Emplear inferencias naturales a partir del examen directo del testigo adverso para crear una nueva y favorable evidencia.

A diferencia de la anterior, esta técnica se concentra "no sobre las palabras únicamente que por el testigo se dijeran en el interrogatorio, sino más bien, sobre el total efecto que de ellas surgirían".[637]

Pero este objetivo alberga el riesgo de que el testigo perjudique al contrainterrogador con sus respuestas, pues se trata de temas no abordados directamente por él en el curso del interrogatorio sino que *se infieren* del mismo. A este respecto, la doctrina advierte con acierto:

> Como quiera que por la persona que lleva a cabo el [contrainterrogatorio], se intenta ampliar nuevas materias sobre las cuales el testigo aun no ha declarado, se debe ser prudente o sea proceder con la mayor cautela ... Esta es una táctica peligrosa aun para el más experimentado investigador por cuando puede o permite al testigo ir más allá de su verdadera declaración. Por esta razón, quien [contrainterroga] y que busca crear una evidencia favorable que parte del testigo de la contraparte o que a sus intereses no es favorable lo debería hacer así únicamente cuado tiene un buen motivo para creer que una evidencia tal se hará presente. Mas claro, solamente procedería después de un cuidadoso escrutinio del testimonio directo del testigo y solo asimismo cuando su intuición, percepción y experiencia le permitan hacer un ponderado juicio de poder ser su objetivo logrado.[638]

Aquí debe tenerse muy en cuenta lo que *debe* y *tiene* que contestar el testigo, según la otra evidencia aportada (o por aportar) al proceso y las leyes de la lógica y la experiencia, entre otras cosas. Adviértase que si las inferencias naturales desarrolladas a partir del interrogatorio se orientan a sugerir la *inverosimilitud* del testimonio, en ese caso se están combinando dos objetivos

637 Ibíd., p. 492.
638 Ibíd., p. 493, paréntesis fuera del texto original. Se suprime la expresión "interrogatorio", empleada en el texto, por cuanto en realidad alude al *contrainterrogatorio*.

en la medida en que se obtiene *testimonio favorable* (primer objetivo) para destruir el testimonio (tercer objetivo). Son dos enfoques complementarios y metodológicamente distintos.

De lo que se trata entonces, cuando *solamente* se obtiene testimonio favorable, es de lograr que las inferencias desarrolladas en el contrainterrogatorio impriman *verosimilitud* a lo que el testigo sostiene, favoreciendo la teoría del caso por confirmación de la boca del testigo adverso.

Un ejemplo puede ilustrar la diferencia entre los dos tipos de enfoque. En un caso penal la procesada es acusada de participar en el hurto de una vivienda. El testigo adverso, quien administra una tienda ubicada al frente de la vivienda asaltada, ubica a la procesada en el sitio y a la hora en que ocurrieron los hechos, cinco años antes del momento en que rinde su declaración. Señala el testigo durante el examen directo que el día de los hechos conversó con la acusada en la tienda, al punto que recuerda haberle vendido una bebida. El contrainterrogatorio se orienta a subrayar la sospechosa memoria del testigo, con este resultado:

P: Usted dice que recuerda haber vendido una bebida a la procesada el día en que ocurrió el hurto de la casa de sus vecinos, correcto?

C: Si, así es.

P: Y recuerda que habló con ella, no es así?

C: Si.

P: De que hablaron?

C: No, me pregunto si estaban alquilando una casa del lado que estaba desocupada.

P: Usted recuerda bien ese diálogo?

C: Si.

P: Y que clase de bebida le vendió usted a ella?

C: Una coca cola.

P: Recuerda a quien más atendió ese día en su tienda en la mañana?

C: Si, a un vecino que se llama Jorge.

P: Recuerda que le vendió?

C: Si, unas arepas.

P: A quien más atendió en la tarde de ese día?

C: A otra vecina, doña Marta.

P: Y ella, le compró algo?

C: Si, claro.

P: Que fue eso que ella compró?

C: Unos huevos.

P: Cuánto costaban esos huevos, ya que usted se los vendió?

C: A quinientos pesos cada uno.

P: Y al día siguiente en que ocurrió ese hurto, atendió usted a alguien en su tienda?

C: Si, claro.

P: En la mañana a quién atendió?

C: A un señor don Javier.

P: Y recuerda que le vendió?

C: Claro, le vendí una bebida.

P: Esto ocurrió hace cinco años, correcto?

C: Si.

P: Durante esos cinco años usted siempre ha atendido personas en la tienda?

C: Si, yo tengo la tienda en mi casa.

P: Le ha vendido cosas a personas durante todos los días por los últimos cinco años en esa tienda, o no?

C: Sí lo he hecho.

P: Cuántas personas atiende diariamente?

C: No sabría decir.

P: 5, 10, 20, 30?

C: No se, muchas.

P: Tantas que no puede determinar la cantidad con precisión, correcto?

C: Atiendo bastantes personas.

P: …

Este formato solo se aconseja para casos en que el testigo se muestre sospechosamente "seguro" al declarar, sumado al hecho de que se tiene de algún modo seguridad sobre la inverosimilitud de su relato. El contrainterrogador, a partir de lo declarado en el interrogatorio directo (un recuerdo detallado de hace cinco años sin condiciones excepcionales que lo justifiquen) estimula al testigo para que siga recordando detalles igualmente insignificantes ocurridos en la misma época.

El testigo siguió el camino propuesto al pretender recordarlo todo. Eso sucede con más frecuencia de la que pudiera pensarse. Así, se terminan obteniendo inferencias naturales a partir del interrogatorio directo, pero en un sentido distinto al que aquí se comenta, pues el exceso de recuerdo detallado proyecta *inverosimilitud* sobre el testimonio, cuestionando el relato. El objetivo aquí desarrollado consistió en *atacar el testimonio* para que el juzgador *no lo crea*.

En cambio, cuando solamente se obtiene testimonio favorable, se teje *un argumento de verosimilitud* con las respuestas del testigo, tejido que servirá luego de apoyo a la teoría del caso de quien contrainterroga sobre la base de que el juzgador *crea* el testimonio. En algunos eventos no hay ninguna información en el interrogatorio, caso en el cual, por medio del contrainterrogatorio, a partir de la lógica y las reglas de la experiencia, se construye evidencia favorable sin confrontar al testigo. Entonces, quien contrainterroga "por medio de la aplicación de sus poderes de lógica, pero mas que todo de la lógica jurídica, análisis y creativi-

dad, frecuentemente hallará que él puede crear una favorable evidencia en donde nada al respecto ha existido".[639]

Se busca presentar con el contrainterrogatorio las naturales inferencias que fluyen del material básico declarado en el examen directo, lo que sentará las bases fácticas para posteriormente argumentar las conclusiones probatorias pertinentes.

Un ejemplo puede ilustrar el objetivo en comento: un celador ha percibido un homicidio en el cumplimiento de sus funciones. En el examen directo declaró que su turno de trabajo era de 5:00 p.m. a 5:00 a.m. y que percibió el suceso a eso de las 4:00 a.m., aproximadamente, a unos diez metros de distancia.

La teoría del caso de la defensa es que existió un error de identificación, esto es, que el celador esta señalando equivocadamente al sindicado como el autor del hecho por él percibido.

Mediante la obtención de testimonio favorable, por vía inferencial, se pretende probar el hecho de que, al momento de la percepción, el testigo tenía sus poderes de observación disminuidos a causa de la fatiga, lo que posteriormente permitirá argumentar, junto con otros elementos no tratados en el ejemplo, la poca exactitud de su percepción. El contrainterrogatorio puede adoptar el siguiente formato:

P.- Usted ha dicho que su turno de trabajo es de 5 p.m. a 5 a.m., correcto?

C.- Si.

P.- Desde cuándo es ese su turno?

C.- Siempre he tenido ese horario.

P.- O sea que ese era su turno para el día en que usted vio estos hechos, cierto?

C.- Así es.

P.- A que hora entró usted a trabajar el turno de ese día?

639 Ibíd., p. 487.

C.- Normal, como siempre, a las 5 de la tarde del día anterior.

P.- Se duerme usted en su turno de trabajo?

C.- No, nunca.

P.- Y cuando usted hace su trabajo en ese sector, siempre ésta moviéndose o se queda quieto en un lugar?

C.- Me muevo, porque tengo que dar las rondas, a veces me quedo un ratico en un sitio.

P.- Pero siempre está atento en la vigilancia, o no?

C.- Si, siempre.

P.- Cuándo se encuentra usted más descansado, cuándo inicia o cuándo termina su turno?

C.- Cuando lo termino.

P.- Y supongo que cuando se aproxima el fin de su turno usted se va fatigando mas, o no es así?

C.- Si, es así.

P.- Y como se manifiesta esa fatiga en usted?

C.- Pues a uno ya le va dando sueño, y se siente cansado, normalmente, por la jornada.

P.- Usted dijo que vio estos hechos es de las 4 de la mañana, correcto?

C.- Si, mas o menos a esa hora.

P.- O sea que cuando percibió los hechos ya estaba próximo a terminar su turno, correcto?

C.- Me faltaba mas menos una hora.

P.- Y cuando usted percibió estos hechos llevaba casi doce horas vigilando el sector.?

C.- Si.

P.- Doce horas en las que no se quedó quieto en un solo sitio sino moviéndose y dando las rondas por el sector, correcto?.

C.- Si.

P.- Y sin dormir en esas doce horas?

C.- Si, porque yo no me duermo en los turnos.

P.- Y para las 4 de la mañana de ese día usted se sentía fatigado?

C.- Si, estaba algo cansado.

Nótese como a partir de una simple información expresada por el testigo en el examen directo (su turno de trabajo y la hora en que percibió) el contrainterrogador *desarrolló inferencias naturales* derivadas de esa simple información, sobre la base de la lógica y la experiencia para que el relato *sea creído* por el juzgador. De todo ello se obtuvo testimonio favorable (concesiones) para apoyar la teoría del caso del contrainterrogador: la disminución de los poderes de percepción por causa de la fatiga.

1.1.3. Obtener concesiones del testigo adverso sobre materias que no estuvieron comprendidas en el examen directo.

Este objetivo del contrainterrogatorio plantea problemas relacionados con *el alcance del contrainterrogatorio*, concretamente con la regla conforme a la cual el contrainterrogatorio, en principio, sólo debe comprender las materias declaradas por el testigo durante el interrogatorio directo. La Ley 906 de 2.004 expresamente dispone que el contrainterrogatorio "*se limitará a los temas abordados en el interrogatorio directo*."[640] Por la importancia del tema se dedicará un capítulo exclusivamente a su tratamiento.[641]

En el desarrollo de este objetivo se trata de *elaborar un material nuevo en la repregunta que confirma nuestra tesis*.[642] Este procedimiento representa ventajas para el contrainterrogador, pero a la vez implica riesgos que deben ser considerados, como bien enseña Hegland:

640 Ley 906 de 2.004, artículo 391, inciso segundo.
641 Véase el capítulo sobre *El Alcance del Contrainterrogatorio.*
642 K. Hegland, op. cit., p. 114.

> Las ventajas de la elaboración de material nuevo en la repregunta son grandes, pero también son considerables los riesgos. Como el testigo no se ha comprometido con el testimonio favorable en el interrogatorio directo, puede, por así decirlo, apuñalarnos por la espalda.[643]

Este tema se relaciona con lo referente al *contrainterrogatorio silencioso* y la regla que recomienda evitar tratar un tema que es favorable a quien repregunta, y que fue omitido (quizá deliberadamente) por la contraparte durante el examen directo.[644]

Con la puesta en marcha de este objetivo se pretende obtener concesiones del testigo adverso sobre puntos no cubiertos en el examen directo, de tal forma que se lo pueda convertir en un poderoso aliado.

Por eso se dice que la diferencia entre lo que se sabe que el testigo conoce y aquello que finalmente declara es a menudo un campo fértil para llevar a cabo un contrainterrogatorio.[645]

Una regla básica del contrainterrogatorio dispone que no se debe formular una pregunta si no se conoce la probable respuesta. Por este motivo, el objetivo que se comenta solo puede ser logrado a partir de un profundo conocimiento del caso sumado a una previa investigación de los hechos, a partir de todo lo cual se puede saber lo que el testigo está en condiciones de declarar. Luego, es evidente que la investigación extraprocesal del litigante debe versar sobre *quién* es el testigo y sobre *qué*, probablemente, versará su declaración.

Se debe evitar el uso de preguntas sugestivas en el evento en que la nueva información que se pretende extraer en el contrainterrogatorio no se vincule estrechamente con la materia abordada en el interrogatorio.[646] En esos casos, en principio, el

643 Ibíd.
644 Véase el capítulo sobre *El Contrainterrogatorio Silencioso*.
645 Sobre ello, Romero Soto y Romero Álvarez, op. cit., p. 473.
646 Como cuando se explora la *credibilidad* del testigo a partir de hechos que no fueron en absoluto abordados durante el interrogatorio directo.

contrainterrogador debe examinar al testigo como si se tratara de un interrogatorio. La razón es simple: el testigo no ha expresado su conocimiento sobre el tema por primera vez, por lo que se debe evitar al máximo toda forma de sugestión.

Un ejemplo puede ilustrar lo expuesto: supóngase que el celador ya mencionado ostentaba una avanzada edad al momento de presenciar el hecho. La defensa investiga al declarante antes del juicio y encuentra que en una fecha cercana a la percepción del hecho hizo uso de la seguridad social para solicitar revisión oftalmológica, resultando un diagnóstico de cataratas. Durante el interrogatorio directo el testigo no declaró ni fue preguntado sobre esos hechos, que el contrainterrogador conoce por su previa y personal investigación. En ese caso, el contrainterrogatorio pude asumir éste formato:

P.- Usted dice que vio cuando mi cliente salió persiguiendo a quien resultó muerto en este caso, es eso cierto?

C.- Si.

P.- Y usted ha dicho que vio ese hecho como a unos 10 metros de distancia, es así?

C.- Así fue.

P.- Usted estaba en la calle cuando presenció estos hechos, correcto?

C.- Si.

P.- Ahora, le pregunto: tiene usted afiliación a la seguridad social?

C.- Si la tengo.

P.- Alguna vez ha utilizado los servicios de la seguridad social?

C.- Muchas veces.

P.- Recuerda haberlo utilizado en octubre el año pasado?

C.- Si.

P.- Recuerda haber solicitado cita en la época en que percibió estos hechos?

C.- Si, solicité una cita.

P.- A qué fue usted a revisión?

C.- Sufría una molestia en los ojos.

P.- Qué le diagnóstico el médico?

C.- Me dijo que tenía cataratas.

P.- Usted sufre de cataratas, es correcto?

C.- Si.

P.- Y las cataratas le causan a usted molestias para ver correctamente, cierto?

C.- Algunas veces me molesta, si.

P.- …

En este caso el contrainterrogador extrajo del testigo información nueva, no contenida en el examen directo, que favorece su teoría del caso en orden a resaltar que el testigo pudo haberse equivocado al percibir los hechos, debido a problemas de visión. Aquí puede apreciarse como se combinan la *obtención de testimonio favorable* con la *destrucción del testimonio*, usando los reconocimientos del testigo para abordar el estado de sanidad del sentido con el que tuvo la percepción.

1.2. En cuanto al testimonio adverso en relación con otros testimonios.

El contrainterrogatorio también puede ser utilizado para que el juzgador aprecie la relación del testigo adverso con otros testigos. Esa relación puede ser presentada de forma tal que favorezca la teoría del caso del contrainterrogador. En este sentido Romero Soto y Romero Álvarez enseñan:

> … quien [contrainterroga] puede a menudo asegurar un testimonio o declaración del testigo de la contraparte el cual no obstante no ser de por si y ante sí mismo aprovechable, llega

> a serlo en relación a los demás testigos que declaran en el caso.
>
> Existen dos caminos por los cuales un testimonio tal puede servir a los objetivos de quien [contrainterroga]: primero, él puede corroborar la declaración de otros testigos que son favorables a los intereses de quien [contrainterroga]; y, segundo, pude contradecir las declaraciones de otros testigos que no sean favorables a sus intereses de quien lleva a cabo el [contrainterrogatorio].[647]

En el objetivo estudiado se está obteniendo testimonio favorable, sólo que no en relación al testigo contrainterrogado sino con respecto a otros testigos que declaran en el proceso. Básicamente se puede pretender obtener evidencia favorable a partir de la relación del testigo con otro(s) testigo(s) de descargos (para que el declarante lo corrobore), o con otro(s) testigo(s) de cargo (para que el declarante los contradiga o parezcan idénticas sus declaraciones).

1.2.1. Aprovechar el testimonio adverso para *corroborar* los testigos de descargos que soportan la teoría del caso y niegan la de la contraparte.

Se pretende obtener evidencia que permita concluir al juzgador en este sentido:

> Señor Juez: Incluso los testigos presentados por la contraparte han confirmado como cierto lo que han dicho los testigos que he presentado en sustento de mi caso. Debemos en consecuencia concluir que estos últimos testigos dicen la verdad.

En el juicio probablemente declararán varios testigos. Las partes los presentarán para apoyar sus proposiciones fácticas. Al contrainterrogar un testigo de cargo las repreguntas pueden orientarse a demostrar como ese testigo está de acuerdo con las proposiciones fácticas que acreditan los testigos propuestos por el contrainterrogador.

647 Ibíd., p. 498, paréntesis fuera del texto original. Se suprime la expresión "interrogatorio", empleada en el texto, por cuanto en realidad alude al *contrainterrogatorio*.

Supóngase que, en un caso de inasistencia alimentaria, el acusado sostiene carecer de capacidad económica debido a sus múltiples obligaciones. La denunciante, quien conoce las obligaciones del procesado, es contrainterrogada en orden a admitir la existencia de dichas obligaciones. De esta forma, el aspecto central de la teoría del caso del contrainterrogador (justa causa para incumplir la obligación alimentaria) es corroborado por la testigo de cargo.

1.2.2. Aprovechar el testimonio adverso para *crear discordancias* con otros testigos adversos.

Este propósito busca recoger el material probatorio para sustentar una conclusión del tipo:

> Señor juez: Ni siquiera los testigos presentados por la contraparte se ponen de acuerdo entre sí en lo que dicen; unos dicen una cosa, los otros los desmienten. Por ello, esos testigos no son dignos de credibilidad.

Al desarrollar este objetivo ya no se pretende que el testigo adverso *corrobore* los testigos que presenta el contrainterrogador; se busca que el testigo adverso *desacredite* otros testigos adversos.

Si se atiende al hecho de que se está contrainterrogando a un testigo adverso, puede ser especialmente útil lograr que ese testigo contradiga o desmienta a otro testigo adverso, en el cual la contraparte también apoya su teoría del caso. La consecuencia probatoria para el juzgador será que uno de los dos testigos adversos -o los dos- está mintiendo sobre un aspecto fundamental.

A esta finalidad de la repregunta alude Bergman cuando señala que se puede pretender "obtener el testimonio de un testigo contrario que entra en conflicto con la declaración aportada por otro testigo contrario".[648]

Sobre el tema Romero Soto y Romero Álvarez expresan:

■ 648 Bergman, op. cit., p. 133.

> Creando desacuerdo entre dos testigos cuyas declaraciones no son favorables sobre un punto principal de carácter objetivo, quien [contrainterroga] puede convencer tanto al juez de derecho como a los jueces de hecho, que ninguno de los dos merece credibilidad.[649]

Mediante esta técnica se desacredita la declaración de un testigo adverso empleando como referente el testimonio contradictorio de otro testigo adverso. La plena expresión de la discordancia se deja para el escenario del alegato de conclusión ante el Juzgador.

El pasaje bíblico que relata la historia de Susanna, acusada de adulterio, condenada injustamente y liberada por Daniel, ilustra claramente este objetivo del contrainterrogatorio. La doctrina del contrainterrogatorio usualmente cita esta anécdota para ejemplificar el punto en cuestión.[650] Vale la pena analizar detenidamente este precioso pasaje, que se resume a continuación, para comprender como el poder del contrainterrogatorio puede ser utilizado para el descubrimiento de la verdad:

Susanna, hermosa en extremo y temerosa de Dios, contrajo matrimonio con Joakim, un hombre muy rico y respetable que tenía un jardín junto a su casa. Dos ancianos inicuos, que frecuentaban la casa de Joakim, fueron elegidos jueces del pueblo. De tanto ver pasear a Susanna inflamáronse los dos viejos en malos deseos de pecar hacia ella y perdieron el juicio, pero por vergüenza no se comunicaron entre sí su pasión. Cada uno a escondidas del otro espiaba por su cuenta a Susanna en el jardín de su marido, hasta que un día volvieron cada cual otra vez al jardín, encontrándose en el mismo sitio; y preguntándose mutuamente el motivo confesaron su pasión y entonces acordaron el tiempo en que podrían hallar sola a Susanna.

649 Romero Soto, Julio y Romero Álvarez, Rocío. *Técnica Jurídica de Investigación e Interrogatorio,* Ediciones Librería del Profesional, 3ª Edición actualizada, Bogotá, 2003, p. 638, paréntesis fuera del texto original reemplazando la expresión "interrogatorio".
650 Así, Schwartz, op. cit., Vol. II, pp. 2238-2239; Wigmore, John Henry, *The Principles of Judicial Prof. As given by logic, psychology, and general experience and illustrated by judicial trials,* William S. Hein & Co., Inc, Buffalo, New York, Second Printing, 2000, p. 634; Bentham, Jeremy, *Tratado de las Pruebas Judiciales,* Editorial Jurídica Universitaria, México, 2001, p. 49.

Hasta que un día, mientras los dos viejos esperaban la ocasión oportuna asechando escondidos, entró Susanna al jardín con sus doncellas para bañarse y las envió a traer permufes, a lo que los dos viejos corrieron hacia ella y le exigieron pecar con ellos a cambio de no levantar en su contra un falso testimonio.[651]

Pero prefirió Susanna caer en manos de los viejos que pecar en presencia del Señor. Y al día siguiente los dos viejos se armaron de falsedades contra Susanna y convocando al pueblo dijeron: que estando ellos paseando solos en el jardín, entró ella con dos criadas y cerró las puertas del jardín enviándolas fuera; entonces un joven que estaba escondido se acerco a Susanna y peco con ella; y ellos, que estaban en un lado del jardín, viendo el atentado fueron corriendo a donde estaban, y los hallaron en el mismo acto, pero el joven no pudo ser atrapado porque era más robusto y escapó corriendo, sin que Susanna confesase quien era el joven. Como el pueblo tenía en alta estima a los dos jueces creyeron su testimonio y Susana fue condenada a muerte.

Susanna entonces oró a Dios[652] , quien escuchó sus plegarias e iluminó a un jovencito llamado Daniel, y ocurrio esto:

> 46. El cual, a grandes voces, comenzó a gritar: inocente seré yo de la sangre de ésta. 47. Y volviéndose hacia él toda la gente, le dijeron: ¿qué es eso que tu dices? 48. Mas él, puesto en pie en medio de todos dijo: ¿tan insensatos sois oh hijos de Israel, que sin forma de juicio y sin conocer la verdad del hecho, habéis condenado a un hija de Israel? 49. Volved al tribunal porque estos han dicho falso testimonio contra ella.
>
> 50. Retrocedió pues á toda prisa al pueblo; y los ancianos le dijeron á Daniel: ven, y siéntate en medio de nosotros e instrúyenos; ya que te ha concedido Dios la honra y *dignidad* de anciano. 51. Y dijo Daniel al pueblo: separad á esos dos lejos el

651 "20. Mira, las puertas del jardín están cerradas, nadie nos ve, y nosotros estamos enamorados de ti: condesciende pues con nosotros, y sede a nuestros deseos. 21. Por que si te resistieres a ello, testificaremos contra ti, diciendo que estaba contigo un joven, y que por eso despechaste tus doncellas." (Sagrada Biblia, *Daniel*, XIII, v. 20 y 21).
652 "Tu sabes que estos han levantado contra mi un falso testimonio; y he aquí que yo muero sin haber hecho nada de lo que han inventado maliciosamente contra mi." (Sagrada Biblia, *Daniel*, XIII, v. 43).

uno del otro, y yo los examinaré. 52. Y así que estuvieron separados en uno del otro, llamando á uno de ellos, le dijo: Envejecido en la mala vida, ahora llevaran merecido los pecados que has cometido hasta aquí. 53. Pronunciando injustas sentencias, oprimiendo á los inocentes y librando á los malvados, á pesar de que el señor tiene dicho: No harás morir al inocente ni al justo. 54. Ahora bien, si la viste *pecar*, dí: ¿Bajo que árbol los vistes confabular entre sí? Respondió él: debajo de un lentisco. 55. A lo que replico Daniel: Ciertamente que á costa de tu cabeza has mentido; pues he aquí que el Ángel del Señor, por sentencia que ha recibido de el, te partirá por medio. 56. Y habiendo hecho retirar á éste, hizo venir al otro, y le dijo: Raza de Chanaan y no de Judá, la hermosura te fascino y la pasión pervirtió tu corazón: 57. Así os portabais con las hijas de Israel, las cuales de miedo condescendían con vuestros deseos; pero esta hija de Judá no ha sufrido vuestra maldad. 58. Ahora bien, dime: ¿Bajo de qué árbol los sorprendiste tratando entre si? El respondió: Debajo de una encina. 59. Á lo que repuso Daniel: ciertamente que también tú mientes en daño tuyo; pues el Ángel del Señor te está esperando con la espada en la mano, para partirte por medio y matarte.

60. Entonces toda la asamblea ó *muchedumbre*, exclamo en alta voz, bendiciendo á Dios que salva a los que ponen en él su esperanza. 61. Y se levantaron contra los dos viejos, á los cuales convenció Daniel por la misma boca de ellos de haber proferido un falso testimonio, é hiciéronles el mal que ellos habían tratado contra su prójimo; 62. Y poniendo en ejecución la ley de Moysés, los mataron: con lo que fue salvado en el aquel día la sangre inocente.[653]

1.2.3. Hacer surgir concordancias fatalmente sospechosas entre los testigos adversos.

Framarino Dei Malatesta, al referirse a la "apreciación del testimonio en cuanto a la forma" enseña que hay "formas exteriores que sirven para restarle eficacia al testimonio"; dentro de éstas se

653 Sagrada Biblia, *La Profesía de Daniel*, XIII, resaltado en el texto original.

encuentran "las manifestaciones directas del ánimo del testigo", en las cuales se encuentra una "causa formal de disminución de la credibilidad": *la premeditada identidad en el texto de varias declaraciones*, que se contrapone a la ausencia de premeditación de las expresiones. El autor recuerda que la identidad de forma es poco natural y se reputa sospechosa e indicativa de un convenio anterior y común.[654]

La preparación o aleccionamiento previo de los testigos, en si misma considerada, es una acostumbrada área de indagación en el contrainterrogatorio.[655] Este objetivo del contrainterrogatorio encuentra fundamento en el hecho de que "la perfecta identidad (tanto más en la evocación verbal) de diversos testigos debe ser motivo de sospecha mientras que las diferencias sobre uno y otro detalle pueden ser expresión de sinceridad".[656]

Estas repreguntas están orientadas a probar el previo aleccionamiento excesivo entre los testigos de cargo, sin que ellos lo noten. Se puede demostrar que el testigo no recuerda en realidad aquello sobre lo que declara, sino que está repitiendo su testimonio de memoria; el método es especialmente aplicable cuando se trata de varios testigos que declaran sobre unos mismos hechos.

La técnica en comento sirve para demostrar que existió un ensayo colectivo entre dos o más testigos adversos. A manera de ejemplo, este método puede resultar útil en nuestro medio para casos en que varios agentes ratifican un mismo informe policivo, cuando ha transcurrido un tiempo considerable desde la elaboración del mismo, y sus deponencias parecen casi idénticas. Sobre este tema Goldberg enseña:

> Hay otro tipo de repregunta que no encaja bien dentro del paquete destinado a atacar a "quien" está atestiguando o "lo que atestigua". Este tipo de repregunta intenta presentar una demostración teatral en lugar de atacar o agregar cierto testi-

654 Nicola Framarino Dei Malatesta, *Lógica de las Pruebas en Materia Criminal*, Segunda reimpresión de la Cuarta Edición, Editorial Temis, Bogotá, 1995, Volumen II, Sección Primera, Título II "DE LA APRECIACIÓN DEL TESTIMONIO EN CUANTO A LA FORMA."
655 Romero Soto y Romero Álvarez, op. cit., 1989, pp. 505-508.
656 Altavilla, Enrico, *Sicología Judicial*, Temis, Bogotá, 1975, Vol. II, p. 869.

> monio (...) Hay ciertos testigos y situaciones que están muy bien ensayados o muy bien preparados. Las repreguntas exitosas muestran a los jurados la presentación o el ensayo.[657]

Para lograr este objetivo puede ser útil repreguntar a cada testigo exactamente del mismo modo acerca de ciertos detalles; si el ensayo existió es probable que cada testigo responda exactamente con la misma respuesta. Con todo esto lo que se pretende es persuadir al juez respecto a que los testigos no recuerdan lo que sucedió y que ofrecen la repetición exacta del testimonio por causa de un acuerdo previo, lo cual lógicamente incide en su credibilidad.

2. Segundo objetivo: Limitar el efecto negativo del testimonio adverso

Lo que se pretende con este objetivo es mostrarle al juzgador que lo que el testigo dijo en el interrogatorio directo no es tan grave como parece; el contrainterrogador trata de limitar, evitar o desviar el daño causado por el testigo en el examen directo.

La idea básica que inspira este objetivo consiste en admitir la exactitud de parte o de todo el testimonio adverso, pero "sin conceder la operancia de su efecto sobre el caso"[658], de tal modo que se entregue al juzgador la idea de que el testimonio, por más fuerte que parezca ser, "no es determinante del punto culminante del planteamiento que habrá de ser resuelto."[659] Con esto se puede lograr el efecto de minimizar o restarle importancia al testimonio limitando el impacto del efecto negativo del examen directo.

657 Goldberg, op. cit., p. 205.
658 Romero Soto y Romero Álvarez, op. cit., 1989, pp. 508.
659 Ibíd.

Cuando se busca limitar el testimonio adverso el contrainterrogador se orienta, por ejemplo, a destacar "lo que el testigo no vio para subrayar nítidamente lo poco que en efecto vio. De lo contrario el jurado puede exagerar la importancia del testimonio".[660]

Gráficamente expresado, "el interrogatorio directo es el ladrido; con la repregunta, hay que limitarlo a un mordisco. Destaque aquello sobre lo que el testigo *no* atestiguó."[661]

La efectividad de esta técnica es puesta de presente por Bergman: como la finalidad de la pregunta sugestiva no es otra que concentrar la atención del juzgador en fragmentos de evidencia o "blancos", a los que se apunta en el curso del contrainterrogatorio, uno de los métodos utilizables para realzar ese propósito es "contribuir la rememoración de un juzgador acerca de lo que en efecto sucedió preguntando acerca de distintos hechos que pudieron suceder pero no sucedieron".[662] Con este procedimiento se destaca la evidencia de lo que en realidad pasó y que se quiere sea objeto de atención por el Juzgador durante el contrainterrogatorio.

Para ilustrar lo expuesto, en el siguiente ejemplo se pretende realzar el hecho de que "Juan se quedó quieto", para lo cual se pregunta por una serie de hechos que no sucedieron y que reafirman eficazmente esa conclusión en la mente del juzgador:

P: Juan no se movió, ¿eso es cierto?.

C: Si.

P: El no salió corriendo, cierto?

C: No.

P: El no levantó ninguno de sus brazos, verdad?

C: No.

P: El tampoco gritó, no es así?

C: No, él no gritó.

660 K. Hegland, op. cit., p. 117.
661 Ibíd., p. 116, resaltado en el texto original.
662 Bergman, op. cit., p. 141.

P: El solo se quedó quieto, cierto?

C: Si.

Goldberg expone las razones por las cuales el contrainterrogatorio dirigido a limitar el efecto del examen directo es quizá el objetivo confrontativo más útil y realista que puede lograr el contrainterrogador en la práctica:

> Las repreguntas que apuntan a corregir el énfasis y a debilitar los fundamentos del testimonio directo serán más útiles que el intento de "destrucción" Hay dos razones para ello: (1) incluso el mejor de los repreguntadores se ve en dificultades para "liquidar" al adversario, y (2) los testigos rara vez se ponen en una posición tan peligrosa, porque rara vez mienten o cometen errores tan obvios que el repreguntador disponga de los elementos necesarios para destruirlos.[663]

La limitación del efecto negativo del examen directo puede lograrse por dos vías: (1) enfatizando o destacando los defectos que sobre el conocimiento total del caso tiene el testigo, a fin de evidenciar *lo que no sabe*; o (2) produciendo un efecto que modifica, evita o desvía el efecto negativo del interrogatorio directo, para resaltar que el daño a la teoría del caso no existe en realidad. A continuación se expone cada uno de estos métodos:

2.1. Enfatizando los defectos que sobre el conocimiento total del caso tiene el testigo.

Los defectos que sobre el conocimiento del caso tiene el testigo pueden deberse a omisiones en general o a omisiones particulares derivadas de algún conocimiento especial que posee el testigo.

2.1.1. Omisiones en general.

Este evento se presenta cuando el testigo da a conocer durante el examen directo que posee un determinado conocimiento. El efecto perjudicial del testimonio proviene de ese conocimien-

663 Goldberg, op. cit., p. 203.

to que el testigo dice poseer. La minimización del efecto negativo se logra poniendo de presente, o destacando, las áreas en las cuales la declaración del testigo acusa una falta de conocimiento.

En la búsqueda de este objetivo quien contrainterroga:

> … debe estar capacitado para cuidadosamente escrutar el testimonio directo y determinar exactamente en que aspecto está la falla ... Por este medio, dándose cuenta en su propia mentalidad de la manera exacta como la declaración del testigo padece de imperfecciones y cae por su falta de "perfección", quien interroga puede comenzar a aislar esas áreas en donde el testimonio es vulnerable. Haciendo pues, una especie de reto sobre el limitado conocimiento del testigo de esas áreas puede crear la impresión que la declaración del testigo tiene menor importancia que aquella que por el jurado le era atribuida en relación a su credibilidad.[664]

Se trata de entonces de aislar, mediante la técnica de las preguntas sugestivas, aquellos hechos sobre los que el testigo *no declaró*; destacando los defectos del testigo en el conocimiento de los hechos se puede presentar de manera efectiva la teoría del caso.

Esta técnica puede ser en general útil en materia penal para contrainterrogar los testigos que declaran sobre la excelente conducta del acusado, pero a los que nada les consta sobre los hechos por los que se le acusa.

El siguiente ejemplo ilustra el uso de esta técnica: los agentes de la policía acuden a un llamado de la ciudadanía y, en cuanto llegan al lugar, sorprenden al acusado en la vía pública sosteniendo en la mano una bolsa negra pequeña, que finalmente resultó contener una lata de cerveza con pólvora negra y metralla en su interior. El sindicado explica que mientras caminaba por la calle vio en el suelo una bolsa negra, la cual recogió del piso por curiosidad, momento en el cual llegó la policía y lo arrestó. La teoría del caso de la defensa es que no existe dolo de portar el elemento ilegal, ya que el sindicado recogió una bolsa

664 Romero Soto y Romero Álvarez, op. cit., 1989, pp. 508-509.

de color negro de la calle sin saber lo que contenía. En este caso el contrainterrogatorio del agente de la policía que efectuó la captura puede adoptar el siguiente formato para *enfatizar omisiones de conocimiento:*

P.- Agente, usted dice que cuando capturó al sindicado él tenía en la mano la bolsa negra, correcto?

C.- Si.

P.- Usted acudió al sitio por llamado de la ciudadanía?

C.- Si, así fue.

P.- De manera que usted no *estaba* en el sitio sino que *llegó* al sitio, correcto?

C.- Es cierto.

P.- Y cuando usted llegó al sitio vio al sindicado por primera vez en esa noche, verdad?

C.- Si.

P.- Entonces, si le entiendo bien, usted no sabe lo que pasó en ese sitio *antes* de que usted viera por primera vez al sindicado esa noche con la bolsa en la mano, es eso correcto?

C.- Así es.

Con esta línea de preguntas se limitó el efecto negativo del examen directo mostrando lo que el testigo no sabe: qué ocurrió *antes* de que se llevara a efecto la captura, surgiendo así, como no desvirtuada, la hipótesis de que el sindicado recogió la bolsa del piso justo antes de que el agente acudiera al lugar.

Véase otro ejemplo: en un caso de homicidio el testigo declaró que percibió cuando el sindicado lanzó varias puñaladas a la víctima sin que nada hubiese ocurrido antes. La teoría del caso de la defensa es que el sindicado reaccionó ante la exhibición de un arma por parte de la víctima, quien la portaba en la pretina del pantalón. Esto implica subrayar lo que el testigo *no percibió*,

pero que quizá pudo haber ocurrido. Este ejemplo, al igual que el anterior, materializa la clásica distinción entre testigos *negantes* y *nescientes*[665]:

Defensor.- Usted dice que vio cuando el sindicado atacó a la víctima, es correcto?

C.- Si.

P.- Usted también dijo que antes de ver eso estaba conversando con sus amigos, es eso verdad?

C.- Si.

P.- Entonces, lo que llamó su atención hacia el lugar donde estaba el sindicado y la víctima fue el ataque que usted presenció?

C.- Si.

P.- Y según su ubicación en el lugar de los hechos, el sindicado y la víctima le daban a usted la espalda, es eso correcto?

C.- Si, es correcto.

P.- Sabe quien inició el ataque?

C.- Yo vi al sindicado atacar a la víctima.

P.- Entiendo, pero mi pregunta es: antes de usted ver eso, estaba usted mirando hacia donde ellos dos estaban?

C.- No.

P.- Estaba pendiente de que algo pasara entre los dos?

C.- No.

P.- Todo ocurrió de un momento a otro, correcto?

C.- Si.

665 Enseña Mittermaier que "Los testigos que niegan (negantes) no son en manera alguna iguales a los que declaran que nada saben (nescientes). Cuando un gran número de éstos viene a decir que no tienen conocimiento de un hecho, ya por no haber estado presentes en el lugar donde se verificó, ya porque no pusieron en ello atención, bien se comprende que su declaración en nada debilita el testimonio de los que afirman". (*Tratado de la Prueba en Materia Criminal*, Editorial Reus, Octava edición, Madrid, 1.929, 272-273).

P.- Sabe que pasó entre el sindicado y la víctima justo antes de que usted viera que el sindicado atacó a la víctima?

R.- No, pero supongo que ...

Defensor: Objeción, el testigo especula.

Juez: Se admite, por favor declare sobre lo que a usted le consta.

C.- No vi que pasó antes.

P.- Y eso fue porque usted no estaba pendiente de lo que ocurría en ese sitio *antes* de que ver que el sindicado atacó a la víctima, correcto?

C.- Si, así es.

P.- Como usted no vio entiendo que usted no niega la posibilidad de que la víctima le hubiese mostrado un arma al sindicado, es correcto?

C.- Posiblemente, como ya dije, no vi nada antes.

En este caso limitó el impacto dañino del interrogatorio directo destacando una omisión de conocimiento del testigo; la defensa puede luego argumentar que este testigo no puede refutar el hecho que afirma el acusado: que él atacó a la víctima reaccionando ante un arma que le fuera exhibida.

2.1.2. Omisiones especiales.

En esta variante el contrainterrogador se enfoca en aquellos actos específicos que el testigo pudo y debió haber ejecutado para mejorar su conocimiento. Son omisiones especiales derivadas de una determinada posición especial de testigo en el caso, bien por sus conocimientos o deberes funcionales; esta técnica es muy útil con los peritos y los funcionarios públicos en general (especialmente miembros de las fuerzas de seguridad del Estado).

El método implica desarrollar o acentuar los elementos negativos de examen directo y constituye una aplicación práctica de

expuesto inmediatamente antes: igualmente "enfoca, sobre todo, aquellos actos específicos los cuales "pudo" haber ejecutado para ejecutar o mejor proveer a su conocimiento del caso, pero que "no pudo" llevar a cabo"[666], pero se diferencia en que, adicionalmente, el planteamiento involucra no solo la falta de conocimiento personal sino que pone de presente "la personal responsabilidad que el testigo tiene en ello".[667]

Lo acabado de señalar le implica al contrainterrogador conocer a profundidad cuales son los deberes del testigo con respecto al mejor conocimiento que pudo tener del tema al que se refiere su declaración, lo que exige de ordinario a quien pregunta informarse previamente sobre ciertas materias o áreas implicadas en el conocimiento y/o especialidad del testigo.

Esta puede ser una técnica muy exitosa con los peritos. Por ejemplo, si un perito declara que llegó a la conclusión Y por medio de la prueba X, es probable que el contrainterrogador no tenga éxito si se concentra en atacar la esencia del testimonio: la idoneidad de la prueba X y su correcta aplicación al caso por el perito. Al fin y al cabo el perito -no el contrainterrogador- es el experto en el área de conocimiento implicada.

Puede ser más provechoso averiguar si existen otra clase de pruebas, distintas de X, utilizables en esa área del conocimiento para llegar a la conclusión Y. Así las cosas, el contrainterrogatorio puede adoptar el siguiente formato, donde lo ideal es lograr una sucesión de 10 o más respuestas negativas[668]:

P.- Para obtener Y se podría realizar también la prueba A, ¿no es así?

P.- Y la prueba A ¿es tan confiable como la prueba X?

P.- La prueba B también es, a juicio de la comunidad científica, una prueba igualmente válida y confiable para obtener Y, ¿no es verdad?

P.- Y, ¿no sucede lo mismo con la prueba C?

666 Romero Soto y Romero Álvarez, op. cit., p. 1989, pp. 513.
667 Ibíd.
668 Se sigue en esto a Hegland, op. cit., p. 117.

P.- Ahora bien, desde el punto de vista científico, cuanto más pruebas uno realiza con el mismo resultado, más seguro está de su conclusión, ¿no es así? P.- Para llegar a la conclusión Y, ¿realizó la prueba A?

P.- …

La aplicación de estas enseñanzas a nuestra práctica forense puede ser muy provechosa. Por ejemplo, en un asunto de homicidio la víctima fue muerta con un trozo de madera que fue encontrado con manchas de sangre al lado del cadáver. Bajo interrogatorio directo el investigador declaró que recogió el elemento del suelo con las debidas seguridades, lo envió al laboratorio para muestras de sangre y logró determinar, mediante experimentos y comparaciones con las heridas presentes en el cadáver, que el homicidio se cometió con ese instrumento.

En este caso el contrainterrogatorio adoptó el siguiente formato para destacar la omisión de actos específicos en orden a poner de presente la falta de conocimiento del testigo. Estas omisiones apoyan la teoría del caso de quien contrainterroga: que la deficiente investigación no permitió identificar al verdadero responsable:

P.- Usted ha identificado este trozo de madera como el mismo que fue recogido en la escena del crimen, cierto?

C.- Si.

P.- Y ha dicho también que por sus investigaciones como experto concluye que el homicidio fue cometido con este trozo de madera, es así?

C.- Es así.

P.- Eso significaría que quien atacó a la victima tuvo este trozo de madera en sus manos, correcto?

C.- Si.

P.- Hace un momento usted dijo al señor Fiscal que utilizó guantes para recoger este elemento de madera en la escena del delito, es eso cierto?

C.- Si, utilicé guantes.

P.- Porque lo hizo?

C.- Para evitar contaminar el elemento o que el me contaminara, ya que presentaba manchas de sangre.

P.- ¿Para evitar impregnarlo con sus huellas al tomarlo en sus manos?

C.- Si, entre otras cosas.

P.- Significa eso que si alguien tomara este objeto de madera en sus manos podría dejar sus huellas plasmadas en él?

C.- Si.

P.- Bien.Verificó usted en la escena del crimen si este elemento de madera tenía huellas humanas en su superficie?

C.- No, no.

P.- Pudo haberlo hecho?

C.- Esa no era mi función en la escena.

P.- Pero su función era recogerlo del piso, correcto?

C.- Si.

P.- El madero fue enviado al laboratorio para tomarle muestras y análisis de sangre, cierto?

C.- Si.

P.- Ya que usted recogió el madero, le sugirió usted al Fiscal o a otro funcionario presente en la escena que enviaran este madero a laboratorio de dactiloscopia para revisar si tenía huellas humanas?

C.- No lo pensé en ese momento.

P.- Pudo haberlo sugerido?

R.- De poder hacerlo, si, pero no lo pensé.

P.- No le pareció importante en ese momento?

C.- No.

P.- Le parece importante ahora?

C.- Ahora que usted lo dice, si.

P.- En el momento en que usted recogió el madero del piso, pudo descartar que el mismo tuviera en su superficie huellas humanas?

C.- No, no lo descarté, no era mi función.

P.- Como experto, no es un hecho que si la huella de una persona se haya en éste madero, eso probaría que esa persona tuvo este madero en sus manos?

C.- Si.

P.- Y como investigador, eso le parece un hecho importante para la investigación del homicidio que se cometió con este trozo de madera?

C.- …

De esta manera, denunciando los defectos y omisiones especiales del testigo, se resta fuerza a la declaración adversa producida durante el interrogatorio.

2.2. La técnica de la desviación del eje del examen directo.

Romero Soto y Romero Álvarez denominan a esta técnica *poner de presente la inmaterialidad, lo irreal de la declaración del testigo de la contraparte*.[669] Esta técnica no pretende mostrar lo "inverosímil" de la declaración, como pudiera pensarse; si ese fuera el caso se buscaría desacreditar el testimonio, lo que conduce al tercer objetivo del contrainterrogatorio.

En realidad lo que se pretende con este enfoque es mostrar *la inmaterialidad* de la declaración adversa en el sentido de que el juzgador perciba que la misma no es *material* o *relevante* para decidir lo que está en disputa.

Esta técnica presenta un enfoque selectivo durante el contrainterrogatorio, para que el juzgador perciba un cambio de plan-

669 Romero Soto y Romero Álvarez, op. cit., 1989, p. 516.

teamiento en el testimonio escuchado durante el examen directo. El método, correctamente ejecutado, logrará desplazar el eje o centro de gravedad de la declaración adversa rendida en el examen directo hacia un planteamiento que favorece la teoría del caso de quien contrainterroga.

De esta manera se limita el impacto negativo del examen directo al reconducir o focalizar su efecto hacia un planteo diferente al sugerido en el interrogatorio, aprovechando exactamente los mismos hechos básicos sobre los que el testigo ha declarado.

En esta técnica se conceden ciertas evidencias o posiciones adversas presentes en la declaración del testigo, pero se las yuxtapone a un nuevo eje argumental o punto de referencia para evitar el daño frontal. Este método reconoce la fuerza de la declaración adversa pero opta, en vez de confrontarla, por desplazar su punto de apoyo a un área que no afecta la teoría del caso de quien contrainterroga.

Es una interesante aplicación, a la técnica del contrainterrogatorio, de antiquísimas artes marciales que aprovechaban la fuerza del enemigo para usarla en su contra, sin enfrentarlo directamente.

Al respecto Goldberg enseña acertadamente:

> Con mucha frecuencia, todo lo que se puede hacer en el curso de las repreguntas es modificar el eje o el efecto del interrogatorio directo. El abogado a menudo, debilitará lo que se obtuvo antes, pero rara vez lo destruirá. Si uno trata de obtener mejores resultados, probablemente desaprovechará la oportunidad de atenuar el testimonio. La piedra de toque para atenuar el testimonio, modificar el énfasis y debilitar el efecto, es comprender que la vida es gris, mientras que la mayoría de los testimonios aparecen en blanco y negro.[670]

Un ejemplo permite ilustrar el uso de esta técnica: el acusado fue detenido por la policía en momentos en que conducía un carro que había sido hurtado a su propietario algunas horas an-

670 S. Goldberg, op. cit., p. 202.

tes. La teoría del caso de la defensa es la ausencia de dolo de parte del acusado, pues fue contratado por un tercero para llevar el carro de un lugar a otro sin saber que se trataba de un bien hurtado. En este caso el contrainterrogatorio del Agente de Policía puede adoptar el siguiente formato:

P.- Usted le solicitó al sindicado que detuviera el vehículo?

C.- Si.

P.- Acató él esa orden?

C.- Si.

P.- Se opuso él de algún modo a la requisa o a la inmovilización del vehículo?

C.- No.

P.- En algún momento, le insinuó él algo contrario a la Ley?

C.- No.

P.- Notó usted si él venía acompañado o escoltado por otros vehículos o motocicletas?

C.- No que me haya dado cuenta.

P.- Usted le pidió los papeles del vehículo. Negó él tenerlos consigo?

C.- No lo negó.

P.- De hecho el le exhibió los documentos del vehículo cuando usted se los pidió, correcto?

C.- Si.

P.- Usted ha señalado que el estado anímico del conductor del vehículo era normal, correcto?

P.- O sea que el no parecía presa de un especial nerviosismo al momento de la requisa?

C.- No, no lo parecía.

P.- El solo dio una versión sobre la tenencia del vehículo, cierto?

C.- Si.

P.- El le dijo a usted -y cito su informe- "me contrataron para llevar éste vehículo", eso es lo que él dijo?

C.- Si.

P.- Pudo usted verificar que esa versión sobre la justificación de la tenencia del vehículo fuera falsa?

C.- No, yo solo lo detuve.

P.- En su informe se lee que por la central le confirmaron a usted, por radio, que el vehículo había sido robado horas antes, es eso cierto?

C.- Si.

P.- Y en ese momento usted se enteró de que el vehículo era hurtado, es así?

C.- Si.

P.- Y por eso procedió a capturar al sindicado, correcto?

P.- Antes de conocer esa información, supo usted que ese vehículo era robado?

C.- No.

P.- Entonces, sería exacto decir que antes de que le informaran que ese vehículo había sido hurtado usted solo tenía como hecho cierto un vehículo inmovilizado conducido por una persona que decía se lo habían entregado para llevarlo a otro sitio, correcto?

C.- Si.

P.- Escuchó usted que el detenido dijera en algún momento que él sabía que el vehículo era robado?

C.- El solamente dijo que lo contrataron para manejarlo.

P.- …

No se discute o ataca en momento alguno la percepción y la actuación del testigo con relación a la incautación del vehículo hurtado en manos del acusado. Mas bien, recogiendo esos

hechos indiscutidos, se desplaza el planteamiento hacia la cuestión que disputa la defensa: *el conocimiento del acusado sobre el carácter hurtado del vehículo*. De esta forma se ha limitado el impacto directo que produjo el examen directo al desplazar el eje de la declaración a un hecho anterior y distinto al de la detención del vehículo y su conductor.

3. Tercer objetivo: Destruir o desacreditar

Para Hegland, los otros dos modos de atacar el testimonio perjudicial son:

2. Desacreditar el testimonio *desacreditando al testigo* (escasa inteligencia, está confundido, es un mentiroso, etcétera)

3. Desacreditar el testimonio *desacreditando el relato* (contradicción interna o contradicción con los hechos externos).[671]

Se ha dicho con razón que "las dos áreas comunes de consideración básica en el proceso de las repreguntas son "lo que" dijo el testigo y "quien" es el testigo".[672] En el mismo sentido, Bergman explica que los propósitos confrontativos del contrainterrogatorio son dos: atacar la credibilidad personal del testigo y atacar la credibilidad de partes de la historia del testigo.[673]

Cuando se desacredita a un testigo el argumento implícito es este: *la historia es tan grave como parece, pero no debemos creerla porque el testigo miente o está equivocado*. En cambio, cuando se desacredita el testimonio el argumento implicado es de este estilo: entonces, *la historia está equivocada, y no puedo imaginar porque el testigo se equivoca o miente, pero nadie creería semejante relato*.[674]

671 Hegland, op. cit., p. 113.
672 Goldberg, op. cit., p. 203.
673 Bergman, op. cit., p. 133.
674 Véase Hegland, op. cit., p. 116.

En estos casos se trata de demostrar el error y/o de atacar al perjuro. Por eso se ha dicho que "el objetivo en relación con el testigo errado se busca atacando la declaración del testigo en sí misma. El objetivo en relación a la mentira del testigo perjuro se busca atacando tanto su declaración como la persona de éste en sí misma".[675]

Este objetivo viene acompañado en muchos casos del anteriormente expuesto. En efecto, puede ser útil y eficaz complementar el objetivo de la limitación del impacto del examen directo con el objetivo del ataque directo al testigo o al testimonio, pues como expone Hegland:

> Si tiene éxito, este método de la repregunta convierte las montañas en hormigueros. Limita pero no destruye el testimonio desfavorable. Pero, ¿qué sucede si el hormiguero puede destruirnos? En ese caso, conviene atacar directamente al testigo o al testimonio.[676]

Conviene tener presente la diferencia de enfoque que significa *atacar al testigo*, de un lado, y *atacar su testimonio*, del otro. Ya Framarino Dei Malatesta enseñaba que los testigos tergiversan la verdad o bien porque *se engañan*, o porque *quieren engañar*. Cada uno de esos enfoques implica una técnica de confrontación completamente diferente, pues en el primer caso se está ante un testigo que incurre en una inexactitud de buena fe, de donde se parte de la honestidad del testigo; en el otro caso se está ante el testigo perjuro, que quiere engañar a la justicia.

La doctrina es unánime en sostener que nunca se debe tratar a un testigo honestamente equivocado como si se tratara de un perjuro:

> Con la finalidad propiamente de poner de presente el error de un testimonio, es importante que quien [contrainterroga] no intente ir demasiado lejos. Es innecesario y no aconsejable intentar descartar o desacreditar un testimonio, desacreditando al testigo. Para atacar un testigo que posiblemente ha cometi-

675 Romero Soto y Romero Álvarez, op. cit., 1989, p. 466.
676 Hegland, op. cit., p. 117.

> do un error de buena fe, como si fuera un perjuro, ello lo que hace es dar más relieve a su declaración o al motivo de su planteamiento. Esta es una batalla la cual quien [contrainterroga] puede estar al límite de perder desde que el presunto testigo errado insista en sus afirmaciones. Con el fin de persuadir al jurado que un error puede ser cometido así sea honestamente, quien [contrainterroga] habrá de admitir la honestidad del testigo. Su personal creencia en la honestidad del testigo de la contraparte se verá entonces reflejada en sus maneras de [contrainterrogar] y la forma de alegar en relación al jurado.[677]

En el mismo sentido Altavilla, al referirse a la *veracidad* y la *sinceridad*, enseña que "son dos términos que no se equivalen entre sí, ya que uno puede ser sincero, pero no verídico; esto nos lleva a distinguir entre falsedad y error del testigo".[678]

Esta clara diferenciación ha sido sostenida desde sus inicios por la doctrina angloamericana del contrainterrogatorio. Amos C. Miller, citado por Wigmore, escribió a principios del siglo XX:

> Obviamente es de la mayor importancia estar en capacidad de determinar si un testigo está falseando intencionalmente o si está honestamente equivocado. Claro que hay grados entre un error honrado y una mentira voluntaria. Como medir correctamente los elementos de esta honestidad en la declaración de un testigo es en gran parte una cuestión de experiencia que cada hombre esta obligado a adquirir por si mismo. Pero hay unas sugerencias que pueden ser de ayuda. Un testigo que está testificando falsamente intentará, como regla, evadir, durante el contrainterrogatorio, preguntas sobre materias colaterales; esto, claro, en orden a evitar el peligro de ser atrapado. Frecuentemente él le pedirá al contrainterrogador que repita las preguntas llanas y simples en orden a darse una oportunidad para pensar una respuesta consistente. A menudo cuidadosa y lentamente él repetirá una pregunta durante el contrainterro-

677 Romero Soto y Romero Álvarez, op. cit., 1989, p. 521, paréntesis fuera del texto original. Se suprime la expresión "interrogatorio", empleada en el texto, por cuanto en realidad alude al *contrainterrogatorio*.
678 Altavilla, Enrico, *Sicología Judicial*, Temis, Bogotá, 1975, Vol. II, p. 791.

> gatorio con el propósito de darse tiempo para pensar; o contestará no responsivamente en orden a dirigir al contrainterrogador fuera de una pista. Yo también he observado que el testigo que está jurando una mentira bien definida, mientras lo hace así, tira su cabeza hacia atrás con un aire indiferente y cierra sus ojos o parpadea. Mi experiencia me ha enseñado a creer que esta es una casi cierta señal de deshonestidad deliberada.[679]

Francis L. Wellman criticaba duramente a los abogados que ven un testigo perjuro en todo aquel que declara contra su caso[680], y aclaraba que hay que diferenciar entre *desacreditar el testimonio* y *desacreditar al testigo*, pues ambas situaciones originan aproximaciones distintas en el contrainterrogatorio:

> Los métodos a ser usados en el contrainterrogatorio en las dos alternativas son naturalmente diferentes. Hay una marcada diferencia entre desacreditar el testimonio y desacreditar al testigo.[681]

La carga de la prueba de al menos *la causa o el motivo del error honesto* del testigo –distinto de la prueba del error en cuanto tal- corresponde a quien lo alega. De ahí que el contrainterrogatorio de este tipo de testigos contiene una fuerte exigencia probatoria que el litigante no debería obviar: *el ataque al testimonio del testigo honestamente equivocado le implica al contrainterrogador probar las razones que deben llevar al juzgador a no creer la declaración*. Por eso se dice que el contrainterrogador "por su cuestionamiento debe **demostrar la razón para el error**, debe hacer surgir la duda en donde nada previamente existió y debe por tanto demostrar la realidad del error humano".[682] Esto, por supuesto, supone un contrainterro-

679 Miller, Amos C., *Examination of Witnesses*, Illinois Law Review, 1907, Vol. II, p. 257, traducción propia. Citado por J. Wigmore, op. cit., p. 497, traducción propia.
680 Wellman, Francis L. *The Art of Cross-examination*, Fourth Edition, Revised and Enlarged, Dorset Press, New York, 1986, p. 10: "*… lawyers who act as if they thought that every one who testifies against their side of the case is committing willful perjury*".
681 Ibíd, p. 9, traducción propia, texto original: "The methods to be used in his cross-examination in the two alternatives would naturally be quite different. There is a marked distinction between discrediting the testimony and discrediting the witness".
682 Romero Soto y Romero Álvarez, op. cit., 1989, p. 522, s.n..

gatorio ética y jurídicamente formulado, con preguntas bien dirigidas en el marco dialéctico de la contradicción[683].

Esto es muy importante en nuestro medio, donde los litigantes suelen *especular* en los alegatos de conclusión, o al tachar al testigo, con relación a las deficiencias de los testimonios o los motivos de sospecha, aun cuando nada hicieron durante el contrainterrogatorio para *probar* las bases de su conclusión. El momento procesal adecuado para acreditar esas bases es el contrainterrogatorio. La práctica forense de la *especulación probatoria* debe ser definitivamente desplazada por una práctica forense de la *demostración y la refutación*. En punto a la práctica de la prueba testimonial se deben asumir cargas probatorias en directa proporción a las alegaciones finales.

En lo que respecta al testigo perjuro, su desenmascaramiento es quizá la tarea más difícil del abogado litigante. Con razón Wellman afirmaba que "nada en el juicio es tan difícil como exponer el perjurio de un testigo cuyo inteligencia le ayuda esconder su falta de escrúpulo".[684]

Una vez mas la carga de la *prueba del motivo o razón de la mentira* del testigo adverso –como mínimo- recae en quien alega esa situación, debiendo desarrollar el tema durante el contrainterrogatorio. Por ejemplo, si se sostiene que el testigo miente en razón a los vínculos afectivos que lo unen a la parte a cuyo favor declara, deberá, mediante las repreguntas, relacionar esos vínculos afectivos con la materia de la declaración, de forma que el juzgador pueda articular entre ambos asuntos una clara conexión para valorar el testimonio en el sentido sugerido. Lo contrario implicaría tarifar la prueba testimonial, bastando, en el ejemplo acabado de proponer, con acreditar formalmente el vínculo afectivo para, a renglón seguido, especular con profusa y abstracta argumentación que el testigo miente por la sola existencia del vínculo.

683 Si así no fuese se pervertirían las garantías procesales brindando "la oportunidad de burlar la acción de las autoridades por efecto de **un mal interrogatorio** a un testigo" (Rodríguez, Orlando Alfonso, *El Testimonio Penal y sus Errores*, Temis, Bogotá, 1985, p. 132, s.n.), pues "una pregunta **mal dirigida** puede hacer nacer una duda que antes no existía" (Romero Soto, Julio, *Sicología Judicial y Siquiatría Forense*, Editorial Presencia, Bogotá, 1.973, p. 43, s.n.)
684 Wellman, Francis L, op. cit., p. 53, traducción propia.

De ahí que la doctrina aconseje sabiamente:

> Piense larga e intensamente, en la preparación del juicio, acerca de las razones por las cuales un testigo adverso está equivocado o miente. Si usted aporta datos confirmatorios, durante la repregunta consiga que el testigo los reconozca o, si eso parece improbable, interróguelo sobre esos datos y después utilice el resultado en su alegato. ... Usted afronta una batalla cuesta arriba al atacar la sustancia del testimonio de un testigo. No es poca cosa que el testigo ascienda al estrado, jure y mire a los ojos de los jurados. Pero incluso si el testimonio es inverosímil algunos jurados pueden creerlo, **a menos que usted pueda convencerlos de la razón por la cual el testigo está equivocado o miente**.[685] (s.n.)

Antes de emprender el ataque a un testigo sugiriendo que miente deliberadamente, el contrainterrogador deberá asegurarse de que no está ante un caso de simple inexactitud, pues "la inexactitud no puede ser siempre equiparada con el perjurio".[686]

El grave daño que le causan a la justicia los testigos perjuros solo puede ser eficazmente neutralizado mediante un eficiente contrainterrogatorio. Al respecto se ha escrito:

> Desde que técnicas específicas para un exitoso ataque al testigo perjuros son establecidas por doquier o implantadas al efecto, ello es suficiente para declarar aquí que la habilidad de quien [contrainterroga] para exponer o mostrar un testigo perjuro es la mejor de todas las posibles salvaguardias en la búsqueda de la verdad en el proceso. En el curso del proceso, el preparado, entrenado como premeditado perjuro se encontrará desplazado por la inteligencia, destreza y perseverancia de quien lo [contrainterroga].[687]

A continuación se presentan los aspectos más importantes a tener en cuenta por quien decide adelantar la compleja tarea de atacar a un testigo como perjuro[688]:

685 Hegland, op. cit., pp. 118 y 119.
686 Romero Soto y Romero Álvarez, op. cit., 1989, p. 523.
687 Ibíd., 1989, página 524, paréntesis fuera del texto original. Se suprime la expresión "interrogatorio", empleada en el texto, por cuanto en realidad alude al *contrainterrogatorio*.
688 Se sigue en ésto a Romero Soto y Romero Álvarez, op. cit., 1989, p. 523.

1. Antes que nada, el contrainterrogador debe tener la certeza subjetiva de que, en efecto, se enfrenta a un testigo que declara falsamente. En caso de duda debe asumir que se trata de un error honesto por parte del testigo, a menos que en el curso del contrainterrogatorio se evidencie lo contrario.

2. Se debe juzgar desde un principio cual es el verdadero alcance del falso testimonio. Puede suceder que toda la declaración sea falsa y que una parte sea verdadera. El ataque al testigo perjuro se debe reservar para aquellos casos en que la falsa declaración recaiga sobre *aspectos sustanciales* de la declaración que, evidentemente, afecten los hechos relevantes en disputa; si lo que se juzga perjuro recae sobre aspectos poco relevantes, se debe preferir la búsqueda de objetivos menos ambiciosos, como obtener testimonio favorable o limitar el efecto negativo del testimonio.

3. Se debe tener presente la conducta y personalidad del testigo y evitar exponer como perjuros -aun cuando se tenga la certeza de que lo son- a testigos que generan cierta simpatía con el juzgador por sus condiciones sociales o personales, como es en general el caso de los niños o los ancianos. Sólo debe atacarse al testigo cuando se tengan elementos suficientes para lograr efectivamente el cometido y exponerlo como perjuro. La razón de este consejo es simple: si se falla en el intento el contrainterrogador despertara antipatía en el juzgador, en desmedro de la persuasión.

En éste sentido Peter M. Brown recuerda:

> ¿Recuerda usted la advertencia, "NO GOLPEE A UN NIÑO EN LA CABEZA CON RABIA?" Nunca intimide una persona anciana, una mujer o un niño. Sea especialmente cuidadoso de tratar cortésmente a cualquiera que tenga poca educación, hable con dificultad o con un acento, o que tenga un comportamiento peculiar. Los jurados se identificarán con el testigo y se resentirán con usted, con la pena de la causa de su cliente y la suya.[689]

689 Peter Megargee Brown, *The Art of Questioning. Thirty Maxims of Cross-examination*, Macmillan, USA, 1987, p. 105, traducción propia.

4. Antes de emprender el ataque al testigo perjuro se debe sopesar muy bien el material de que dispone para ir al combate, de forma que pueda predecir la efectividad del procedimiento que se propone emprender. Quizá no se tengan las suficientes herramientas, en cuyo caso es mejor no plantear semejante reto a la honestidad del testigo, aun cuando se tenga la convicción de que miente deliberadamente. En esos casos quizá lo mejor sea no contrainterrogar. Recuérdese que si se fracasa en rebatir al testigo "la inferencia que se haría es la (sic) que el testigo es veraz y el abogado culpable de un ataque injustificado".[690]

El desarrollo completo de la exposición sobre la desacreditación del testigo y del testimonio, en cuanto objetivos del contrainterrogatorio, se completará cuando se aborde la técnica de impugnación (*impeachment*).[691]

690 Romero Soto y Romero Álvarez, op. cit., 1989, p. 523.
691 Véase el capítulo sobre *La Técnica de Impugnación.*

VIII
El Alcance del Contrainterrogatorio

*El abogado que realmente logre dominar el arte del contrainterrogatorio tiene garantizado un buen papel en la profesión del foro.**

Es este el momento de estudiar los problemas derivados del *alcance del contrainterrogatorio*, concretamente lo que tiene que ver con la regla -comúnmente admitida- según la cual el contrainterrogatorio solo debe recaer sobre la materia declarada por el testigo en el examen directo.

Al explicar los objetivos del contrainterrogatorio se indicaba que uno de ellos es *obtener concesiones del testigo adverso sobre materias que no estuvieron comprendidas en el examen directo*, lo cual equivale a elaborar un material nuevo en la repregunta que confirme la tesis de quien contrainterroga.[692]

Sin embargo, ese no es el único caso en que el contrainterrogador puede verse abocado a tratar durante el contrainterrogatorio temas o materias que no fueron abordados en el interrogatorio directo.

La cuestión que se analiza es la siguiente: durante el interrogatorio de A, si quien lo convocó a declarar interroga por los **temas X y Z**, ¿puede la contraparte abordar en el contrainterrogatorio los **temas C y D** que son también pertinentes al juicio?

* F. Lee Bailey.

692 Véase el capítulo sobre *Los Objetivos del Contrainterrogatorio* Num. 1.1.3. *Obtener concesiones del testigo adverso sobre materias que no estuvieron comprendidas en el examen directo.*

Por ejemplo, si en un asunto penal el testigo de cargo declara sobre la presencia del acusado en determinado sitio, lo cual lo compromete en los hechos, ¿podría la defensa contrainterrogar a ese testigo acerca de sus relaciones con la víctima aun cuando ello no fue siquiera mencionado en el interrogatorio directo?

Si se responde negativamente a esta pregunta el contrainterrogatorio será impertinente, pudiendo ser objetado sobre la base de que *excede el alcance del interrogatorio directo*. En cambio, si la respuesta es afirmativa el contrainterrogador podrá explorar válidamente esos temas aun cuando no hayan sido tratados durante el interrogatorio directo, sin que haya lugar a objeciones por la parte contraria o el juzgador.

En nuestro sistema jurídico, los procedimientos distintos al consagrado en la ley que desarrolla el sistema acusatorio[693] no se refieren expresamente a este tema. En las regulaciones aplicables[694] no existe una norma que señale expresamente cual es el ámbito o alcance permitido al contrainterrogatorio con respecto a los temas tratados durante el interrogatorio; en la práctica forense colombiana la exigencia básica al respecto tradicionalmente es, y ha sido, que las preguntas sean *pertinentes* y *conducentes* para establecer los hechos objeto de investigación o juzgamiento.[695]

Cabe destacar que un reconocido doctrinante se ocupó del tema en nuestro medio, inclinándose por la regla que limita el alcance del contrainterrogatorio a los temas abarcados durante el interrogatorio. En efecto, Antonio Rocha señaló hace ya medio siglo en su obra clásica *De la Prueba en Derecho*:

> El juez tiene una facultad muy preciosa en frente de un contra-interrogatorio y es saber si la contra-interrogación llena el re-

693 Ley 906 de 2.004.
694 Fundamentalmente: Código de Procedimiento Civil y Ley 600 de 2.000 (Código de Procedimiento Penal).
695 Así artículo 276 de la Ley 600 de 2.000, numeral 2 inciso 4º: "El funcionario deberá requerir al testigo para que sus respuestas se limiten a los **hechos que tengan relación con el objeto de la investigación**", de donde se sigue que las preguntas que originan las respuestas también deben guardar "relación con el objeto de la investigación" o ser *pertinentes* y *conducentes*. Por su parte, el artículo 208 del Código de Procedimiento Civil, modificado por la ley 794 de enero 8 de 2003, señala que "Si el interrogado se negare a contestar o diere respuestas evasivas o **inconducentes**, el juez lo amonestará para que responda o para que lo haga explícitamente con prevención sobre los efectos de su renuencia."

quisito de ser conducente al mismo punto y en general al juicio; **porque suele suceder que el medio de repreguntar sea ocasión para hacer preguntas sobre hechos que oportunamente no se hicieron.** Si a mi me preguntan sobre las condiciones en que presencié la hechura de un documento o la manera como una obligación se contrajo, o como se produjo un hecho ilícito que causa una indemnización, **no se me puede preguntar ni repreguntar sobre un hecho extraño, que no tenga relación con aquello que se quiere averiguar por medio del interrogatorio.** El juez tiene la facultad de limitar la contra-pregunta en orden a la conducencia del mismo hecho **y no permitir que el derecho a contra-preguntar sea un motivo o pretexto para obtener pruebas que no se pidieron en su oportunidad o por la vía legal.**[696] (s.n.)

La determinación precisa de cual es el *alcance del contrainterrogatorio* suele ser de mucha importancia para todos lo intervinientes en el proceso judicial. Por una parte, el contrainterrogador debe saber que temas o materias puede abordar legítimamente durante el contrainterrogatorio; de otro lado, a la contraparte le interesa saber cual es la regla aplicable al respecto, para saber cuando puede objetar preguntas que excedan el alcance del interrogatorio directo. Y por último, en cuanto al juzgador, su principal tarea en esta materia será decidir *que es* lo que está incluido dentro del alcance del contrainterrogatorio.

Antes de hacer explícita la posición que se sostiene sobre el tema, véase brevemente como ha sido abordado el mismo por el sistema jurídico angloamericano.

Usualmente los manuales y obras angloamericanas sobre prueba (*evidence*) dedican un capítulo a tratar el tema del alcance del contrainterrogatorio (*scope of cross-Examination*). La jurisprudencia angloamericana tradicionalmente ha presentado dos soluciones a este asunto[697]:

696 A. Rocha, *De la Prueba en Derecho*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1949, p. 139.
697 Se sigue lo expuesto por Louis S. Schwartz, *Proof, Persuasion and Cross-Examination*, Executive Reports Corporation, Englewood Cliffs, New Jersey, Sixth Printing, 1.978, Vol. II, pp. 1612-1613.

De un lado, la denominada Regla Inglesa u Ortodoxa (*English or Orthodox Rule*), según la cual se permite extender el contrainterrogatorio a todo aspecto del caso, sin consideración a si fue o no mencionado durante el interrogatorio directo. Con esta regla se busca economizar tiempo a la Corte, permitiéndole al testigo declarar todo lo que sabe y es relevante al caso durante la única oportunidad en que comparece a testificar.

De otro lado la "Regla Americana" (*American Rule*) establece que un testigo no puede ser contrainterrogado sobre cualquier hecho o circunstancia no conectado con la materia tratada en el interrogatorio, excepto lo relacionado con su credibilidad. La razón de ser de esta regla es permitirle a la parte que presenta el testigo proceder según una determinada secuencia, ofreciendo la prueba sin que la otra parte pueda interrumpir aludiendo a hechos distintos de aquellos que motivaron el desarrollo del examen directo.

Antes de la expedición de las Reglas Federales de Evidencia para las Cortes de los Estados Unidos y los Magistrados[698], cuya Regla 611 (b) dispone que "*El contrainterrogatorio debe limitarse a los temas del examen directo*", los distintos Estados de la Unión en sus respectivas jurisdicciones regulaban el tema de distinta forma[699]:

En general la mayoría de las jurisdicciones de los Estados Unidos limitaban el contrainterrogatorio a la materia abarcada durante el interrogatorio; otras jurisdicciones, en cambio, permitían el contrainterrogatorio a toda materia relevante que se encontrara dentro del conocimiento del testigo, con una observación: si se trataba de materias no comprendidas en el examen directo se debían respetar las reglas del interrogatorio directo, fundamentalmente la prohibición de preguntas sugestivas.

Véase ahora cúal es el tratamiento que recibe esta problemática en el sistema acusatorio implantado por la Ley 906 de 2.004.

698 Tal y como fueron enmendadas en agosto 1 de 1.979. El texto de las reglas, en lo pertinente, en http://www.law.cornell.edu/rules/fre/rules.htm#Rule614

699 Se sigue en esto a E. G. Brownlee, *Objections to Evidence. Trial Judge's Guide*, National college of the state judiciary, Montana (USA), 1974, pp. 44-45.

Con la implementación del sistema acusatorio el legislador regulo el *alcance del contrainterrogatorio* en el inciso segundo del artículo 391 de la citada Ley, que señala lo siguiente:

> Artículo 391. *Interrogatorio cruzado del testigo*. Todo declarante, luego de las formalidades indicadas en el artículo anterior, en primer término será interrogado por la parte que hubiere ofrecido su testimonio como prueba. Este interrogatorio, denominado directo, se limitará a los aspectos principales de la controversia, se referirá a los hechos objeto del juicio o relativos a la credibilidad de otro declarante. No se podrán formular preguntas sugestivas ni se insinuará el sentido de las respuestas.
>
> En segundo lugar, si lo desea, la parte distinta a quien solicitó el testimonio, podrá formular preguntas al declarante en forma de contrainterrogatorio **que se limitará a los temas abordados en el interrogatorio directo**.
>
> Quien hubiere intervenido en el interrogatorio directo podrá agotar un turno de preguntas dirigidas a la aclaración de los puntos debatidos en el contrainterrogatorio, el cual se denomina redirecto. En estos eventos deberán seguirse las mismas reglas del directo.
>
> Finalmente, el declarante podrá ser nuevamente preguntado por la otra parte, si considera necesario hacer claridad sobre las respuestas dadas en el redirecto y sujeto a las pautas del contrainterrogatorio. (s.n.)

Un sector de la doctrina nacional entiende que en nuestro sistema acusatorio existe un **estricto** o **estrecho límite** al contrainterrogatorio, derivado del *contenido y la forma de la pregunta*:

> El contenido de la pregunta que formula quien contrainterroga debe ser consecuente con el fin propuesto, y para ello **no deberá ir más allá de las propias afirmaciones del declarante, vale decir, que versará sobre lo ya expuesto directamente por el testigo**. Lo anterior significa que **en el contenido de la pregunta va explícito un hecho o circunstancia aceptado**

> **ya por quien responde la misma**, de lo contrario estaríamos tergiversando el contrainterrogatorio, derivándolo en un interrogatorio directo.[700] (s.n.)

Según esta **interpretación estricta** del alcance del contrainterrogatorio –estrechamente limitado a los temas tratados en el interrogatorio-, "el contenido de la pregunta, por regla general, **será entonces limitado por afirmaciones ya registradas del testigo**"[701], con lo cual se entiende que "el ámbito de movilidad del interrogador aquí estará limitado a **los temas tratados** por lo que fue el interrogatorio".[702]

Según esto, en un contrainterrogatorio sólo podrán formularse preguntas sobre los temas abordados en el interrogatorio, y nada más.

Sin embargo, cabe preguntarse: ¿están estrictamente circunscritos los "temas tratados" en el contrainterrogatorio solo a las afirmaciones ya registradas por el testigo, o a los hechos o circunstancias por él aceptados al ser directamente interrogado por quien lo convocó?

La jurisprudencia y la doctrina nacionales deberán revisar esta perspectiva estrecha, literal o estricta del alcance del contrainterrogatorio y sustituirla por un espectro más amplio.

En efecto, de la redacción del artículo 391 de la Ley 906 de 2.004 parece concluirse que nuestro sistema acusatorio de justicia penal acogió la denominada *Regla Americana*, conforme a la cual el alcance del contrainterrogatorio se encuentra reducido a los temas tratados durante el interrogatorio directo.

Según ello, durante el contrainterrogatorio el directo examinador puede objetar las preguntas que formule el contrainterrogador sobre temas no abordados en el interrogatorio directo.

700 C. A. Reyes Medina, C. C. Solanilla Chavarro y C. R. Solorzano Garavito, *Sistemas Procesales y Oralidad Procesal (Teoría y Práctica)*, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2003, p. 167, resaltado propio.
701 Ibíd., p. 168, s.n..
702 Ibíd., p. 178; v. p. 158, s.n..

La solución teórica parece muy simple, pero los problemas prácticos son múltiples y variados. En primer lugar se hará referencia a las excepciones a esta regla derivadas de la credibilidad y a sus implicaciones en cuanto al alcance del contrainterrogatorio. Posteriormente se indicarán las dificultades que surgen en la práctica al definir cual es "la materia tratada en el interrogatorio directo", para finalmente establecer cuales son las posibilidades con que cuenta el contrainterrogador al abordar temas que de ninguna manera fueron tratados durante el interrogatorio directo.

La primera excepción a la regla que prohíbe contrainterrogar sobre temas que no fueron abordados en el interrogatorio directo está constituida por aquellos temas que involucren la *credibilidad* del testigo.

Aun cuando del tenor literal del artículo 391 de la Ley 906 de 2.004, aisladamente considerado, pareciera desprenderse que durante el contrainterrogatorio no pueden de ninguna manera abarcarse "temas" que no fueron "abordados en el interrogatorio directo", lo cierto del caso es que *las repreguntas nunca deben limitarse cuando se cuestiona la credibilidad del testigo, aun cuando el respectivo tema no fuese tratado en modo alguno durante el interrogatorio*.

De forma aislada, en nuestra doctrina, Romero Soto y Romero Álvarez sustentan con suficiencia esta conclusión:

> Excepto para estas materias que el juez de la audiencia ha excluido específicamente, cualquier materia que pueda afectar la credibilidad del testigo es materia de investigación en el [contrainterrogatorio] en la mayoría de las jurisdicciones. La credibilidad puede ser definida como la seguridad o algo semejante que por el testigo se está declarando la verdad. Cuando quiera que un testigo declara, sin cuidarse que es o cual es la naturaleza de su directo testimonio, pone su credibilidad en discusión. Como el testigo por el hecho de rendir su testimonio pide al jurado que se le crea, quien lleva a cabo su [contrainterrogatorio] tiene un derecho absoluto para retarlo en esa área. En consecuencia, el [contrainterrogatorio], diligencia a la cual le está asignada la función de poner en tela de juicio la

credibilidad, no está limitado al material cubierto en el interrogatorio; queda por su propio mérito, separado y apartado de la materia o del objeto de la materia del testimonio directo.

La razón de esta regla es clara. El jurado tiene derecho a conocer cualquier factor que directamente lo lleve a la veracidad del testigo cuyos testimonios son solicitados ante el juez. Cualquier cosa relevante de ese planteamiento o lo ponga de presente de la inclinación del testigo de no ser sincero (sic), o sea menos que verás es, en consecuencia, materia propia de interrogatorio y contrainterrogatorio. Quien lleva a cabo el [contrainterrogatorio] tiene el derecho de preguntar al testigo lo concerniente a su integridad, imparcialidad y capacidad.

(…)

Como quiera que los ataques a la credibilidad son generalmente independientes de lo que es propiamente materia de su testimonio, las preguntas de quien lleva a cabo el [contrainterrogatorio] resultan apropiadas a pesar de que el hecho a que ellas se refieren está más allá de la finalidad del examen directo. Si se hiciere una objeción a esta línea o tónica de inquirir, quien [contrainterroga] necesita solamente indicar que está interrogando sobre la credibilidad. [703]

La doctrina probatoria norteamericana enseña, igualmente, que "cuando la pregunta está dirigida a la credibilidad o competencia del testigo para declarar no es necesario que esa materia haya hecho parte del interrogatorio directo".[704]

En el mismo sentido Louis S. Schwartz puntualiza:

En adición a las materias testificadas en el interrogatorio directo, el contrainterrogatorio es una cuestión de derecho con respecto a materias que llevan a la credibilidad del testigo. El testigo puede ser interrogado sobre cualquier pregunta que razo-

703 Romero Soto, Julio y Romero Álvarez, Rocío, *Técnica Jurídica de Investigación e Interrogatorio*, Librería del Profesional, 3ª edición actualizada, Bogotá, 2003, pp. 529-530. La expresión entre paréntesis es propia y sustituye la expresión "interrogatorio", utilizada en ese sentido en el texto original.
704 E. G. Brownlee, op. cit., p. 43, traducción propia.

nablemente tienda a explicar, contradecir o desacreditar su testimonio.[705]

De hecho, la Regla 611 (b) de las Reglas Federales de Evidencia para las Cortes de los Estados Unidos y los Magistrados *(Federal Rules of Evidence*), ubicada dentro del Artículo VI dedicado a los "Testigos", dispone:

Regla 611. Modo y orden del interrogatorio y presentación.

(...)

(b) Alcance del contrainterrogatorio.

El contrainterrogatorio debe limitarse a los temas del examen directo **y a materias que afectan la credibilidad del testigo**. La Corte puede, en ejercicio de su discreción, permitir que se indague al testigo sobre materias adicionales como si se tratara del examen directo.[706] (s.n.)

Esta conclusión, unánimemente aceptada por la doctrina y la jurisprudencia en el sistema angloamericano, en el cual se inspiró la Ley 906 de 2.004, es fácilmente conciliable con el texto de la misma Ley en donde se señala que el contrainterrogatorio "**se limitará a los temas abordados en el interrogatorio directo**".[707]

En efecto, el legislador ha señalado que el propósito o finalidad esencial del contrainterrogatorio es "refutar, en todo o en parte, lo que el testigo ha contestado".[708] De hecho el contrainterrogatorio es el principal medio por el cual se prueban la credibilidad del testigo y la verdad de su testimonio.[709]

Es por eso, por ejemplo, que "para contrainterrogar se puede utilizar cualquier declaración que hubiese hecho el testigo sobre

705 L. S. Schwartz, op. cit., p. 1612, traducción propia: "cross-examination is a matter of right with respect to matters bearing upon the credibility of the witness".
706 Traducción propia. Texto original:
"Rule 611. Mode and Order of Interrogation and Presentation.
(b) Scope of cross-examination.
Cross-examination should be limited to the subject matter of the direct examination and matters affecting the credibility of the witness. The court may, in the exercise of discretion, permit inquiry into additional matters as if on direct examination".
707 Artículo 391 inciso segundo de la Ley 906 de 2.004, s.n.
708 Artículo 393.a, Ley 906 de 2.004.
709 Corte Suprema de los Estados Unidos, *Davis v Alaska*, 415 U.S. 308 (1974): "*Cross-examination is the principal means by which the believability of a witness and the truth of his testimony are tested*".

los hechos en entrevista, en declaración jurada durante la investigación o en la propia audiencia del juicio oral".[710]

Nótese como la norma acabada de citar no exige que las declaraciones utilizables durante el contrainterrogatorio hayan debido ser abordadas en el interrogatorio directo.

Mas aun, el artículo 403 de la ley 906 de 2.004 se refiere a la impugnación de la credibilidad del testigo que, como ya se vio, es una de las finalidades del contrainterrogatorio:

> Artículo 403. *Impugnación de la credibilidad del testigo.* La impugnación tiene como única finalidad **cuestionar ante el juez la credibilidad del testimonio**, con relación a los siguientes aspectos:
>
> 1. Naturaleza inverosímil o increíble del testimonio.
>
> 2. Capacidad del testigo para percibir, recordar o comunicar cualquier asunto sobre la declaración.
>
> 3. Existencia de cualquier tipo de prejuicio, interés u otro motivo de parcialidad por parte del testigo.
>
> 4. Manifestaciones anteriores del testigo, incluidas aquellas hechas a terceros, o en entrevistas, exposiciones, declaraciones juradas o interrogatorios en audiencias ante el juez de control de garantías.
>
> 5. Carácter o patrón de conducta del testigo en cuanto a la mendacidad.
>
> 6. Contradicciones en el contenido de la declaración. (s.n.)

Se concluye que la prohibición, aplicable a las repreguntas, de limitarse "a los temas abordados en el interrogatorio directo", llega hasta donde comienza la permisión sobre los aspectos en que se autoriza "cuestionar ante el juez la credibilidad del testimonio".[711] Se trata de normas que se complementan mutuamente bajo una interpretación sistemática de la Ley.

710 Artículo 393.b, Ley 906 de 2.004.
711 Artículo 403 en concordancia con el artículo 393 de la Ley 906 de 2.004.

Quiere ello significar, tal y como lo entiende la doctrina angloamericana del contrainterrogatorio, que *cuando se pretende cuestionar la credibilidad del testigo* no existen límites en razón de la materia tratada durante el examen directo.

A idéntica conclusión se llega si se observan los antecedentes normativos inmediatos que inspiraron nuestro sistema acusatorio. Como es suficientemente conocido, buena parte la normatividad vigente se inspiró en la regulación estatutaria o legal del sistema acusatorio vigente en Puerto Rico, que a su vez está inspirada en el derecho norteamericano.

Es así como la Regla 43.(F) de las Reglas de Evidencia de Puerto Rico[712], ubicada dentro del Capítulo VI,"Testigos", dispone:

> Regla 43. Orden y modo de interrogatorio de testigos y presentación de la evidencia.
>
> (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. (s.n.)

De todo lo expuesto se concluye que en nuestro medio es lícito para el contrainterrogador formular repreguntas sobre la credibilidad sin tener en cuenta que el tema tratado haya sido abordado en el examen directo.

Tradicionalmente la doctrina ha entendido que los siguientes temas o áreas de indagación tocan directamente con la credibilidad de un testigo[713]:

- Los Actos inmorales o condenas anteriores
- Todo motivos de sospecha subjetiva: interés en el resultado del proceso, relación de afecto o enemistad con una de las partes, etc

712 Reglas de evidencia para el tribunal general de justicia, adoptadas por el Tribunal Supremo de Puerto Rico el 9 de febrero de 1979, remitidas a la Asamblea el 15 de febrero de 1979, según fueron enmendadas y se encuentran en vigor desde 1 de octubre de 1979. El texto de las reglas en http://www.lexjuris.com/lexlex/lexevide.htm

713 Se sigue a. Romero Soto y Romero Álvarez , op. cit., p. 530.

- Las infundadas declaraciones anteriores
- La falta de capacidad o conocimiento sobre lo que es materia de discusión

No hay duda de que el interés del testigo, sus prejuicios o motivos, así como la exactitud de su memoria, entre otros, son materias relacionadas con la *credibilidad*, las que, en cuanto tales, están siempre permitidas dentro de un contrainterrogatorio.[714]

El siguiente ejemplo, tomado de un caso en materia penal, supone que el testigo de cargo es interrogado exclusivamente en el examen directo acerca del hecho del carácter violento y agresivo del acusado para establecer un patrón de comportamiento que explicaría las lesiones personales dolosas enjuiciadas. En contrainterrogatorio se presenta este intercambio con el testigo de cargo:

> Preguntado por la Defensa: Que relación tiene usted con la familia de la víctima?
>
> **Fiscal**. **Objeción**: Objeto la pregunta señor Juez porque excede el tema exclusivamente tratado durante el interrogatorio directo: el carácter violento del acusado.
>
> **Defensa**: Señor Juez, pretendo explorar la credibilidad de este testigo.
>
> **Juez**: Deniego la objeción. El testigo puede contestar.

La pregunta es válida porque se orienta a establecer la credibilidad del testigo explorando su relación con una de las partes, lo cual puede ser un área fértil de trabajo para fundar un motivo de sospecha en orden a cuestionar el testimonio.

En conclusión, una vez establecido que el contrainterrogatorio puede comprender todo tema tendiente a establecer la credibilidad del testigo, deberá determinarse *cuando una pregunta tiene que ver con el tema de la credibilidad del testigo* para, en consecuencia, deducir si queda o no comprendida dentro del alcance del contrainterrogatorio.

714 Así, Corte Suprema de los Estados Unidos, *United States v. Allegretti*, 381 U.S. 911 (1964), entre otras.

Dejando de lado el tema de la credibilidad del testigo, la determinación de lo que se encuentra comprendido dentro del interrogatorio directo puede ser un asunto complejo y de difícil definición en los casos concretos.

A continuación se analizarán los problemas implicados en la determinación de *los temas tratados* en el interrogatorio directo.

Como orientación general, se debe aplicar por los intervinientes en el juicio un **criterio amplio** para propiciar un contrainterrogatorio de ancha factura. Hay consenso en la doctrina angloamericana en cuanto a que debe desecharse un **enfoque estricto o literal** para determinar cuales son los temas abordados en el interrogatorio directo. Louis S. Schwartz sostiene al respecto:

> La regla del alcance del contrainterrogatorio no es absoluta y su aplicación es ampliamente entregada a la discreción del juez. La regla que limita el contrainterrogatorio a los puntos sobre los cuales declaró el testigo en el interrogatorio directo no tiene el alcance de restringir el contrainterrogatorio del testigo a los específicos detalles (*specific details*) abordados durante el examen directo, sino que **permite una indagación completa dentro de la materia tratada.**[715] (s.n.)

Es por eso que en la práctica forense norteamericana "la mayoría de los jueces sienten que cualquier contrainterrogatorio es apropiado si es pertinente a la materia del examen directo **o a cualquier inferencia que aparezca debido a ese testimonio**".[716]

E. G. Brownlee plantea un aleccionador ejemplo acerca de cómo puede abarcarse durante el contrainterrogatorio *una inferencia sugerida en el interrogatorio*:

Una persona es acusada de conducir bajo los efectos del alcohol. El testimonio obtenido en el examen directo subrayó solamente el hecho de que el acusado estaba en el bar "X" con el testigo en la noche en que se produjo la captura. Durante el contrainterrogatorio se pregunta:

715 L. S. Schwartz, op. cit., p. 1613, traducción propia.
716 E. G. Brownlee, op. cit., p. 43, traducción propia, resaltado no original.

P: Señor testigo, no es un hecho que usted y el acusado estuvieron también en el Bar "Y" en la noche en cuestión?

OBJECIÓN: Objeto, señor Juez, porque la pregunta va más allá del alcance del interrogatorio directo.

JUEZ: Denegada.

La objeción fue apropiadamente negada sobre la base de que el interrogatorio directo *sugiere la inferencia* de que el acusado y el testigo solamente consumieron licor en el bar "X". Como esta inferencia fue "tema abordado" durante el examen directo la misma puede ser controvertida durante el contrainterrogatorio, sugiriendo *otra inferencia*, como la estadía en múltiples bares.[717]

Por eso, se comparte la opinión de Romero Soto y Romero Álvarez en el sentido de que "el exacto lenguaje empleado en el testimonio directo no marca los límites del [contrainterrogatorio]"[718]. E ilustran adecuadamente el punto con un ejemplo que aquí se retoma con algunas adaptaciones:

Se trata del caso de un acusado de hurto calificado por la violencia, en el cual la víctima es vigilante de seguridad privada de un almacén de cadena. El acusado declaró en el interrogatorio directo que había entrado al almacén pacíficamente y que, de un momento a otro, el vigilante de manera violenta lo atacó, a lo cual se vio obligado a defenderse lesionándolo. El contrainterrogatorio del Fiscal al acusado se desarrolla así:

P: Usted dice haber ingresado al almacén a las 10:00 a.m.?

C: Si señor.

P: Usted entró solo?

C: Si.

P: Usted no había tenido disgusto alguno con otro individuo antes de entrar?

C: No señor.

717 Ibíd., p. 43.
718 Romero Soto y Romero Álvarez, op. cit., p. 528. La expresión entre paréntesis es propia y sustituye la expresión "interrogatorio", utilizada en ese sentido en el texto original.

P: Y usted no tenía la intención de reñir con alguien cuando entró al almacén, o si?

C: No.

P: Se considera usted una persona que respeta las leyes?

C: Si señor.

P: Es cierto, o no, que cuando usted hizo el ingreso al almacén a las 10:00 a.m. llevaba en sus manos dos manoplas?

Abogado defensor: Señor Juez, objeto la pregunta. No hay una palabra en el interrogatorio directo ni en las declaraciones de los testigos que se refieran a unas manoplas.

Fiscal: Señor Juez, la defensa en el interrogatorio directo aludió a que el acusado ingresó al almacén de manera pacífica, estoy explorando esa materia.

Juez: Se deniega la objeción, puede continuar.

P: Repito la pregunta: cuando usted ingreso al almacén, ¿llevaba en sus manos dos manoplas?

C: Si señor, las llevaba conmigo.

Como acertadamente comentan los autores en cita, el punto central no es que el acusado hubiese omitido mencionar la palabra "manoplas" en el interrogatorio directo, pues el **exacto lenguaje** empleado en el testimonio directo no marca los límites del contrainterrogatorio. Es el **tema** del *pacífico ingreso al almacén*, abordado en el examen directo, lo que dio nacimiento o hizo surgir la importancia a la línea de averiguación en el contrainterrogatorio.[719]

En este sentido, repárese en que el artículo 391 de la Ley 906 de 2.004 alude a los "temas" tratados en el examen directo, no a las "respuestas" del testigo, al "lenguaje" o a las "palabras" utilizadas por éste. El análisis sistemático, histórico y finalista de la legislación vigente permite concluir que nuestro sistema prohíja una

719 Ibíd.

concepción amplia y no **restrictiva** del alcance del contrainterrogatorio.

Ahora bien: en concreto, cuando se discute que las preguntas del contrainterrogatorio exceden el alcance del interrogatorio directo, y se objeta con esa base por la parte que interrogó, el juez deberá adoptar alguna de las siguientes determinaciones[720]:

- Puede admitir las objeciones a las preguntas
- Puede permitir estas preguntas sobre la base de que inciden en la credibilidad del testigo
- Puede finalmente, permitir estas preguntas "pese al hecho de que ellas sobrepasan el material abarcado o comprendido en el examen directo y/o incidan sobre la credibilidad del testigo, en el propio ejercicio de su discreción"[721]

De otro lado, el contrainterrogador, para no exceder el alcance del interrogatorio directo, puede optar por alguna de las siguientes soluciones a fin de que le sea permitido formular la repregunta y, de esa forma, ejecutar una *ampliación táctica del contrainterrogatorio*[722]:

- Puede intentar ligar o relacionar su pregunta con el asunto que es materia del interrogatorio directo. Para esto, quien contrainterroga deberá argumentar presentando la materia abordada en el interrogatorio de la manera más amplia posible, a fin de que su repregunta quede comprendida dentro del alcance de éste. Retomando el ejemplo presentado al dar inicio a este capítulo, el contrainterrogador deberá demostrar al juez, sumariamente, que los temas C y D, por él tratados, están comprendidos en los temas X y Z, abordados en el interrogatorio.
- Puede intentar ligar su pregunta a la credibilidad del testigo adverso, materia en la cual no existe el límite de lo declarado en el examen directo. En el mismo ejemplo propuesto, el

720 Se sigue a Romero Soto y Romero Álvarez, op. cit., p. 528.
721 Ibíd..
722 Sobre esto, Romero Soto y Romero Álvarez, op. cit., p. 533.

> contrainterrogador deberá demostrar al juez, sumariamente, que los temas C y D apuntan a explorar la credibilidad del testigo.

Finalmente, aún cuando las preguntas de un contrainterrogatorio excedan los temas tratados durante el interrogatorio directo, es posible para el contrainterrogador aportar dicha evidencia al juicio, es decir, puede formular esas preguntas que tocan 'temas nuevos' no abordados en el examen directo.

En efecto, T. Mauet, al estudiar la obtención de testimonio favorable durante el contrainterrogatorio, expresa:

> Algunas veces es una ventaja determinar si el testigo puede corroborar aspectos de su caso, **incluso si esos aspectos no fueron directamente cubiertos durante el interrogatorio directo**.[723] (s.n.)

La forma de preguntar a un testigo por temas que no fueron abordados durante el interrogatorio directo consiste en proponer ese testigo, de la contraparte, también como testigo del caso del contrainterrogador, obviamente sobre la base de que aportará una información relevante al juicio. De esta forma el testigo resultará convocado por ambas partes.

Así, si el juez no permite que se formulen preguntas por cuanto exceden el alcance de los temas tratados en el examen directo, el testigo, propuesto también por la contraparte, podrá ser examinado sobre esos temas relevantes al juicio *en un interrogatorio directo formulado por la contraparte* a la que no se le permitió abordar esos temas durante el contrainterrogatorio. Este evento implica tener en cuenta las reglas procesales aplicables al caso en cuanto a la oportunidad para solicitar y aportar pruebas.

Obviamente en este evento el testigo no podrá ser examinado 'en la forma de contrainterrogatorio' sobre los temas 'nuevos' a tratar, lo que significa que no se le podrán formular preguntas

723 T. A. Mauet, *Fundamentals of Trial Techniques*, Little Brown and Company, Boston – Toronto, 1980, p. 252, traducción propia: *"even if those aspects were not directly covered during the direct examination"*.

sugestivas, a menos que se acredite la *hostilidad del testigo* en el curso del interrogatorio a cargo de la contraparte.[724]

Sobre este tema Goldberg expone:

> No todas las preguntas tienen el carácter de confrontación. Algunos testigos convocados por la parte contraria se mostrarán amistosos con nuestro cliente. Otros, aunque no sean especialmente cordiales, pueden tener información útil para nuestro caso. Muchos abogados principiantes están tan concentrados en las repreguntas por vía de contradicción que se olvidan presentar su propia argumentación a través de las repreguntas cuando se les ofrece la oportunidad. **Incluso si el asunto no está cubierto en el examen directo, el abogado puede preguntar al respecto en las repreguntas. Si el tribunal se muestra riguroso con respecto al alcance de la regla directa, el abogado deberá proponer el interrogatorio del testigo en el cuestionamiento directo, según lo permite la Regla Federal de Prueba 611, en relación con el limitado material que el testigo puede aportar al caso.** Las repreguntas donde el testigo tiene algo importante que ofrecer a nuestro caso es por lo menos tan común como las repreguntas por vía de contradicción.[725] (s.n.)

Y en el mismo sentido Hegland anota:

> Puede haber una objeción técnica que impida la inclusión de información nueva en la repregunta, en tanto puede "sobrepasar el contenido del interrogatorio directo" y, en ciertas jurisdicciones, eso es tabú. **Generalmente, no se trata de un problema muy grave porque usted puede citar al testigo como parte de su alegato.** El único inconveniente es que, como el testigo ahora nos pertenece en el interrogatorio directo, usted no puede formular preguntas orientadoras*, excepto si el testi-

724 Algunos supuestos de hostilidad son la reiterada y aparentemente injustificada capacidad para recordar los hechos, la negativa (total o parcial) a responder el interrogatorio o la actitud franca y decididamente evasiva al contestar las preguntas.
725 S. H. Goldberg, *Mi Primer Juicio Oral: ¿Dónde me siento y que diré?*, Heliasta, Buenos Aires, 1994, p. 209, resaltado fuera del texto original.
* Nota fuera del texto original: las *preguntas orientadoras* equivalen a las *preguntas sugestivas.*

go se muestra hostil y uno obtiene la autorización del tribunal para tratarlo de ese modo.[726] (s.n.)

La razón de ser de las distintas reglas relativas a las preguntas sugestivas es simple:

Pueden formularse preguntas sugestivas en el contrainterrogatorio sobre los temas abordados en el interrogatorio directo porque el testigo ya se pronunció libre y espontáneamente y sin sugestión alguna al respecto, de donde ya **esos temas** pueden ser sometidos a prueba en cuanto a veracidad y precisión mediante preguntas sugestivas por la contraparte en el contrainterrogatorio:"desde el otro lado" de la historia en debate.

No pueden formularse preguntas sugestivas por el adversario -ni aun en ejercicio del contrainterrogatorio- sobre **temas nuevos** no abordados en el interrogatorio directo, por cuanto el testigo aún no ha declarado libre, espontáneamente y sin sugestión al respecto, por lo que debe ser preguntado *como si se tratara de un interrogatorio directo*.

Para terminar, en cuanto a la situación especial del 'testigo hostil' ya aludida, ésta se presenta cuando una parte se ve obligada a llamar a declarar a un testigo que se identifica con los intereses que representa la contraparte, en cuyo caso el primer interrogatorio lo formula la parte adversa. Si el testigo hace evidente su hostilidad al momento de rendir el interrogatorio directo, la parte adversa puede obtener autorización del juzgador para interrogarlo *en la forma de contrainterrogatorio*, esto es, mediante preguntas sugestivas.

Si la autorización es concedida por el juez, ante la evidencia de hostilidad que dificulta el desarrollo del examen del testigo, en ese evento el interrogatorio directo no está cobijado por la regla que prohíbe las preguntas sugestivas. La razón es la misma que fundamenta las preguntas sugestivas en el contrainterrogatorio: la hostilidad o adversidad del testigo neutraliza la fuerza de la

726 K. F. Hegland, *Manual de Prácticas y Técnicas Procesales*, Heliasta, Buenos Aires, 1995, p. 114, resaltado fuera del texto original.

sugestión y permite el desarrollo del examen, estancado por causa de la hostilidad del testigo.

De todo lo expuesto se concluye lo siguiente en cuanto al alcance del contrainterrogatorio:

Por regla general el contrainterrogatorio debe limitarse a los temas tratados abordados durante el interrogatorio.

La anterior regla encuentra excepción en cuanto a la credibilidad del testigo, pues por regla general el contrainterrogatorio puede abordar cualquier tema cuando se orienta a cuestionar ésta.

La determinación por el juez de cuales fueron los temas abordados durante el interrogatorio se soporta en un *criterio amplio,* en el que no es determinante el exacto lenguaje empleado por el testigo.

Si a quien contrainterroga no se le permite preguntar por ciertos temas por no haber sido abordados en el interrogatorio, puede optar por convocar a declarar al testigo adverso como soporte de su caso, evento en el cual debe examinarlo bajo las pautas del interrogatorio, a menos que en el curso del examen se demuestre la hostilidad del testigo y el juez autorice interrogarlo *en la forma de contrainterrogatorio*.

Estas conclusiones son aplicables a toda diligencia de testimonio donde se haga uso del contrainterrogatorio.

IX
Las Áreas del Contrainterrogatorio

En este capítulo se expondrán algunas de las materias o áreas que pueden ser exploradas en el curso de un contrainterrogatorio.

La primera regla a tener en cuenta es que no se debe pretender abarcar demasiado material. Tal y como sugiere Bergman, "no presuma que puede repreguntar a un testigo en relación con todos los temas, salvo que uno tenga que enfrentarse con Atila el Huno".[727]

Buena parte del efecto que produce el contrainterrogatorio en la mente del juzgador puede perderse si se abordan temas que no son esenciales. Por eso, el límite de las áreas a cubrir en un contrainterrogatorio surge a partir de las proposiciones fácticas de la **teoría del caso** de quien repregunta.[728]

Las áreas que puede abarcar un contrainterrogatorio coinciden con los temas o criterios que nuestra cultura jurídica tradicionalmente denomina *criterios para apreciar el testimonio* o *reglas de la sana crítica*.

Se trata de dos caras de la misma moneda: las áreas que pueden ser abordadas durante el contrainterrogatorio representan el

727 Bergman, Paul, *La Defensa en Juicio. La defensa penal y la oralidad*. Abeledo Perrot, Segunda Edición, 1995, p. 145.
728 "nuestras proposiciones fácticas deben controlar el alcance de las repreguntas" (Ibíd.). Conviene recordar que una *proposición fáctica* es una afirmación de hecho (juicio fáctico) que satisface un determinado elemento jurídico, o dicho de otro modo, un elemento jurídico reformulado en un lenguaje corriente que se refiere a una experiencia concreta del caso sobre la que el testigo puede declarar.

enfoque **práctico** de los criterios **teóricos** para valorar el testimonio. En otras palabras, los criterios para apreciar el testimonio se materializan mediante la formulación de preguntas en el curso del contrainterrogatorio.

De esta forma se pretende que el juzgador aprecie el testimonio en cierto sentido, para lo cual se interroga o contrainterroga al testigo *aplicando determinado criterio de valoración,* a fin de producir la prueba que posteriormente sugiera al juzgador la adopción de ese criterio apreciativo en el caso concreto.

Esta idea se puede ilustrar señalando que el testimonio puede pensarse desde dos perspectivas: de un lado la *estática del testimonio,* correspondiente al estudio *abstracto* o *puramente teórico* de los criterios para apreciar el testimonio; esta perspectiva ilustra el momento de la *valoración* del testimonio con independencia de su *práctica,* que ocurre con anterioridad.

Por otro lado, la *dinámica del testimonio* corresponde a la *aplicación* de los criterios para la apreciación del testimonio mediante la formulación de las preguntas que los desarrollan. Esta perspectiva ilustra el momento de la *práctica* del testimonio mediante interrogatorio y contrainterrogatorio.

A consecuencia del procedimiento judicial mixto consagrado en los distintos ordenamientos procesales vigentes en nuestro medio, la práctica forense tradicionalmente ha estudiado el testimonio desde la perspectiva *estática*.

Es así como, en cuanto al testimonio, nuestro operador jurídico se encuentra bien preparado para *valorarlo* una vez producido, aplicando los criterios abstractos de la sana crítica; pero no sucede lo mismo cuando se trata de *practicarlo* mediante la técnica del interrogatorio y el contrainterrogatorio.

El operador jurídico debe abordar el testimonio desde la perspectiva *dinámica* para comprender el sentido de lo que significan las *áreas* que pueden ser objeto de un contrainterrogatorio.

Los criterios abstractos para apreciar el testimonio se materializan mediante preguntas, para que, en un mismo momento, el juzgador valore el testimonio a medida que el testigo absuelve el interrogatorio y el contrainterrogatorio.

Éste esquema implica una ruptura radical con la mentalidad judicial y forense imperante en nuestro medio hace mas de cien años. La adopción de un ejercicio forense que involucre **simultáneamente** la *práctica* y la *valoración* del testimonio es uno de los obstáculos y retos más importantes para aprender a interrogar y a contrainterrogar.

La sensación que embargará al operador jurídico al asumir el testimonio en un esquema que fusiona *valoración* y *práctica* de la prueba será la de que se queda 'corto de tiempo' para abordar el interrogatorio o el contrainterrogatorio. Ello es consecuencia del anclaje mental en un sistema que, al separar ambas perspectivas, "relaja" al operador jurídico en la práctica del testimonio, por cuanto asume mentalmente que "más adelante" podrá valorar con detenimiento el producido de preguntas y respuestas.

Pero cuando el testimonio se aborda desde una perspectiva *dinámica* ocurre que las *áreas del contrainterrogatorio* coinciden en la práctica con los *criterios para apreciar el testimonio*.

El enfoque acabado de exponer permite sugerir una lectura distinta de nuestras obras tradicionales sobre prueba testimonial, de manera que se piensen los criterios para **valorar** el testimonio en función de su simultánea aplicación mediante preguntas que los desarrollan cuando se **practica** el mismo. Esto debería ocurrir naturalmente en la práctica judicial, pero desafortunadamente no es así.

Todo esto ayuda a demostrar que las técnicas del interrogatorio y del contrainterrogatorio no son simplemente un asunto de forma o recetario para aprender a formular algunas preguntas. Los tradicionales '*criterios para apreciar el testimonio*' son simples especulaciones gaseosas hasta tanto se materializan en *hechos* por los que el testigo puede ser interrogado o contrainterrogado.

Para exponer cuales son las áreas del contrainterrogatorio se han tenido tienen en cuenta dos fuentes de conocimiento.

a) De un lado los *criterios para apreciar el testimonio* tradicionalmente vigentes en nuestro sistema jurídico.

Los 'criterios para apreciar el testimonio' descritos en la Ley 600 de 2.000[729] pueden concretarse en éstos aspectos:

— Los principios de la sana crítica.

— Lo relativo a la naturaleza del objeto percibido.

— El estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción.

— Las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió.

— La personalidad del declarante.

— La forma como hubiere declarado.

— Las singularidades que puedan observarse en el testimonio.

Por su parte, el artículo 404 de la Ley 906 de 2.004[730] consagra los siguientes 'criterios' que deberá tener en cuenta el juez "para apreciar el testimonio":

— Los principios técnico-científicos sobre la percepción y la memoria

— Lo relativo a la naturaleza del objeto percibido

— El estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción

— Las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió

— Los procesos de rememoración

729 "Artículo 277. Criterios para la apreciación del testimonio. Para apreciar el testimonio, el funcionario tendrá en cuenta los principios de la sana crítica y, especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, a la personalidad del declarante, a la forma como hubiere declarado y las singularidades que puedan observarse en el testimonio".

730 "Artículo 404. *Apreciación del testimonio.* Para apreciar el testimonio, el juez tendrá en cuenta los principios técnico-científicos sobre la percepción y la memoria y, especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad."

— El comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio

— La forma de sus respuestas y su personalidad.

En cuanto a la prueba pericial se refiere, el artículo 257 de la Ley 600 de 2000[731] consagra los siguientes 'criterios para la apreciación del dictamen pericial':

— La idoneidad del perito

— La fundamentación técnico-científica que sustenta el dictamen

— El aseguramiento de calidad aplicado al sistema de cadena de custodia registrado

— Los demás elementos probatorios que obren en el proceso

Y el artículo 420 de la Ley 906 de 2.004[732] señala los siguientes 'criterios para la apreciación de la prueba pericial':

— La idoneidad técnico científica y moral del perito

— La claridad y exactitud de sus respuestas

— Su comportamiento al responder

— El grado de aceptación de los principios científicos, técnicos o artísticos en que se apoya el perito

— Los instrumentos utilizados

— La consistencia del conjunto de respuestas

b) De otro lado, se tiene en cuenta la novedosa perspectiva expuesta por Louis E. Schwartz en su obra *Prueba, Persuasión y*

731 "Artículo 257. Al apreciar el dictamen se tendrá en cuenta la idoneidad del perito, la fundamentación técnico-científica que sustenta el dictamen, el aseguramiento de calidad aplicado el sistema de cadena de custodia registrado y los demás elementos probatorios que obren en el proceso".
732 "Artículo 420. *Apreciación de la prueba pericial.* Para apreciar la prueba pericial, en el juicio oral y público, se tendrá en cuenta la idoneidad técnico científica y moral del perito, la claridad y exactitud de sus respuestas, su comportamiento al responder, el grado de aceptación de los principios científicos, técnicos o artísticos en que se apoya el perito, los instrumentos utilizados y la consistencia del conjunto de respuestas".

Contrainterrogatorio, donde sostiene que todo testimonio puede ser reducido a los confines de **seis categorías básicas**, que son los canales a través de los cuales la evidencia deviene disponible para el testigo[733]. Utilizando una interesante analogía el autor en cita señala que de la misma forma en que el músico puede componer melodías elaboradas a partir de solo siete notas musicales, el abogado litigante puede también construir "cientos de fibras de testimonio" a partir de solo seis aspectos fundamentales.

Esta es una escala testimonial (*Testimonial Scale*) que, como la escala musical, puede cubrir todo posible tipo de testimonio en todo tipo de casos. Dice el autor en cita que con el dominio de esta "escala del testimonio", bien sea durante el examen directo o el contrainterrogatorio, el abogado litigante puede "crear o demoler cualquier acción legal o defensa".

Las seis categorías que componen la *escala testimonial* propuesta por L. Schwartz son las siguientes:

— El conocimiento o saber del testigo.

— El recuerdo del testigo

— La percepción del testigo (vista, oído, tacto, olfato y gusto)

— La acción del testigo (por palabras o conducta)

— El estado mental del testigo (sentimientos, emociones, credibilidad)

— Las operaciones mentales del testigo (opiniones, conclusiones)

Cada una de estas categorias puede dar lugar al respectivo enfoque o área de contrainterrogatorio a explorar.

La combinación de las dos fuentes de conocimiento expuestas permite concluir en las siguientes *áreas* que pueden ser abordadas en un contrainterrogatorio según las circunstancias del caso

733 Schwartz, Louis E., *Proff, Persuasion and Cross – Examination. A Winning New Approach In The Courtroom*, Executive Reports corporation, Englewwod Cliffs, New Jersey, 1978, Vols. I, pp. 103-109, Cap. I. *The Six Keys to Testimony*.

debatido[734]. Estos criterios deben ser analizados en el marco de la *perspectiva dinámica del testimonio*.

1. El testigo.

Cuando se cubre esta área de contrainterrogatorio se explora la *credibilidad* del testigo, en cuyo desarrollo se pueden abordar los siguientes aspectos:

1.1. En cuanto al testigo en sí mismo considerado.

Algunos de los enfoques que pueden ser eventualmente explorados en esta área de contrainterrogatorio son los siguientes:

1.1.1 La tendencia inherente a la posición social y personal del testigo.

Es usual encontrar una orientación tendenciosa en el testigo por causa de su experiencia cotidiana. Goldberg enseña que:

> El ataque de la tendencia inherente a la posición en la vida trata de echar los cimientos para demostrar a los jurados que el testigo puede verse en dificultades para reconocer la auténtica verdad.[735]

El influjo de la personalidad moral del testigo sobre la orientación de su testimonio hace que Altavilla considere de gran importancia

> … conocer la vida de un testigo no solamente para apreciarlo en su valor ético, sino porque a veces el conocimiento de un episodio que le ha ocurrido significa la posibilidad de explicarse la orientación optimista o pesimista de su declaración.

734 Esta clasificación debe entenderse en sentido enunciativo, no taxativo. Sólo se explicará la respectiva categoría cuando sea estrictamente necesario, pues muchas de ellas se comprenden con su sola enunciación.

735 Goldberg, Steven H., *Mi primer Juicio Oral. ¿Donde me siento y que diré?*, Heliasta, Buenos Aires, 1994, p. 205: "Por ejemplo, la descripción que ofrece un médico de la escena sangrienta del accidente será distinta de la de un jurado que presenció el hecho. La percepción de un anciano de setenta y cinco años en el sentido de que "el automóvil estaba acelerando por la calle frente a mi" puede ser completamente distinta de la percepción del mismo vehículo por un adolescente".

> Saber, por ejemplo, que fue victima de un accidente ferroviario y que no logró obtener ninguna indemnización, significa explicarse la rigurosa severidad en que se inspiran sus declaraciones respecto a un accidente.[736]

1.1.2. Los antecedentes penales del testigo.

Es un criterio particularmente útil en materia penal para construir el indicio de *capacidad moral para delinquir*, pero será relevante en todo tipo de proceso y ante cualquier testigo si los antecedentes se refieren a un delito que involucre la veracidad u honestidad del declarante.

1.1.3. La consciencia de culpabilidad demostrada por la realización de un viaje.

Este criterio es especialmente aplicable a los asuntos penales, en cuanto que materializa el clásico *indicio de fuga*.

1.1.4. Cualquier conducta ignominiosa o antecedente.

Como por ejemplo el uso de otros nombres, alias, negocios, ocupaciones de mala fama o inmoralidad sexual.

1.1.5. Evidenciar la existencia de declaraciones iniciales (escritas u orales) que contradigan lo declarado por el testigo.

En esto consiste la impugnación, tacha o recusación mediante enunciado (u omisión) previo inconsistente que será objeto de tratamiento en un capítulo independiente.[737]

1.1.6. Resaltar la contradicción entre la apariencia o lenguaje ordinarios del testigo y aquello que exhibe al declarar.[738]

736 Altavilla, *Psicología Judicial*, Temis, Bogotá, 1975, Vol. II, p. 818.
737 Véase el capítulo *La Técnica de Impugnación*, Num. 3.1. *La impugnación mediante declaración previa inconsistente del propio testigo.*
738 Goldberg, op. cit., p. 206-207: "Otro problema usual de la escena tiene que ver con el testigo que se presenta sobre el estrado para hacer algo muy distinto de lo que sus antecedentes sugieren. El ejemplo clásico es el acusado de posesión de marihuana, miembro de la cultura de las drogas, que aparece en la sala del tribunal con un traje "Brooks Brothers" de tres piezas y el cabello cortado a la altura de las orejas. No es probable que el abogado pueda ocuparse de él, porque no es más que un complemento del juicio, Pero si sube al estrado para atestiguar se nos ofrecerá una oportunidad extraordinaria (…) Un ejemplo más sutil del mismo fenómeno es el del trabajador que, al describir como instala una cañería de desagüe, lo hace en términos que parecerían pomposos incluso en labios de un profesor universitario. La mejor repregunta es la que fomenta esa pomposidad".

1.1.7. Recalcar las características del testigo que concitan la desaprobación del juzgador. [739]

1.1.8. Denunciar el ocultamiento deliberado de información relevante.[740]

1.1.9. Exponer el comportamiento al declarar.

Este criterio da lugar a una forma especial de impugnación por el *demeanor* o comportamiento del declarante al testificar.[741]

Puede también explorarse *la forma en que el testigo comunica* los hechos percibidos. A ello se refiere Mauet cuando sugiere abordar la habilidad del testigo para describir detalles y direcciones y para estimar distancias y tiempo, a fin de demostrar que el testigo no puede recrear con precisión una imagen de lo que en realidad pasó.[742]

1.2. En cuanto a la relación del testigo con las partes

En esta área se trata de revelar cualquier interés, inclinación o prejuicio que pueda motivar al testigo y/o viciar su testimonio.

Altavilla enseña que el *interés* resume todas las causas de mentiras conscientes del testigo, pero además señala las siguientes[743]: el temor[744], el afecto, la venganza[755], la corrupción, la ligereza, la pasión y la vanidad.

739 Ibíd., pp. 208 -209: "Muchos testigos son sencillamente desagradables. Por la razón que fuere, algunos testigos se muestran tan belicosos o inquietos, o propensos a transpirar y a retorcerse las manos o a exhibir otras características desagradables, que los jurados simplemente no simpatizan con ellos. Pero la parte contraria tal vez no tenga más remedio que llevar a ese testigo al estrado. Las repreguntas que uno formula al testigo tal vez no se orienten hacia determinada meta básica y en cambio pueden formularse sólo para permitir que los jurados se familiaricen con las características más desagradables del testigo. Por supuesto, si uno calculó mal la reacción de los jurados frente al testigo pierde."

740 Ibíd.., p. 207: "En algunos casos, las repreguntas pueden demostrar que la otra parte intenta ocultar algo. A los jurados les agrada conocer todos los hechos y la sugerencia de que una parte oculta algo no les sienta bien. La ventaja de incorporar un tema a las repreguntas no es la información misma, sino más bien la creencia de los jurados en el sentido de que la otra parte no deseaba hablar del asunto y puede estár ocultando otra cosa."

741 Véase el capítulo sobre *La Técnica de Impugnación*, Num. 3.5. *El comportamiento del testigo durante el contrainterrogatorio como criterio de impugnación.*

742 Mauet, Thomas A., *Fundamentals of Trial Techniques*, Little, Brown and Company, 1980, USA, p. 264.

743 Altavilla, Sicología Judicial, op. cit., Ibíd., p. 862-865.

744 En cuanto al *temor* se ha escrito que "hasta la preocupación de verse comprometido puede inspirar un falso testimonio o por lo menos una reticencia; lo mismo ocurre con el temor de hacerse sospechoso de haber sido partícipe en el delito o de que la presencia en un sitio haga sospechosa esa participación." (Ibíd., p. 863).

745 Altavilla enlista la *venganza* como una de las causas de mentiras conscientes del testigo, por lo que "razones de prudencia obligan a que se averigüe siempre cuales fueron las relaciones entre el testigo y las partes en juicio. Supóngase que el sindicado haya seducido, aunque haya

Para el tema que se expone constituye valiosa orientación el contenido del artículo 217 del Código de Procedimiento Civil sobre *testigos sospechosos*:

> Son sospechosas para declarar las personas que en concepto del juez, se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés con relación a las partes o a sus apoderados, antecedentes personales u otras causas.

Los campos más fértiles para este tipo de exploración suelen ser los siguientes:

1.2.1. El parentesco.

Esta es un área que debe ser explorada en el curso de las repreguntas, pero, como se trata de un tema usualmente sensible, debe ser manejada con mucho tacto por el contrainterrogador, so pena de suscitar resentimiento de parte del juzgador. Al respecto Goldberg enseña:

> Si bien uno puede salir bien librado después de formular la pregunta del tipo de "Usted no desea que su marido vaya a la cárcel, ¿verdad?, el tema es peligroso. La pregunta sugiere que la testigo está dispuesta a mentir para evitar que su esposo vaya a la cárcel. Es probable que el abogado reciba la siguiente respuesta:
>
> "No, pero prefiero que él vaya a la cárcel antes que mentir, después de haber jurado ante Dios que diría la verdad".
>
> Incluso más peligroso que la pregunta acerca del "amor al marido" o la que se refiere a su encarcelamiento es lo siguiente:
>
> P.- Si su marido va a la cárcel, no habrá quien trabaje para que usted y los niños coman, ¿verdad?
>
> Si usted formula esa pregunta, merece el resultado que tiene cuando la esposa se echa a llorar y reconoce que usted esta en

sido mucho tiempo antes, a la hija del testigo, que lo haya abofeteado en un lugar público, y se comprenderá que la declaración falsa puede provenir de un rencor que desde tiempo atrás esperaba su oportunidad." (Ibíd., p. 863-864)

lo cierto. Pero el problema acarreado por la pregunta no es esa respuesta. El problema es que el jurado lo odiará por haberla formulado. [746]

1.2.2. Los sentimientos

Los afectos y sentimientos pueden presentarse de dos formas básicas:

1.2.2.1. El afecto, la amistad o la cooperación.

Este tipo de relaciones entre el testigo y la parte pueden ser explorados en el contrainterrogatorio.

Altavilla enuncia el *afecto* como una de las causas de la mentira consciente del testigo, y añade que "muchas veces el afecto no tiene como fundamento el vínculo de la sangre, ya que hay amistades que inspiran afectos más persistentes que los que pueden inspirar los nexos de consanguinidad."[747]

Junto con el afecto se encuentra la amistad o cooperación con una de las partes involucradas. A este respecto Altavilla expresa que "es necesario conocer de manera precisa la posición procesal de un testigo y sus relaciones de interés, de amistad o de parentesco con las partes, para descubrir el posible provecho que trate de conseguir con una declaración mentirosa."[748] Tan peligrosa para la credibilidad del testigo es una actitud marcadamente favorable a una de las partes en el juicio que el autor en cita señalaba:"en mi práctica profesional le he temido siempre a una declaración de amistad para mi cliente, no solicitada, tanto como a una declaración de hostilidad".[749]

1.2.2.2. La enemistad u hostilidad

Altavilla enseña que "la profesión puede ser motivo de mendacidad por razones de solidaridad y de rivalidad"[750]; de ahí que sea "siempre prudente relacionar la profesión del testigo con la de las partes en el juicio".[751]

746 Goldberg, op. cit., p. 204.
747 Altavilla, *Sicología Judicial*, op. cit., Vol. II, p. 864.
748 Ibid, p. 796.
749 Ibíd., p. 867.
750 Ibíd., p. 851.
751 Ibíd., p. 852.

En este aspecto se pueden incluir los prejuicios o intereses derivados del lugar de origen, las asociaciones políticas y los sentimientos religiosos, entre otros.[752]

1.2.3. La convocatoria del testigo al proceso.

Puede ser relevante explorar el origen de la aparición del testigo en el proceso. En este sentido Altavilla señala que "para juzgar acerca de la sinceridad del testigo es muy importante saber quien lo presentó y en relación con que hecho."[753] Esta consideración se basa en el hecho cierto de que "las partes no presentan sino testigos de los cuales presumen que les son favorables"[754], pues "es raro que las partes presenten a un testigo sin estar seguras de lo que va a decir".[755]

El consejo general a tener en cuenta durante el contrainterrogatorio con respecto a esta área de indagación es el siguiente: "tiene mucha importancia para la apreciación de la veracidad de un testigo, no solo saber sus relaciones de amistad o de parentesco con las partes, sino saber también quien lo citó como testigo y por qué, saber si ha hablado con las partes y en que consistió la conversación".[756]

1.2.4. El interés pecuniario del testigo.

Se presenta usualmente con los expertos convocados y pagados por las partes. En estos casos se trata de explorar el pago o la promesa de pago de dinero, o de cualquier utilidad por el testimonio, así como las promesas de compensación por pérdida de tiempo, entre otras.

1.2.5. El testigo profesional

Altavilla señala que la *corrupción es* una de las causas de mentiras conscientes del testigo, y añade que "especialmente en los pueblos pequeños existe el oficio del falso testigo"[757], por eso "es

752 Ibíd., p. 852, 853 y 855.
753 Ibíd., p. 865.
754 Ibíd.
755 Ibíd., p. 866.
756 Ibíd.
757 Ibíd., p. 864.

sumamente útil saber si alguien fue testigo en otros procesos y cuál fue su actitud procesal. Naturalmente en esta forma es fácil descubrir al testigo profesional".[758]

1.2.6. Interés o prejuicio por razones del empleo.

1.2.7. La existencia de una acción judicial pendiente de decisión.[759]

1.2.8. La preparación del testimonio.

Se puede explorar la identidad o similitud de la declaración del testigo con otras declaraciones ofrecidas por la parte que convocó al testigo; también se puede indagar la existencia de reuniones del testigo con otros testigos, o con el abogado de la contraparte.

2. El testimonio.

Cuando se explora el testimonio pueden abordarse las siguientes áreas en el marco de cualquiera de los objetivos del contrainterrogatorio: obtención de testimonio favorable, limitación del impacto del testimonio y/o destrucción del testigo o del testimonio.[760]

2.1. La percepción.

La exploración de la percepción admite dos puntos de vista:

a) El contrainterrogatorio para destruir la **afirmación** de haber percibido algo.

b) El contrainterrogatorio para destruir la **negativa** de haber percibido algo.

En ambos casos se pueden seguir estos parámetros:

758 Ibíd., p. 870.
759 "Muchas veces la resolución de una controversia penal tiene gran influencia sobre una cuestión patrimonial. Supóngase el caso de un testigo que tenga que declarar en un proceso en que se impugna como falso un testamento que enriquece a su acreedor, y se comprenderá que tiene interés en declarar a favor del acusado." (Altavilla, op. cit., p. 863)
760 Véase el capítulo sobre *Los Objetivos del Contrainterrogatorio.*

2.1.1. Exponer las limitaciones a los poderes de percepción.

Cabe aclarar que cuando se pretende contrainterrogar la negativa de haber percibido algo se denuncia no la *existencia* sino la *ausencia* de estas limitaciones.

2.1.1.1. El estado de salud y facultades mentales (drogas, alcohol, intoxicación)

2.1.1.2. La edad, sexo e inteligencia.

2.1.1.3. Las fallas en los órganos de los sentidos.

2.1.1.4. El influjo de la profesión en los poderes de percepción.

En cuanto a este criterio se ha escrito que "en realidad, los órganos de los sentidos pueden sufrir debilitamientos y fortalecimientos según la diferente profesión de cada uno, y así un cazador es mas apto para ver a distancia que un minero, un pescador percibe mejor a la luz del sol que un tipógrafo, que trabaja en la penumbra de su imprenta".[761]

El influjo de la profesión en la percepción también tiene relevancia en cuanto a la familiaridad del suceso, la cual puede ocurrir por razón de anteriores percepciones derivadas del oficio. Altavilla enseña que "la profesión produce la repetición de percepciones especiales, lo que implica que un estímulo, externo con relación a ellas, entra con precisión y rapidez en nuestro dominio mental".[762] Esto ocurre debido a que "cuando una imagen entra en nuestro dominio mental, ella despierta recuerdos de otras imágenes anteriormente percibidas, lo que hace posible su reconocimiento y su localización. Y si con anterioridad se han percibido muchas imágenes idénticas o similares, este desarrollo tiene una precisión mucho mayor, y el proceso psicológico, aun en percepciones sumamente rápidas, puede llevarse a cabo sin errores".[763]

761 Altavilla, Sicología Judicial, op. cit., Vol. II, p. 847.
762 Ibíd., p. 843.
763 Ibíd., p. 844.

2.1.1.5. La utilización de uno solo de los órganos de los sentidos.[764]

2.1.1.6. El estado del interés o la atención.

No solo la falta de interés puede conducir a percepciones equivocadas. El exceso de concentración de la atención en un hecho específico puede ser una fuente de distorsión, cuando ese hecho hace parte de una sucesión de acontecimientos. Conviene recordar, con Altavilla, la existencia de una especial forma de *ilusión* que se puede producir frente a la sucesión de acontecimientos:

> La atención puede producir una especial forma de ilusión: la variación de la sucesión de los acontecimientos en relación con todo lo que efectivamente se ha verificado. El elemento que nos parece resaltar más es aquél sobre el cual dirigimos más intensamente nuestra atención, y tiende a aparecer como elemento anterior en el tiempo, porque el estímulo ejerce influjo más rápidamente sobre nuestra percepción, o bien porque un concepto de importancia se confunde con uno de anterioridad.
>
> En algunos delitos en que la sucesión de actos rapidísimos puede tener gran importancia, el hecho de modificarla puede originar consecuencias muy graves; por ejemplo, si a un puñetazo se ha respondido de manera fulminante con una puñalada, se comprende cuan grave sería que se declarara que la puñalada le precedió al puñetazo. ¿El agresor fue desarmado y herido con su arma? ¿O fue herido cuando estaba inerme? Establecer la sucesión de movimientos tendrá decisiva importancia.
>
> También en este caso el interés por uno u otro de los protagonistas puede tener valor decisivo.[765]

764 Este criterio debe tenerse en cuenta por cuanto, por ejemplo, "en materia de ruidos es también importante recordar, de acuerdo con LOCARD, el gran porcentaje de errores que se cometen al establecer la dirección de un vehículo que se ha oído, pero que no se ha visto." (Altavilla, op. cit., p. 833).
765 Ibíd., p. 829.

Nuevamente la profesión o la actividad ordinaria del testigo pueden jugar un decisivo papel en cuanto a la atención[766] y, en consecuencia, incidir en una deficiente percepción del suceso. Al respecto Altavilla anota:

> Con todo, permanece siempre, como una nota constante, la mayor exactitud con que se percibe y se recuerda un detalle que está en relación con la propia profesión. Y esto ocurre, ante todo, porque la atención está siempre vinculada a un interés particular, y como la profesión produce un especial interés por alguna cosa, la atención se inclina espontáneamente a discernirla y a analizarla. Si pasamos por una calle en donde trabajan zapateros, advertiremos inmediatamente que estos examinan con atención nuestro calzado; si paseamos con un pintor, veremos que un efecto de luz le interesa más que el elegante muestrario de una joyería.
>
> Esto puede ser también causa de restricciones en el campo de la atención, y por este motivo la consciencia permanece impenetrable a estímulos más importantes, y así el zapatero que observó los detalles de un par de zapatos, se equivoca al identificar el rostro del transeúnte.[767]

En cuanto al estado de la atención también cabe reseñar el fenómeno conocido como *atención expectante*, sobre el que Gorphe escribe:

> El efecto de anticipación y de realización producido por la atención expectante sobre la percepción, es de observación corriente. (...) SEASHORE ha demostrado bien, con sus interesantes experiencias, como, suscitando la atención expectante, se pueden provocar pequeñas alucinaciones que entran mas bien en lo que hemos llamado ilusiones de cualidades o incluso de objetos inexistentes.[768]

766 "... la profesión puede suscitar una curiosidad intensa y un especial interés para establecer un detalle; un ingeniero podrá, de un rápido vistazo, percibir un defecto de estática; un mecánico, darse cuenta de por que esta trabada una rueda". (Altavilla, *Sicología Judicial*, op. cit., Vol. II, p. 847).
767 Ibíd., p. 843.
768 Gorphe, Francois, *La Crítica del Testimonio*, Tercera Reimpresión, Madrid, Reus, 1985, p. 255.

2.1.1.7. La novedad o familiaridad con que se percibió.

GERARD-VARET, citado por ALTAVILLA señala que "la percepción consciente supone un elemento de novedad".[769] Por este motivo "la curiosidad es un principio capital en la dinámica del pensamiento que nutre la novedad".[770]

Y agrega:

> No hay persona que no haya incurrido alguna vez en el error de creer que ejecutó una acción que realiza todos los días, como ponerse el reloj o tomar una cartera y creer así que fue víctima de un hurto, cuando en realidad el objeto lo dejó olvidado en la casa.[771]

Esto ocurre por virtud de los *hábitos mentales*, ya que "la repetición de una percepción idéntica origina casi como un automatismo psíquico, en virtud del cual, si el estímulo falta o se modifica, podemos no advertirlo, y sustituimos lo percibido habitualmente a lo real, que es lo que tiene interés para una investigación especial".[772]

Significa lo anterior que "la repetición de una percepción compleja nos habitúa a una síntesis. Así, si vemos a A en compañía constante de C y D, bastará ver a C y a D para que caigamos en la ilusión de haber percibido a A".[773]

Esto es especialmente aplicable al cálculo de distancias recorridas usualmente, pues "no se debe inducir a error el hecho de que el testigo acostumbra recorrer el camino, porque se ha observado que el tiempo necesario para ir de un lugar a otro se calcula con inexactitud por los habitantes del lugar y por los campesinos; esto siempre que no se trate de caminos usuales, que deban recorrerse de acuerdo con un horario determinado".[774]

769 Altavilla, *Sicología Judicial*, op. cit., Vol. II, p. 796.
770 Ibíd., p. 796.
771 Ibíd., p. 805.
772 Ibíd., p. 804.
773 Ibíd., p. 805.
774 Ibíd., p. 832.

Por eso, no debe caerse en el error de creer que un testigo debe declarar con precisión sobre cosas con las cuales está familiarizado, lo que aparece claro en el siguiente ejemplo.

> Si a alguien se le pregunta por detalles sobre el vestido de otra persona que ha permanecido con él hablando largo tiempo, aquel podrá equivocarse en forma extraña. Aun podemos recordar mal cosas de nuestra casa, que centenares de veces han pasado ante nuestros ojos, **pero que en manera alguna han llamado especialmente nuestra atención.**[775] (s.n.)

Como puede verse, lo que hace que las percepciones familiares sean usualmente incorrectas es el hecho de la desatención que suele acompañarlas.

Dos fenómenos adicionales se presentan asociados al *hábito* de la percepción. Uno de ellos consiste en que "muchas veces el falso recuerdo se refuerza con la confusión entre acción decidida y acción realizada.[776] Íntimamente relacionado con el carácter novedoso o familiar de lo percibido se encuentra el proceso psíquico denominado *integración lógica*:

> Cuando se prescinde de la evocación de un recuerdo que se sustituye a una percepción actual, se produce un proceso lógico mediante el cual se integra un recuerdo lagunario. Por ejemplo, se vio a un abogado cuando entraba al tribunal y se creyó ver que llevaba su cartera bajo el brazo. Esto aun cuando jamás se le hubiera visto entrar antes al Palacio de Justicia, sino únicamente por un proceso lógico de integración de lo percibido.[777]

En esos casos "lo que induce al testigo a responder, no es tanto la precisión del recuerdo como la probabilidad de que un objeto exista o de que tenga esta o aquella característica".[778]

775 Ibíd., p. 838.
776 Ibíd., p. 805.
777 Ibíd., pp. 805-806.
778 CLAPARÉDE, *Expériences collectives sur le témoignage*, citado por Altavilla, Ibíd.

La *integración lógica* puede operar frecuentemente en el caso de apreciación de la velocidad de vehículos.[779]

2.1.1.8. El carácter inesperado del suceso percibido.

Un suceso será mejor percibido cuando la percepción está dispuesta que cuando los hechos ocurren de un momento a otro. En los accidentes de tránsito suele ocurrir que el sonido de un golpe llama la atención del testigo, cuyo órgano visual percibe *después* de ocurrido el accidente.

2.1.2. Exponer la totalidad de las circunstancias que afectan desfavorablemente la percepción.

Cabe aclarar que cuando se pretende contrainterrogar la negativa a percibir algo se deben exponer las circunstancias que afectaron favorablemente una percepción declarada por el testigo.

2.1.2.1. La ubicación del testigo.

En este aspecto son importantes las distancias y la perspectiva del testigo con respecto al objeto percibido.

Por ejemplo, en materia de identificación de personas, la psicología experimental ha demostrado que la distancia a la cual se puede reconocer a una persona, disponiendo de vista y luz normales (a la luz de la luna la dificultad de percepción aumenta), es de 40 a 80 metros para una persona conocida; de 100 a 150 metros para el caso en que esa persona ostente señales características; de 28 a 30 metros para personas poco conocidas y alrededor de 15 metros para las personas que se han visto por primera vez.[780]

Estos datos pueden aportan importante materia prima a la hora de controvertir una declaración por el aspecto de las percepciones y más especialmente, en cuanto a las distancias.

2.1.2.2. La existencia de una actividad inicial que distrajo la atención.

779 "después de un accidente los testigos generalmente se inclinan a sobreestimar también velocidades medias. En esto influye un poderoso factor de reconstrucción lógica, pues se piensa que sin una velocidad excesiva, el choque no se habría producido y consecuencialmente se sustituye la integración lógica a la percepción efectiva". (Altavilla, Sicología Judicial, op. cit., Vol. II, p. 834).
780 Ibíd., p. 831, siguiendo a VINCENT, a su vez citado por GROSS en *La policía giudiziaria*, Torino, 1906.

Un hecho muy común en la práctica, especialmente aplicable a los testigos que declaran en accidentes de tránsito, son las *conversaciones como causa de distracción*.

2.1.2.3. El movimiento o cambio del objeto percibido.

La inmovilidad del objeto percibido incide en una más exacta percepción del mismo, y viceversa.

En este aspecto se ubica la *naturaleza del objeto percibido* como criterio para apreciar la percepción, dentro del cual se pueden ubicar una serie de variables estudiadas en detalle por la psicología jurídica.[781]

2.1.2.4. La falta de oportunidad para percibir.

Esta área de indagación está íntimamente relacionada con el carácter inesperado del suceso y con la falta de interés o de atención, ya expuestos.

La doctrina ilustra este criterio con el siguiente ejemplo:

> Sucede una riña; un testigo está parado en un andén y las voces de los contendores le llaman la atención; otro pasa en un coche y de improviso se vuelve y ve a uno de los que riñen cuando dispara tiros de revólver. Ambos testigos asistieron a los disparos, pero la declaración del primero tiene mayores probabilidades de exactitud, no obstante que las demás circunstancias fueron iguales.[782]

Puede ser entonces en ciertos casos fundamental concentrar el contrainterrogatorio sobre percepciones en una específica área: el carácter *imprevisto* del suceso y el motivo que llamó la atención del testigo, pues "toda representación necesita cierto tiempo para penetrar en el radio de visión de la conciencia."[783]

Por esto Altavilla señala que "tratándose de escenas en movimiento, es interesante saber si el testigo asistió al acontecimiento

781 Así, por ejemplo, las sensaciones cromáticas; las condiciones de luz del objeto y el evento en que el objeto percibido sea una fecha, una hora, la duración de un lapso de tiempo determinado, la medición de un objeto, de distancias, sensaciones auditivas, valoración de cantidades, apreciación de la velocidad, percepciones táctiles, sensaciones olfativas o gustativas. (véase Altavilla, *Sicología Judicial*, op. cit., Vol. II, p. 821-837).
782 Ibíd., p. 801.
783 WUNDT, citado por Altavilla, *Sicología Judicial*, op. cit., Vol. II, p. 801.

desde sus primeros momentos o si su atención la atrajo un estímulo imprevisto."[784]

Y es que "quien asiste a todo el desarrollo de una escena, termina por precisar algunos elementos necesarios para la exacta percepción del desarrollo íntegro", lo que contribuye a la formación de la *preparación perceptiva*. Pues bien: la falta de preparación perceptiva facilita que se incurra en errores.[785]

El contrainterrogatorio bien puede orientarse a demostrar la *falta de preparación perceptiva*, revelando la falta de precisión que el testigo tiene sobre elementos necesarios para la exacta observación del hecho.

La *falta de oportunidad para percibir* puede provenir del hecho de que el suceso percibido se haya desarrollado velozmente. Se ha señalado acertadamente que "los testimonios sobre hechos que se han desarrollado con gran rapidez, son imprecisos".[786] Esta es un área particularmente fértil en casos que involucran riñas o accidentes de tránsito.

2.1.2.5. La iluminación desfavorable y las condiciones atmosféricas al momento de la percepción.

Cuando el testigo alega haber percibido "algo", el contrainterrogatorio puede ser especialmente fructífero explorando la iluminación del sitio en cuestión. La falta de luz puede permitir incluso cierta exactitud en la observación de un objeto estático, pero dificulta seguir los movimientos y precisar las acciones.

Como enseña Altavilla "todo el desarrollo de un acontecimiento puede percibirse erróneamente por razones de luz"[787], porque "si a plena luz el juego de las sombras de los contendores puede ocasionar equivocaciones, con mayor razón ocurrirá eso en la oscuridad, aunque no sea completa".[788]

784 Altavilla, *Sicología Judicial*, op. cit., Vol. II, p. 801.
785 Ibíd.: "Los contendores son tres: dos de traje oscuro, uno más bajo, otro más alto, y el tercero, de traje claro. Ahora bien, el hecho de establecer estas notas diferenciales facilita atribuirle a su verdadero autor las acciones que realizó en el momento del delito..."
786 Ibíd., p. 838.
787 Ibíd., p. 822.
788 Ibíd.

Ahora, "si el lugar está iluminado es preciso observar si la luz da en el punto donde el acontecimiento se desarrolla"[789], de donde resulta importante la determinación de la ubicación de la fuente de luz y el área cobijada por el haz luminoso en la escena de los hechos percibidos por el testigo.

2.1.2.6. Los sonidos en competencia al momento de la percepción auditiva.

2.1.2.7. El carácter colectivo o individual de la percepción.

DUPRE, citado por Altavilla se refiere al *testigo – multitud* por oposición al *testigo -individuo*.[790]

En estos casos se ha comprobado que el fenómeno de la propia percepción se facilita y completa con la narración ajena.

Altavilla señala que "el influjo de la presencia (de otros testigos) puede alterar la percepción, porque una observación o un grito que la acompañe pueden producir desviaciones, falsas interpretaciones. Supongamos que alguien haga con la mano el ademán de quien trata de alejar a un agresor y que alguno grite: "le dio un puñetazo"; en este caso es muy fácil que el inofensivo ademán de defensa sea percibido por otro como un acto de agresión. Por otra parte, en esta confabulación colectiva todos los vacíos tienden a llenarse con las observaciones y las percepciones manifestadas por otros".[791]

De ahí que en ciertos casos el contrainterrogatorio pueda aportar frutos mediante la exploración del carácter colectivo de la percepción declarada por un testigo.

2.1.3. Exponer los detalles de la alegada percepción.

La psicología judicial ha demostrado que "un testigo que observa con toda intensidad una cosa, puede dejar de percibir acontecimientos importantes que se desarrollan bajo sus sentidos".[792]

789 Ibíd.
790 Ibíd., p. 803.
791 Ibíd.
792 Ibíd., p. 859.

Altavilla advierte que "es menester no estimular jamás el amor propio de un testigo para que rinda una declaración detallada."[793] Aun cuando es una advertencia dirigida al interrogatorio directo, su fundamento es aplicable al contrainterrogatorio: un testigo que expone demasiados detalles se vuelve *sospechoso* porque su percepción aparecerá demasiado perfecta para ser creída.

Por eso, quizá una buena técnica para impugnar el testimonio durante el contrainterrogatorio consista en hacer que el testigo suministre detalles de lo percibido, detalles que razonablemente un hombre promedio no pudo haber percibido.

Como señala Woodworth[794] "toda percepción es un análisis parcial de la situación, de la cual se acentúa un aspecto en detrimento de los otros". De ahí que exista "un coeficiente individual en la percepción y en la evocación mnemónica, que hace necesariamente incompleto el recuerdo, de modo que no hay error más grande que considerar al testigo como una placa fotográfica, y deducir de lo incompleto de su declaración, un juicio de reticencia".[795]

La percepción de los detalles puede verse influenciada por el interés y la emociones del testigo al momento de ocurrir el hecho. Al respecto Altavilla enseña que "un testigo que se preocupa porque puede ser herido con un fusil, se siente tan trastornado por la visión del arma, que olvida los detalles importantes de un acontecimiento; y quien ha sido robado y ve la bolsa que le fue arrebatada, que pasa de mano en mano, no se percatará de la cara y de los vestidos del ladrón."[796]

Lo expuesto explica fácilmente el fenómeno de la integración psicológica, ya expuesta, por virtud del cual se proyecta una percepción actual sobre una precedente, completándola y, como consecuencia, transformándola. En palabras de Altavilla: "en la vaga sombra que queda en nuestro recuerdo proyectamos una imagen actual y creemos que siempre la hemos concebido así".[797]

793 Ibíd., p. 845.
794 Citado por Altavilla, *Sicología Judicial*, op. cit., Vol. II, p. 792.
795 Ibíd.
796 Ibíd., p. 793.
797 Ibíd., p. 800.

La causa de este fenómeno es siempre la misma: el testigo concentró tan fuertemente su atención en observar un detalle secundario que no atendió al detalle principal.

El siguiente ejemplo demuestra la existencia de un verdadero error en el testimonio por esta causa:

> En el mes de diciembre, a eso del mediodía, un señor X, esperaba que sus hijitas salieran de la escuela. Sabía que desde algún tiempo atrás, un exhibicionista rondaba por los alrededores de la escuela y que había dado escándalos más de una vez. De repente, a unos 5 o 6 metros de distancia vio a un hombre que, una vez que se hubo sacado el miembro viril, se aproximaba a dos señoras que por ahí pasaban, y se colocaba junto a ellas sin cometer, sin embargo, violencia alguna. Las señoras no hicieron mas que apresurar el paso, y X, impresionado por la obscenidad del episodio, sabiendo muy bien donde se encontraban por lo regular los guardias, se dirigió allí aceleradamente con el fin de llamarlos. Luego de referirles detalladamente la escena, X se volvió con los guardias, y al ver a un hombre que caminaba aceleradamente por la misma calle en donde había sucedido el hecho, corrió tras de él, le dio alcance y afirmó con seguridad que lo reconocía. El individuo, un oficial en servicio, pero vestido de civil, lo niega decididamente. El juez, frente a la singularidad del caso, llamó a un perito, quien se convence de que se trata de un verdadero error de testimonio, y por esto el sindicado fue absuelto por inexistencia del delito, sin que X fuera procesado por falso testimonio. Evidentemente, X debió concentrar tan fuertemente su atención en observar lo que el exhibicionista ejecutaba, que no le miró la cara. Al volver al lugar y ver a un hombre que pasaba apresuradamente, se convenció de que este era el mismo individuo que poco antes había visto, y esta persuasión le produjo una interesante actividad sicológica por medio de la cual proyectó una percepción actual sobre una precedente, completándola y por consiguiente transformándola.[798]

798 Ibíd.

De la misma forma, un elemento secundario puede causar una impresión tan fuerte que absorbe la atención e impide concentrarse en el elemento primario "por una automática defensa de la reacción emotiva, que, o bien no se quiere prolongar, o bien se quiere evitar".[799]

2.1.4. Exponer los insidiosos efectos del prejuicio en la percepción.

Como enseña Dupre "los hombres miran más con la pasión de su corazón que con sus ojos".[800]

El fundamento psicológico que subyace a este criterio es que los prejuicios pueden incidir conciente o inconscientemente en las percepciones, pues "las emociones pueden conducirnos a exagerar, y así un hombre agredido tendrá la impresión de que los agresores eran veinte, cuando eran seis o siete".[801]

A manera de ejemplo, el fenómeno en comento puede tener un claro efecto en los casos de vehículos que chocan:

> Sucede que en el momento del peligro nos vemos llevados, por el estado emocional, a tener la impresión de que es el otro vehículo el que se lanza sobre nosotros, y de allí la ilusión de que somos nosotros los embestidos.[802]

La doctrina enseña que "cada individuo tiene una percepción parcial que está relacionada con su interés particular, con su peculiar aptitud y con su personal preocupación; por ello puede ser importante descubrir ese interés, esas preocupaciones, esta aptitud, pues nos podrían indicar la esfera de estímulos que mas exactamente podrían trasponer el umbral de la conciencia."[803]

La fuerza de las tendencias afectivas es tal que incluso puede llegar a producir una pseudopercepción o deformación de la

799 Ibíd., p. 793: "una mujer vio caer a un hombre; la repugnancia de tener que observar un cadáver la llevo a no mirar hacia el sitio en el cual aquel se encontraba, y para no sufrir la atracción que determinados objetos ejercen sobre nuestros órganos de los sentidos, se vio obligada a concentrarse sobre una circunstancia insignificante, a tal punto que sorprendió al juez cuando la oyó describir los vestidos de un testigo, mientras no sabía decir si el caído había sido recogido, ni como había sido herido, ni quien estaba cerca de él".
800 Citado por Altavilla, *Sicología Judicial*, op. cit., Vol. II, p. 834
801 Ibíd.
802 Ibíd., p. 835.
803 Ibíd., p. 800.

percepción. En este sentido Mira y López señala que "toda tendencia afectiva poderosa es capaz de seguir un camino ascendente (a partir del mesencéfalo) y llegar a las zonas de elaboración de las imágenes de la corteza cerebral, dando entonces lugar a una pseudopercepción", y agrega:

> Pero, y éste es un punto importante por ser conocido insuficientemente, tanto el deseo positivo como el deseo negativo (miedo) de que algo ocurra pueden dar lugar a hacer creer al sujeto que ese algo ha ocurrido ya. En ambos vasos se crea lo que se ha denominado "la sugestión de la espera" (*Erwartungs-suggestion*), en virtud de la cual la conciencia anticipa – por así decirlo- el tiempo y da por realizado lo que aún no ha sido o sólo lo ha sido en parte.[804]

Conforme a este criterio, las personas ven lo que quieren ver y no ven lo que no quieren ver. Se ha escrito que "dos enamorados recorrerán kilómetros creyendo que han caminado pocos metros; a un padre que debe dirigirse al lecho del hijo moribundo le parecerá interminable una corta calle".[805]

2.2. La memoria.

La memoria puede abordarse desde dos ángulos.

2.2.1. Exponer las circunstancias que anulan el recuerdo.

Esto puede lograrse al explorar los siguientes aspectos:

2.2.1.1. El recuerdo fue insignificante y materia rutinaria.

2.2.1.2. El tiempo afectó la memoria.

Según una ley psicológica, confirmada experimentalmente, "la exactitud del recuerdo disminuye con el correr del tiempo".[806] Por eso "una declaración inmediata es mas rica, porque no sufre esa decoloración, esa eliminación de elementos secundarios y algunas veces primarios que produce el tiempo".[807]

804 Mira y López, Emilio, *Manual de Psicología Jurídica*, El ateneo, 5ª edición, Buenos Aires, 1961, Mira y López, p. 117.
805 Altavilla, *Sicología Judicial*, op. cit., Vol. II, p. 832.
806 Ibíd., p. 806.
807 Ibíd., p. 808.

La imagen en que consiste el recuerdo tiende a desaparecer de dos modos: "o bien los detalles se van atenuando sucesivamente o se eliminan uno tras otro, o bien la imagen se esfuma y se hace tan confusa, que deja de ser representativa, y de este modo el sujeto no es capaz de describirla, ni siquiera de encontrar su simple símbolo verbal".[808]

Durante el contrainterrogatorio estos factores pueden ser expuestos acudiendo al expediente de comparar la declaración del testigo con una mas cercana a la época de los hechos, y en la cual no se presentaban las exageraciones o ampliaciones expuestas en la segunda declaración (usualmente el interrogatorio en juicio).

Altavilla indica que "el desgaste de la memoria, aunque aumenta las lagunas que ya hicieron incompleta la percepción, debería simplificar la evolución de los recuerdos. Pero en el testigo se observa a menudo una tendencia a exagerar".[809] Y a continuación se refiere al fenómeno psicológico de la *integración por exageración*, señalando que la *tendencia a exagerar* proviene de los siguientes elementos:[810]

a) Exageración del valor: Los números tienden a ser aumentados con el paso del tiempo, lo cual se hace más evidente cuando el testigo es sujeto pasivo, víctima o perjudicado con el hecho. En cuanto al acusado en materia penal, por razones de defensa, el fenómeno usualmente es inverso: se tiende a minimizar o anular el hecho, su importancia o la participación en el mismo.

b) Intensidad cualitativa: El testigo tiende a una adjetivación que aumenta los acontecimientos.

c) Tendencia a hacer evidente la participación del testigo: El testigo tiende a señalar que participó de alguna manera en el hecho, bien como mediador, defensor o sujeto pasivo.

d) Transformación de la propia incertidumbre en certeza.

808 Ibíd., p. 806.
809 Ibíd., p. 803.
810 Ibíd., p. 803-804, siguiendo en ello a LOCARD, *Traité de criminologie.*

2.2.2. Exponer las limitaciones del testigo para recordar.

Esto último se logra explorando alguno de los siguientes aspectos, todos susceptibles de influenciar los recuerdos del testigo:

2.2.2.1. La debilidad de la memoria

2.2.2.2. La edad del testigo

2.2.2.3. La mala salud del testigo y la falta de sentidos agudos

2.2.2.4. La educación e inteligencia del testigo

2.2.2.5. Los sentimientos y las emociones del testigo

2.2.3. Exponer la falta de credibilidad sobre el alegado recuerdo.

2.2.4. Exponer la inhabilidad para recordar detalles colaterales.

2.3. Las acciones

Se trata de demostrar la improbabilidad inherente o inverosimilitud del testimonio. Es lo que se denomina poner de presente la inmaterialidad o lo irreal de la declaración del testigo. Schwartz se refiere a éste tópico como la *inherente improbabilidad o falsedad del testimonio*.

2.3.1. Demostrar que las acciones eran injustificadas o impropias.

2.3.2. Evidenciar que el testigo perdió capacidad u oportunidad para actuar como dice que actuó.

2.3.3. Mostrar que los detalles testificados son improbables o imposibles.

2.3.4. Señalar que las acciones fueron improbables bajo las leyes de la física.

2.3.5. Requerir al testigo para que desarrolle ciertas acciones.

2.3.6. Evidenciar el hábito inicial del testigo.

2.3.7. Denunciar la capacidad, recursos, medios y oportunidades para haber actuado de otra forma.

2.3.8. Auscultar otras acciones previas, razones o motivos para actuar.

2.4. Opiniones y conocimientos.

Tanto el testigo lego como el experto pueden ser contrainterrogados en cuanto a su conocimiento u opinión, lega o experta, según el caso. Los criterios o aspectos que pueden ser explorados en esta área son los siguientes:

2.4.1. Exponer las limitaciones del experto en cuanto a sus calificaciones, conocimiento y/o experiencia.

2.4.2. Mostrar que las bases fácticas de la opinión son poco firmes.

2.4.3. Evidenciar que las asunciones hipotéticas del experto son incompletas o inadecuadas.

2.4.4. Exponer la existencia de motivaciones ocultas para arribar a las conclusiones.

2.4.5. Evidenciar la falta de conocimiento personal sobre los hechos en los que se construyen hipótesis.

2.4.6. Revelar la falla en obtener confirmaciones científicas.

2.4.7. Demostrar que las opiniones son contrarias a las autoridades científicas.

X
Las Reglas del Contrainterrogatorio

Sea suave con el apacible; astuto con el hábil; confiado con el honesto; misericordioso con el joven, el débil o el temeroso; duro con el rufián y un rayo para el mentiroso. *

El arte del contrainterrogatorio no es compatible con la enseñanza memorística del derecho, tan tradicional en nuestra cultura jurídica; se equivoca quien pretenda aprender a contrainterrogar por vía de formatos o preguntas generalizables a prototipos de casos o testigos.

A continuación se expondrán algunas reglas básicas que deben ser tenidas en cuenta al momento de contrainterrogar. Se trata de unas pautas de comportamiento de aceptación unánime y generalizada por la doctrina del contrainterrogatorio.

La aplicabilidad de estas reglas es igualmente incompatible con el tipo de práctica forense 'por minutas', en cuánto se exige del operador jurídico un constante ejercicio del *criterio razonado* para determinar si en el caso concreto debe o no seguirse una determinada regla.

Puede decirse que la regla número cero del contrainterrogatorio es que *toda regla es susceptible de ser excepcionada* en deter-

* David Paul Jones.

minadas circunstancias. La doctrina más tradicional del contrainterrogatorio enseña que "de hecho, puede decirse que el verdadero buen abogado litigante es quién, aun conociendo bien las reglas establecidas de su arte, aprecia cuándo deben romperse".[811]

Y es que, como señala Bergman[812], durante el proceso de las repreguntas no se deben desechar el buen juicio y el sentido común en favor de una adhesión *mecánica* a las reglas del contrainterrogatorio. Al contrario: el hecho de que las reglas se puedan o deban desconocer en ciertas circunstancias no significa que sea adecuado ignorar el saber tradicional en que ellas se basan. En punto al contrainterrogatorio *la rigidez está asociada a la muerte, la flexibilidad está asociada a la vida.*[813]

Cada testigo es una nueva experiencia y cada proceso judicial un universo, por lo que cada contrainterrogatorio será único e irrepetible. La adhesión a una determinada regla o línea de preguntas puede conducir al éxito en un juicio y al rotundo fracaso en otro. Eso es lo que hace del contrainterrogatorio un verdadero arte sujeto a constante trabajo. Ningún abogado litigante llegará jamás a un estado en el que, para contrainterrogar a un testigo adverso, no necesite prepararse ni comenzarlo todo de cero, repasando a cada momento la aplicabilidad de las reglas del contrainterrogatorio.

1. Primera regla: No solicite explicaciones

Muy fundamental es la regla que prescribe no solicitar explicaciones al testigo adverso durante el contrainterrogatorio. En otras palabras: "no haga preguntas que comiencen con qué, cuándo, dónde, por qué y cómo".[814]

811 Wellman, Francis L., *The Art of Crossexamination*, Dorset press, New York, Fourth Edition, 1986, pp. 132-133, traducción propia.
812 Bergman, Paul, *La Defensa en Juicio. La Defensa Penal y la Oralidad*. Abeledo perrot, Buenos Aires, Segunda edición, 1995, pp. 131-132.
813 Lao Tse, citado por T. Cleary, *El Arte de la Estrategia*, Edaf, Madrid, 12ª edición, 2002, p.77.
814 Bailey, F. Lee, *Como se Ganan los Juicios. El Abogado Litigante*, Limusa, México, 2002, p. 160.

Es increíble la frecuencia con que se viola esta regla en nuestra práctica judicial. Lo usual es que los abogados contrainterroguen pidiendo explicaciones al testigo adverso. Y por supuesto, siempre que así se proceda seguirá la destrucción del contrainterrogador a manos del testigo. Al respecto, Mauet enseña que las *preguntas abiertas* son desastrosas en el contrainterrogatorio por cuánto:

> Los testigos hostiles siempre están buscando una entrada para escabullirse con una respuesta dañina. Preguntas que piden un "cómo" o "por qué", o que extraen explicaciones de cualquier clase invitan al desastre. Es mejor evitar completamente esa clase de preguntas.[815]

El juicio de Heat (*Heat's trial*), celebrado en Inglaterra en 1.774, ilustra claramente la tradición inglesa con respecto a no solicitar explicaciones durante el contrainterrogatorio. La señora Cole testificó perjudicialmente en contra de la señora Heat, señalando la presencia de ésta en una ocasión importante; fue contrainterrogada así:

P: Señora, ¿recuerda usted que la señora Heath fue a despertar a su madre?

R: Yo recuerdo que ella fue.

P: ¿Había luz en la habitación?

C: No la había.

P: ¿Tenía la señora Heath una luz con ella?

C: Ella debía de tener una vela en su mano.

P: ¿Había allá luz o no?

C: No la había. Yo creo que podía haber un fuego.

P: ¿Tenía ella una vela en su mano?

C: En verdad, no puedo decirlo.

815 Mauet, Thomas A., *Fundamentals of Trials Techniques*, Little Brown and Company, Boston – Toronto, 1980, p. 243, traducción propia.

P: La razón de la pregunta es ésta; mire a esta mujer, ¿estaría usted segura de que esta es la mujer que entró a la habitación para llamar a su madre?

C: La señora Heath fue la persona, y yo creo que ésta es la misma.

P: *¿Como puede usted decir que es ella cuando no había luz?*

C:Yo conozco su voz.[816]

Otro ejemplo ayuda a comprender la esencia de esta regla. Quentin Reynolds, en su biografía sobre el célebre Samuel Leibowitz, relata una anécdota a él narrada por el famoso litigante, quien luego ejerció como juez:

-Recuerdo otro ejemplo, -prosiguió el Juez-, el de un hombre enjuiciado por asalto a una persona, dentro de una estación de los tranvías subterráneos. El abogado defensor prosiguió como sigue en el examen de la víctima.

-¿Qué condiciones de alumbrado había en el interior de esa estación subterránea?

-Aquello estaba muy obscuro [sic] –contestó el testigo.

-El defensor se frotó las manos y en vez de dejar allí la cosa como debió haber hecho, continuó:

-¡Y dígame, señor Testigo, estando obscuro [sic] como estaba el lugar donde ocurrió el pretendido asalto, **¿cómo puede usted afirmar con tanta seguridad que mi cliente haya sido quien lo asaltó?**

-Porque, señor abogado, la plataforma de la estación subterránea puede haber estado obscura [sic], pero su cliente y yo estábamos precisamente bajo un foco eléctrico cuando me apuntó su pistola a la cara y me amenazó con volarme la cabeza si no le entregaba mi cartera.[817] (s.n.)

816 Howell's *State Trials*, XVIII, 65, citado por J. H. Wigmore, *The Principles of Judicial Prof. As given by logic, psychology, and general experience and illustrated by judicial trials,* William S. Hein & Co., Inc, Buffalo, New York, 1913, Second Printing 2000, p. 593, traducción y resaltado propios.
817 Reynolds, Quentin, *Sala de Jurados. La Historia de Samuel S. Leibowitz*, Constancia, México, 14ª edición, 1969, pp. 391-392.

El siguiente ejemplo, citado por la más reciente doctrina nacional sobre sistema acusatorio, permite apreciar con claridad el desconocimiento de esta regla del contrainterrogatorio en el marco de nuestra práctica forense:

> Pregunta: Afirmó usted que el alcalde intervino en la selección del contratista y en la firma del contrato ¿Es eso cierto?
>
> Respuesta: Sí.
>
> Pregunta: Pero antes de esa selección, ¿hubo otros trámites?
>
> Respuesta: Sí.
>
> Pregunta: Puede usted indicar cuáles son esos trámites?
>
> Respuesta: La Secretaría General formaliza las invitaciones a los potenciales contratistas; los interesados presentan sus propuestas, éstas son evaluadas y, seguidamente, el alcalde selecciona el contratista.
>
> Pregunta: Significa lo anterior que el alcalde no interviene para nada en los trámites previos a la selección del contratista?
>
> Respuesta: Así es.
>
> Pregunta: **Y si no interviene en los actos de invitación, ni en la recepción de las ofertas, ni en la valoración o calificación de las mismas, ¿cómo usted afirma que el alcalde quería favorecer al contratista?**[818] (s.n.)

Nótese como la última pregunta abre un espacio para que el testigo tome el control del contrainterrogatorio, posibilitando así un daño de irremediables consecuencias para quien pregunta. Por ejemplo, a este tipo de pregunta puede sobrevenir una respuesta cómo ésta:

> Respuesta: Si, permítame explicarle señor Abogado. Ese Alcalde se cuidaba de no firmar ningún documento en las fases de invitación y evaluación de propuestas, por eso es muy probable que no aparezca nada relacionado con él en la papelería

818 Arciniegas Martínez, G. Augusto, *Investigación y Juzgamiento en el Sistema Acusatorio*, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2.005, pp. 204-205.

> correspondiente, pero todos sabemos que el Alcalde manipulaba y sobornaba la labor de la secretaría general, me entiende? Por ejemplo yo me enteré personalmente de un caso en que el Alcalde…

También la línea de preguntas que se expone a continuación desconoce la regla que sugiere no solicitar explicaciones durante el contrainterrogatorio:

> Pregunta: Usted ha dicho que esa noche la visibilidad no era muy buena y que usted se encontraba, aproximadamente, a 30 metros del lugar donde se suscitó la riña. Si la visibilidad no era buena **¿Cómo pudo usted precisar, con la claridad que expone, la forma como sucedieron los hechos?**
>
> Respuesta: Yo dije que la visibilidad no era buena, pero de todas maneras no estaba muy oscuro. Pero yo sí alcance a ver cómo se desarrolló la riña.[819] (s.n.)

La regla que prohíbe solicitar explicaciones durante el contrainterrogatorio encuentra una excepción en aquellos casos en los cuales quien contrainterroga se encuentra razonablemente seguro de cual será la respuesta a la pregunta formulada, la cual por demás no solo no perjudicará en absoluto el propio caso. Son casos muy especiales en los cuales usualmente la explicación que brindará el testigo se puede confrontar con su propia palabra, con otra prueba más creíble, o cuando la respuesta a la pregunta abierta afianza la inverosimilitud de su testimonio.

F. Lee Bailey enseña que "normalmente, el momento para hacer una pregunta que comience con cualquiera de estas palabras (qué, cuándo dónde, por qué y cómo) es cuando usted tiene un testigo tan acorralado en contradicciones que ya no importa la respuesta."[820]

En casos así el control sobre el testigo se mantiene por otras vías distintas a la pregunta cerrada, como enseña Goldberg:

> Aunque la mayoría de las excepciones con respecto a la regla de la orientación* es aplicable a los repreguntadores de mu-

819 Ibíd., p. 206.
820 Bailey, op. cit., p. 161.

cha experiencia y habilidad, hay ocasiones en que uno no querrá orientar durante la primera pregunta.

La razón siempre estará relacionada con el hecho de que usted no necesita controlar la respuesta mediante la forma de la pregunta. Generalmente, será así porque se puede identificar un recurso específico, al margen de la pregunta orientadora, que suministra el control que se necesita.[821]

En otros eventos la pregunta que reclama un "por qué" se aconseja en atención a que el propio testigo ha abierto una brecha en su testimonio por la cual puede penetrar el contrainterrogador para, o bien encerrarlo en una inconsistencia, o romper la verosimilitud del relato. En estas situaciones se pueden solicitar explicaciones debido a que el testigo adverso se encuentra 'cercado', de donde esta forma de repregunta será segura y letal. La excepción en comento se ilustra en una antigua máxima de estrategia: Dejar que los adversarios se suban al tejado, y retirar después la escalera.[822]

Esta situación se ilustra en el famoso juicio de Oscar Wilde, durante el contrainterrogatorio formulado a Wilde por el abogado Carson, en la demanda por difamación que Wilde entabló contra el Marqués de Queensberry. En cierto momento de un infructuoso contrainterrogatorio, del cual salía siempre golpeado Carson por causa de las ingeniosas ridiculizaciones de Wilde, aquél, quien tenía noticia de que Wilde sostenía citas con camareros y limpiabotas en perfumados salones encortinados de Londres, le mencionó el nombre de un joven muchacho sirviente en Oxford, Walter Grainger, y en cierto momento, con una rápida y golpeante embestida, enfatizando cada palabra, le preguntó:

"*P: ¿Alguna vez lo besó usted?.*" (C: ¿Did you ever kiss him?)

Se cuenta que el Tribunal permaneció en silencio, hubo una pausa repentina y, luego, vino la respuesta de Wilde acompañada de una sonrisa tonta:

* La *orientación* equivale en la obra citada a la *sugestión* (N. del A.).
821 Goldberg, Steven. H., *Mi Primer Juicio Oral: ¿Dónde me siento y que diré?,* Heliasta, Buenos Aires, 1994, p. 211.
822 Citado por T. Cleary, op. cit., p. 149.

"R: El era un chico particularmente falto de atractivo. Él desafortunadamente era bastante feo. Lo compadecí por eso."

Wilde acababa de abrir una brecha en su testimonio. Conviene seguir paso a paso lo que ocurrió después:

P- ¿Fue esa la razón por la qué usted no lo besó?

C- Oh, Sr. Carson, usted es pertinentemente insolente.

P- ¿Dijo usted eso en apoyo de su declaración de que usted nunca lo besó?

C- No. Esa es una pregunta infantil.

P- ¿Usted alguna vez dijo eso como la razón por la qué usted nunca besó al muchacho?

C- No del todo.

P- Por qué, señor, mencionó usted que este muchacho era sumamente feo? *(Why, sir, did you mention that this boy was extremely ugly?)*

C- Por esta razón. Si se me pregunta por qué yo no besé una estera, yo debo decir: porque no me gusta besar las esteras. Yo no sé por qué yo mencioné que él era feo, excepto que yo fui provocado por la pregunta insolente que usted me lanzó y por la manera en que usted me ha insultado a lo largo de este juicio. ¿Estoy aquí para ser contrainterrogado porque no me gusta esto?

P- ¿Por qué usted mencionó su fealdad? *(Why did you mention his ugliness?)*

C- Es ridículo imaginar que cualquier cosa pudiera ocurrir bajo cualquier circunstancia.

P- Entonces ¿por qué usted mencionó su fealdad, yo le pregunto? *(Then why did you mention his ugliness, I ask you?)*

C- Quizás usted me insultó usando una pregunta insultante.

P- Fue esa una razón por la que usted debió haber dicho que el muchacho era feo?

[El testigo dio inicio a varias respuestas casi inarticuladamente, y ninguna de ellas la terminó. Carson repitió marcadamente: "¿Por qué? Por qué? Por qué usted agregó que? " Por fin el testigo contestó]:

C- Usted me provoca y me insulta e intenta enervarme; y algunas veces uno dice las cosas impertinentemente cuando uno debe hablar más en serio, yo lo admito.

P- ¿Entonces usted dijo eso impertinentemente?

C- Oh, sí, era una respuesta impertinente. Ninguna indecencia tuvo lugar alguna vez entre Grainger y yo. (...)[823]

Peter M. Brown enseña las provechosas lecciones de este histórico episodio:

La respuesta de Wilde lo dejó completamente expuesto. "¿Alguna vez lo besó usted?". Fue la pregunta correcta, tuvo el momento adecuado, y creó una grieta para que Carson entrara y dejara golpes mortales. Carson le preguntó a Wilde una y otra vez por qué se había referido a la fealdad del joven sirviente. ¿Por qué había dicho él que el joven era particularmente falto de atractivo? Para la tarde Wilde estaba totalmente destruido. Al día siguiente la corona retiró el proceso por difamación criminal contra el Marqués de Queensberry. Más adelante Wilde mismo fue acusado, sentenciado y condenado a trabajos forzados en la cárcel de Reading. Su esposa lo abandonó, y sus hijos lo ignoraron. Oscar Wilde, un hombre de extraordinario brillo, entabló un proceso por difamación que produjo su fallecimiento. Él murió solo y pobre en París.

El contrainterrogatorio, la preparación, genialidad y suerte llevaron a la caída del entusiasta Oscar Wilde. Hasta que Wilde dijo su respuesta fatal, Carson rehuía la pregunta abierta –el por qué- pero una vez que el testigo adverso estuvo cercado, inextricablemente, el golpear con los porques fue seguro y mortal.

823 Traducción propia, paréntesis en el texto original. El texto completo del contrainterrogatorio de Carson a Wilde, en su idioma original, puede consultarse en http://www.law.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/wilde/Wildelibelowfact.html

> Usted también puede preguntar por qué si su descubrimiento antes del juicio y otro testimonio lo han hecho consciente de hechos que la parte opositora simplemente no puede descartar con explicaciones. En este contexto la pregunta "por qué" es retórica, el silencio del testigo es de mucho significado para el jurado.[824]

También en algunas ocasiones la regla que prohíbe preguntar "por qué" puede ser obviada en el contrainterrogatorio, como cuando se indaga por los fundamentos o hechos suficientes que justifican la opinión o conclusión de un testigo. En este enfoque el contrainterrogador pretende demostrar que las conclusiones del testigo carecen de apoyo en hechos, pero antes de lanzar un enfoque semejante, para no resultar sorprendido, deben limitarse con precisión de cirujano las fuentes de conocimiento en que se basan las conclusiones del testigo.

Y quizá también deba preguntarse 'por qué' cuando ya no quede más remedio, como lo expresa Hegland, con su peculiar estilo:

> Buscar la causa última preguntando "¿por qué?" Viola una de las normas sagradas de la repregunta, a saber: nunca pregunte "por qué". Pero a veces uno no tiene alternativa. Si el testigo ya nos ha atacado, mas vale desenvainar la espada, tocar el clarín y cargar. Probablemente no conseguiremos nada, pero hay probabilidades de que nos inmortalicen en un poema:
>
> Suya fue le pregunta: "Por qué?"
>
> A él le tocó morir muy pronto.[825]

Ahora bien: la regla que prohíbe solicitar explicaciones mediante preguntas del tipo 'cómo', 'cúando', 'por qué' - preguntas abiertas- tiene como contrapartida la otra regla: **formular preguntas cerradas o sugestivas** durante el contrainterrogatorio. Se trata en esencia de la misma regla examinada desde otra perspectiva.

824 Brown, Peter M., *The Art of Questioning. Thirty Maxims of Cross-examination*, Macmillan, Usa, 1987, pp. 97-98, traducción propia. La MÁXIMA XXV de la obra en cita sintetiza ésta excepción a la regla: "You can ask why" [Usted puede preguntar por qué].

825 Hegland, Kenney F., *Manual de Prácticas y Técnicas Procesales*, Heliasta, Buenos Aires, 1995, p. 124, resaltado en el texto original.

Algún contrainterrogador experimentado[826], aconseja incluso no formular nunca preguntas abiertas (open-ended) a un testigo adverso durante los primeros veinticinco juicios o experiencias de interrogación, sugiriendo hacer todas las preguntas cerradas (closed-ended) en las áreas críticas.

La pregunta cerrada adopta la forma de sugestiva y es lo opuesto a la pregunta que pide explícitamente una explicación, por lo que se respeta la regla de no formular preguntas abiertas formulando preguntas cerradas o sugestivas.

De forma gráfica McCurley y Mercier resumen esta regla:

> Cada pregunta en el contrainterrogatorio debe poner palabras en la boca del adversario.Todo lo que el adversario hace es responder, en estricto ritmo, "Si", "No", o "No recuerdo". Las preguntas sugestivas son la cuchara para poner en la boca del adversario el aceite de ricino de los hechos desagradables.[827]

No obstante, la doctrina también aconseja formular preguntas abiertas por razones de estilo y persuasión. En efecto, se recomienda intercalar preguntas abiertas sobre temas no críticos en el curso del contrainterrogatorio, con la sola finalidad de evitar que el ritmo y exceso de preguntas sugestivas genere en el juzgador la idea de que se está brindando un trato impropio al testigo. Bergman explica detalladamente éste consejo:

> A veces, las preguntas abiertas en el caso de las repreguntas son deseables o necesarias. Por ejemplo, mientras las preguntas sugestivas pueden producir una serie de respuestas por "si" o "no", también pueden suscitar la impresión de que uno está intimidando verbalmente al testigo, y poniéndole palabras en la boca. Por lo tanto, ocasionalmente uno puede intercalar preguntas abiertas para disminuir el riesgo de que el juzgador perciba al abogado como un individuo injusto, y se desentien-

826 Brown, op. cit., p. 84, traducción propia..
827 M. McCurley y K. W. Mercier, *Cross-examination*, en http://www.aaml.org/cross-ex.htm , traducción propia.

da de las respuestas favorables que obtiene. Trate de elegir puntos colaterales para las preguntas abiertas.[828]

En otras palabras: en general se deben formular preguntas sugestivas durante el contrainterrogatorio, pero no se debe abusar de ellas, como lo recuerda Howard L. Nations:

Evite el uso abusivo de las preguntas sugestivas. Si las usa demasiado, el juez o el jurado puede tener la impresión de que es usted quien está testificando, en vez del testigo. También evite la apariencia de que el testigo está siendo tratado injustamente debido a que usted no le permite al testigo contestar completamente a la pregunta. Explíquele al testigo que su abogado puede permitirle explicar enteramente su respuesta durante el interrogatorio re-directo pero que es importante respetar las reglas durante el contrainterrogatorio y simplemente afirmar o negar sus preguntas.[829]

Ciertamente, en la pregunta sugestiva está la fuerza que proporciona el control durante el contrainterrogatorio, pero la teoría de la estrategia indica que *es contraproducente emplear demasiada fuerza*.[830]

La regla que aconseja formular preguntas sugestivas durante el contrainterrogatorio tiene sentido en la medida en que ese tipo de pregunta es el medio o método más seguro para controlar al testigo adverso, y el *control* es uno de los principales elementos de un buen contrainterrogatorio.

Es por lo anterior que la regla sobre formulación de preguntas cerradas resulta ser una aplicación práctica de otra regla más general, la que aconseja **mantener el control sobre el testigo** durante el contrainterrogatorio. Como enseña F. Lee Bailey, el *control* es uno de los elementos principales de un buen contrainterrogatorio:

Un interrogador tiene que controlar a su testigo muy de cerca, sin dejarle ninguna escapatoria, como eludir las respuestas difí-

828 Bergman, op. cit., p. 143-144.
829 Howard L. Nations, *Cross-Examination*, en http://www.howardnations.com , traducción propia.
830 El Libro del Cambio (I Ching), citado por Thomas Cleary, *El arte de la Estrategia*, op. cit., p. 127.

ciles con descripciones largas, calculadas para distraer; también tiene que controlar la dirección y el ritmo del interrogatorio.[831]

En el mismo sentido Goldberg expone:

La característica distintiva de la repregunta eficaz es el control que ejerce el abogado. Mientras el abogado y no el testigo controla el ritmo y la sustancia de las repreguntas, aquél no puede perder. El control es el mecanismo de seguridad del abogado en las repreguntas.[832]

Algunas de las técnicas más comúnmente utilizadas para mantener el control sobre el testigo durante el contrainterrogatorio son las siguientes:

1) No formular ninguna pregunta

2) Formular solo preguntas sugestivas

3) Repetir la pregunta no contestada[833]

4) Convertir la renuencia a contestar en la pregunta siguiente[834]

5) Hacer saber al testigo que uno conoce los hechos sobre los que se le pregunta

6) Solicitar la intervención del Juez para que el testigo sea responsivo[835]

La tercera y cuarta técnicas persiguen el propósito de denunciar o subrayar ante el juzgador el carácter evasivo del testigo, lo cual es importante por cuanto, para apreciar el testimonio, el juez tendrá en cuenta "el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad".[836]

831 Bailey, op. cit., p. 156.
832 Goldberg, op. cit., p. 185.
833 Por ejemplo:
P: Denunció usted esos hechos inmediatamente?
C: Para que iba a denunciar, aquí la justicia no funciona.
P: Denunció usted los hechos inmediatamente?
834 Por ejemplo:
P: Denunció usted esos hechos inmediatamente?
C: Para que iba a denunciar, aquí la justicia no funciona.
P: Yo no le pregunte si la justicia no funciona, cierto?
O éste otro formato:
P: Yo no le pregunte si la justicia funciona, le pregunte si denunció usted esos hechos inmediatamente, lo hizo?.
835 Por ejemplo: Señor Juez, ¿podría usted solicitarle al testigo que conteste a mi pregunta?
836 Artículo 404 Ley 906 de 2004.

Por último, la regla que prohíbe solicitar explicaciones al testigo durante el contrainterrogatorio encuentra una aplicación más particular en la regla que aconseja **no formular la pregunta final y definitiva en cuestión**. Se trata en realidad del mismo principio: si se formula la pregunta crucial en disputa, en el fondo se está retando al testigo a suministrar una explicación; además, la formulación de la pregunta definitiva llevará necesariamente a la pérdida del control sobre el testigo.

La doctrina anglo-norteamericana del contrainterrogatorio usualmente ilustra esta regla con 'la historia de la nariz', una anécdota apócrifa bastante aleccionadora acerca de los riesgos que implica formular la pregunta definitiva en el contrainterrogatorio[837]. En resumen, se trata de un caso de lesiones personales bastante sui generis, en el cual el único testigo de cargo declara que estaba en el lugar de los hechos cuando vio que el acusado le mordió la nariz a la víctima. Durante el contrainterrogatorio el defensor se orienta a cuestionar la deficiente percepción del testigo:

P: La riña ocurrió en la noche, es correcto?

C: Si

P: Y no había luna esa noche, verdad?

C: No.

P: Usted estaba a unos cincuenta metros del lugar donde ocurrió la riña, es así?

C: Si, más o menos.

P: Usted no estaba allí esperando que ocurriera una riña, o si?

C: No.

P: Antes de que ocurriera usted estaba ocupado en sus cosas, es correcto?

C: Claro.

837 Citan ésta anécdota Bergman, op. cit., p. 130; Hegland, op. cit., pp. 109-110; y Bailey, op. cit., p. 159.

P:Y usted volteó a ver lo que ocurría cuando escuchó un grito, es eso verdad?

C: Si.

P:Y la víctima grito solo después de que le mordieron la nariz, no es así?

C: Si.

P: Entonces, señor testigo, por todo lo que nos ha dicho, usted en realidad no vio quien le arrancó la nariz a la víctima, es correcto?

C: No, no es correcto.

P: Por qué?

C:Yo vi cuando él la escupía.

La 'anécdota de la nariz' sirve para ilustrar dos reglas: la penúltima pregunta es *la pregunta definitiva* que implícitamente invita al testigo a explicar; la última pregunta es una expresa solicitud de explicaciones. Este tipo de preguntas no deben formularse en un contrainterrogatorio.

Para comprender la esencia de la regla que sugiere no formular la 'pregunta definitiva' conviene recordar que la actividad del abogado litigante en juicio no se agota en el contrainterrogatorio. Este es apenas uno de los muchos elementos que componen una defensa o una acusación en el proceso judicial. De ahí que no se deba pretender "hacerlo todo" en el contrainterrogatorio. Se debe interrelacionar la actividad desplegada en el contrainterrogatorio con la otra evidencia del proceso y las alegaciones.

Existe una estrecha relación de causa y efecto entre el contrainterrogatorio y las alegaciones de conclusión: en los alegatos se *recoge* lo que se *sembró* durante el contrainterrogatorio. Según la calidad de la semilla así será la cosecha. Por ese motivo, se debe resistir a la tentación de formular "la última pregunta" durante el contrainterrogatorio, aquella que argumenta o expone la tesis central que se sostiene frente al testigo adverso. En otras palabras, el contrainterrogador debe reservar las explicaciones sobre

las respuestas del testigo para el alegato de conclusión, no para el testigo. Al respecto, McCurley y Mercier enseñan:

> Si logramos nuestro punto, resistamos la tentación de formular la última pregunta. Debemos guardar nuestro golpe para los alegatos de conclusión. Solo Perry Mason gana la totalidad del caso durante el contrainterrogatorio.[838]

En el mismo sentido, para F. Lee Bailey la *terminación* es uno de los elementos de un buen contrainterrogatorio: "el mejor momento para dejar al testigo a su propia suerte es cuando se le confronte en su punto más débil."[839] Por ese motivo "un interrogador debe saber cuando retirarse de la escena en el clímax sin insistir en que se cubra exhaustivamente todo lo que dijo el testigo ni lo que podría ser de su conocimiento."[840] Cobra aquí sentido un tradicional principio de la estrategia: *Sabiendo cuándo detenerte, estás a salvo del peligro*.[841]

Esta regla encuentra excepción, aplicable en circunstancias muy especiales, en una técnica de ataque al testigo consistente en producir un efecto determinado a partir de la formulación directa y rápida de 'la pregunta definitiva'. Se trata de situaciones en las cuales el contrainterrogatorio es objeto de especial atención por parte del juzgador, el testigo se encuentra en un punto límite y conviene que se escuche una confrontación directa para formar convicción sobre lo que se quiere establecer. En esos casos, con una experiencia y amplio recorrido en el arte de la repregunta, el contrainterrogador se puede atrever a formular la pregunta definitiva. Al respecto Goldberg enseña:

> A veces tendrá que preguntar por preguntar; en realidad no le importa cual sea la respuesta. Se trata generalmente de una pregunta acusadora, un método peligroso e irritativo en la mayoría de las circunstancias de las repreguntas. Esa pregunta generalmente es la última que se formula en el curso de las repreguntas y el examinador casi ha llegado de regreso a su

838 M. McCurley y K. W. Mercier, op. cit., traducción propia.
839 Bailey, op. cit. p. 183.
840 Ibíd., p. 158.
841 Lao Tse, citado por T. Cleary, *El Arte de la Estrategia*, p.69.

silla en el momento en que el testigo tiene la oportunidad de responder. Este tipo de pregunta, si se la utiliza moderadamente, es una excepción de la norma que afirma que uno no formula posiciones en el curso de las repreguntas y, por el contrario, las presenta en el cierre. El ejemplo clásico de este tipo de repreguntas es la acusación del Fiscal al fin de las repreguntas formuladas al acusado de asesinato que atestiguó en su propia defensa:

P.- Y usted la mató, ¿verdad?

Por supuesto, la respuesta carece de importancia. En las circunstancias apropiadas, la última pregunta tal vez no sea formulada con el carácter de una pregunta orientadora:

P.: ¿Por qué lo mató?

El abogado que formuló la pregunta la precedió con preguntas que señalaban el motivo y la complementó sentándose antes de que el acusado comenzara a negar. Antes de que decida formular una pregunta acusadora por la pregunta misma, asegúrese de contar con su fundamento durante el resto del interrogatorio, con la oportunidad para lograr que ese tipo de escena dramática sea eficaz y con el descaro necesario para llevar adelante la cosa.[842]

Louis Nizer, en su clásico *Mi Lucha en los Tribunales*, ilustra la aplicación de esta especial técnica en un caso en el cual se demandó a un médico por mala práctica profesional al atender un parto que terminó con la muerte del hijo y la madre:

En las repreguntas llega un momento en que el abogado puede permitirse el lujo de desafiar con sus preguntas, haciendo caso omiso de las negativas del testigo. **Cuando en el aire mismo se cierne la inverosimilitud de las respuestas** de éste, no importa que siga negando. Las preguntas suscitan la aprobación del jurado y las repetidas protestas del testigo solo subrayan lo insostenible de su posición. Una serie de preguntas como esas nunca transmiten toda su fuerza en la frialdad de

842 Goldberg, op. cit., pp. 2

las letras de imprenta. Ello se debe a la pasión e la indignidad con que han sido formuladas, mientras que las débiles respuestas del testigo se pasan por alto, como si no las oyesen siquiera, y causan el efecto de un alegato acusatorio.

P.- ¿No fue el hecho de que la conformación de la paciente era demasiado pequeña la verdadera razón de que no se hiciera ningún esfuerzo para una extracción por versión manipulando con las manos?

R.- No señor.

P.- Y no fue la verdadera razón de que usted haya practicado la cesárea la primera vez el hecho de que la conformación de la paciente era demasiado pequeña y usted no pudo sacar al niño por el conducto natural?

R.- Saqué a su hijo la segunda vez por el conducto natural.

P.- ¿Muerto, no es así?

R.- Debido al estado de la madre.

P.- Estaba muerto, no es así?

R.- Si, señor.[843] (s.n.)

Este evento de formulación de la pregunta definitiva coincide con la técnica que Bergman denomina *refutación a partir de nuestra propia historia*, una modalidad de repreguntas consistente en "parecer que se cuestiona gravemente la declaración de un testigo", y cuyo propósito es "hacer notar que no se acepta la versión del testigo". Este estilo de repreguntas se utiliza cuando uno "no dispone de medios prontos para recusar a un testigo."[844]

843 Nizer, Louis, *Mi lucha en los Tribunales*, Ediciones Selectas, Buenos Aires, 1963, pp. 341-342. Véase el texto completo del contrainterrogatorio formulado por Nizer al médico demandado en éste caso de responsabilidad civil, Ibíd., pp. 333-353.
844 Bergman, op. cit., p. 157-159. Éste tema será abordado en el capítulo sobre *La Técnica de Impugnación*, Num. 3.2.2. *Técnica de recusación mediante nuestra propia historia.*

2. Segunda regla: No haga una pregunta si no conoce la probable respuesta

Esta regla es precisada de diversas formas por los autores. F. Lee Bailey la define aconsejándole al litigante:"no haga preguntas cuando no sabe cual es la *respuesta veraz*".[845]

Wellman, citando la opinión de un veterano litigante anglo-americano, advierte que "un abogado nunca debe formularle a un testigo preguntas durante el contrainterrogatorio a menos que, en primer lugar, él conozca cual sería la respuesta o, en segundo lugar, que no le importe la respuesta".[846]

De lo que se trata con esta regla es de no hacer preguntas *a ciegas* durante el contrainterrogatorio. Al respecto Burke y Pietrafesa acotan:

> El contra- interrogatorio no es el momento para descubrir hechos nuevos. No es el momento para ser curioso. Recuerde, la curiosidad mató al gato. De la misma manera ésta puede matar su caso.[847]

No formular una pregunta a menos que se conozca la probable respuesta es una elemental regla de precaución y prudencia durante el contrainterrogatorio. La 'historia de la nariz' también ilustra este consejo. Muchos procesos se han perdido al dejar de lado esta básica regla de precaución, y el responsable único del fracaso es el abogado que formuló la pregunta que no debió formular, no el testigo que se limitó a contestar lo que le preguntaron.

Gráficamente expuesto, el riesgo de formular preguntas cuya respuesta se desconoce es semejante al que se presenta cuando, en una carretera, el conductor adelanta otro carro en una

845 Bailey, op. cit., p. 159, resaltado propio.
846 Wellman, op. cit., p. 23, traducción propia.
847 P. M. Burke y G. A. Pietrafesa, *An Introduction to Cross-examination*, en http://www.crelaw.com/crossexamination.pdf. , traducción propia.

pronunciada curva: es posible llevarse una sorpresa muy desagradable.

Se debe comprender esta regla en sus justas dimensiones. No se trata de conocer *la exacta respuesta* que dará el testigo a la pregunta. De lo que se trata es de conocer la *probable y razonable respuesta* a la pregunta formulada; de esta forma se tiene alguna seguridad y control, que es lo que en últimas garantiza la regla. La lógica, las reglas de la experiencia, las demás pruebas y la investigación extraprocesal son algunas ayudas para determinar cual será la probable respuesta del testigo.

En efecto, para saber cual es la probable respuesta a una pregunta, a fin de formularla con un razonable margen de seguridad, se debe anticipar que *tiene* y que *debe* admitir el testigo[848].

Por un lado, se puede prever que *tiene* que admitir el testigo considerando sus previas declaraciones y las de los demás testigos. Así, por ejemplo, el testigo se hace vulnerable a una impugnación por declaración previa inconsistente si difiere con las respuestas que él mismo ha expresado en anteriores oportunidades.

De otro lado, con menor nivel de seguridad que en el anterior evento, es posible saber que *debe* admitir el testigo teniendo en cuenta el sentido común, la lógica, la experiencia y las probabilidades. Si el testigo contesta algo que choca abiertamente con estos parámetros su testimonio será impugnable o recusable resaltando su carácter inverosímil.

Por ejemplo, puede que el contrainterrogador no sepa exactamente que hizo el testigo en el momento en que percibió un tiroteo, en el curso del cual identificó al acusado como quien disparó; pero el sentido común indica que en esa situación debió de alguna forma intentar proteger su vida y buscar refugio. Luego, se puede prever la razonable respuesta a una pregunta del estilo:

848 Al respecto véase T. Mauet, op. cit., p. 253.

P: ¿Qué hizo usted inmediatamente después de que escuchó los primeros disparos?

Si el testigo llegare a contestar algo como:"me quedé ahí de pie mirando los detalles del rostro del agresor", surgiría inmediatamente una línea de contrainterrogatorio para desacreditar el testimonio por inverosimilitud.

Esta regla puede infringirse y hay maneras correctas e incorrectas de hacerlo. Uno de los casos se presenta cuando el contrainterrogador debe *salir de pesca*[849] o *contrainterrogar a ciegas*[850], evento en el cual, sobre la base de una profunda y decantada experiencia, se puede contrainterrogar sin conocer las respuestas a las preguntas, con la sola brújula del sentido común y la experiencia. Es la técnica más difícil del contrainterrogatorio y jamás la debería intentar el litigante en sus primeros diez o veinte juicios.

3. Tercera regla: No repita el interrogatorio directo

En términos generales no hay razón para formularle al testigo una pregunta que le permita repetir su testimonio durante el contrainterrogatorio. La razón de ser de esta regla es obvia:"cuando en el contrainterrogatorio le pedimos al adversario que repita su interrogatorio directo, esto simplemente ayuda a elevar su credibilidad".[851]

En consecuencia, no debe formularse ninguna pregunta si terminado el interrogatorio directo no se encuentra un área precisa de indagación y unos objetivos claros, a menos que las circunstancias aconsejen un breve *contrainterrogatorio aparente*[852]. Si se desconoce este antiguo consejo la consecuencia será que el

849 Bergman, op. cit., pp. 167-173.
850 Berg, David H., *Blind Cross-examination*, en http://www.bafirm.com/articles/blindcross.html
851 M. McCurley y K. W. Mercier, op. cit., traducción propia.
852 Véase el capítulo sobre *El Contrainterrogatorio Silencioso*, Num. 2. *El contrainterrogatorio Aparente*.

testigo aprovechará la oportunidad para volver a repetir las respuestas entregadas en el interrogatorio directo, mostrándose más convincente y creíble a los ojos del juzgador. F. Lee Bailey enseña al respecto:

> Cuando un testigo que es objeto de interrogación, hace poco menos que repetir lo que ya ha dicho en el examen directo, su credibilidad tiende a aumentar a los ojos del jurado, por la simple razón de que se ha mostrado consistente bajo el ataque. Si éste es el fruto de sus esfuerzos en este procedimiento, entonces solo ha perjudicado a su cliente, en vez de ayudarle.[853]

Sin embargo, a veces es apropiado que el contrainterrogatorio afirme o dé confianza al testigo para que repita el examen directo con el fin de exaltar su declaración en un punto donde posteriormente podrá ser destruido, bien con afirmaciones del mismo testigo, de otro testigo, con otras pruebas o mediante el poder de la lógica y las reglas de la experiencia. Esta técnica solo debe ser utilizada en manos de experimentados contrainterrogadores. En esos casos se exalta la declaración para demolerla.

Para Goldberg, ese es uno de los eventos en los que se permite "que el testigo declare libremente en el curso de las repreguntas"; es una versión particular de "cuánto más grandes son, más dura la caída" y solo es eficaz cuando se tiene arrinconado al testigo:

> ... es la situación en que su testimonio puede ser derrotado por otro o por una norma de sentido común. Cuando ese testigo ha declarado en directo, y uno tiene otro testigo, otra evidencia, o una lógica irrefutable que permite negar la afirmación, el mejor curso que el abogado puede seguir en el caso de las repreguntas es lograr que el testigo repita y destaque la afirmación, para destruirla. Uno no ataca al testigo, lo alienta. El propósito total de la repetición del testimonio directo, generalmente una idea terrible, es acentuar los perfiles del teatro de la ulterior destrucción del testigo. Se desprende de todo esto que uno debe tener la evidencia necesaria para derrotar la afirmación y que la evidencia que uno tiene naturalmente será más persuasiva a los

853 Bailey, op. cit., pp. 158-159.

> ojos de los jurados. La única razón por la cual se incita al testigo a repetir el testimonio es la necesidad de afirmar los perfiles exactos y de destacarlo para beneficio de los jurados (...) Nunca exalte la declaración del testigo ante los jurados, a menos que tenga la certeza de que puede demolerla.[854]

Adicionalmente, la regla que aconseja no repetir el interrogatorio directo durante el contrainterrogatorio presenta una especial excepción en el caso de los testigos claramente perjuros. Wellman, al tratar el "contrainterrogatorio del testigo perjuro", expone uno de los métodos aplicables para desenmascarar los relatos que se sabe son fruto del aleccionamiento y la preparación. Dicho método comienza con una conducta que contradice la regla que aconseja no repetir el interrogatorio directo:

> Si, en todo caso, el comportamiento del testigo y la redacción de su testimonio evidencian las marcas de la preparación, es usualmente útil, como primera pregunta, **pedirle que repita su historia**. Usualmente la repetirá casi idénticamente en las mismas palabras anteriores, mostrando que las aprendió de memoria.[855] (s.n.)

En el mismo sentido Howard L. Nations aconseja:

> Usted puede permitirle al testigo volver a narrar o repetir una respuesta dada en el interrogatorio directo cuando usted está tratando de demostrar que el testigo ha memorizado la historia y contará la misma historia dos veces, o tres veces precisamente en las mismas palabras. Normalmente, un testigo no repetirá una historia palabra por palabra a menos que sea memorizada. Como sea, algunos abogados dejarán sus testigos abiertos a este tipo de contrainterrogatorio. Otra situación en la cual un testigo puede ser alentado durante el contrainterrogatorio a volver a narrar ocurre cuando el testigo ha contado una historia en el interrogatorio directo que es tan vulnerable que puede ser totalmente destruida. Debe enfatizarse que ese método de aproximación es raramente aconsejado o justificado.[856]

854 Goldberg, op. cit., pp. 209-210.
855 Wellman, op. cit., p. 48, traducción propia.
856 Nations, op. cit., traducción propia.

Esta excepción a la regla es de delicada aplicación y solo debe usarse por expertos contrainterrogadores cuando se tenga certeza de la preparación o aleccionamiento del testigo.

4. Cuarta regla: No discuta con el testigo

Una imagen idealizada –y equivocada- del contrainterrogatorio, ampliamente alimentada por el cine y la televisión, induce a pensar que en ese escenario el abogado, en tono acusador, apunta inquisitivamente con su dedo al testigo mientras hace que el relato se desmorone ante su decidido avance. En este esquema el abogado "lucha" y discute con el testigo y este último termina sucumbiendo ante la inteligencia y astucia del litigante. Esta imagen debe ser desterrada a fin de evitar aquello a lo que usualmente conduce dicho enfoque en la realidad: el fracaso del contrainterrogador.

Goldberg acertadamente advierte que "el ansia de discutir con el testigo proviene de la idea de que usted debe imponerse en el curso de las repreguntas, del sueño de aniquilar por completo al testigo y de la creencia del abogado en el sentido de que puede 'ganar puntos' en el curso de las repreguntas. El último de estos conceptos es el menos válido. No se ganan puntos en las repreguntas, se los obtiene en la argumentación final."[857]

Debe tomarse conciencia de que no solo se discute con el testigo en el contrainterrogatorio de manera *explícita*. También se puede propiciar una discusión *implícita* con el testigo, como cuando se le formula la última y crucial pregunta en cuestión. Cuando se realiza la pregunta de confrontación definitiva, en realidad, en un sentido psicológico implícito, se está *discutiendo* con el testigo.

En efecto, nótese como la 'discusión' con el testigo en el curso del contrainterrogatorio siempre adopta esta forma básica: el tes-

857 Goldberg, op. cit., p. 194.

tigo afirma algo y el abogado lo niega. Si por ejemplo, la línea de contrainterrogatorio sugiere que la desatención del testigo al momento de la percepción le impidió ver lo que él dice haber visto, la pregunta que *implica discusión* adoptará la forma:

P: Entonces, su desatención le impidió ver el accidente, verdad?

Psicológicamente, el planteamiento implícito en este intercambio es el de una discusión. En la 'historia de la nariz', por ejemplo, la penúltima pregunta fue una forma de discusión con el testigo.[858] Por eso, existe una estrecha relación entre la regla que prohíbe discutir con el testigo y la que indica que no se debe formular la ultima pregunta de confrontación durante el contrainterrogatorio.

En cuanto al manejo del tono de la voz es importante considerar la *actitud* a desarrollar durante el contrainterrogatorio. La actitud es uno de los elementos fundamentales de un buen contrainterrogatorio, y por eso:

> la manera en la cual un interrogador trata a un testigo tiene que ser adecuada a las circunstancias. Uno *no utiliza* un tono de voz fuerte, lleno de sarcasmo, tratándose de una persona anciana, atractiva y agradable, ni con un niño. En cambio, es propio manifestar desdén o incluso mofa mediante las actitudes, gestos o el tono de la voz ante un testigo que miente, y esto se hace en forma cada vez más marcada conforme el prosigue su relato.[859]

5. Quinta regla: Concéntrese en el testigo y en sus respuestas

Una de las reglas más importantes y omitidas en la práctica del contrainterrogatorio es la que sugiere *escuchar las respuestas del testigo*. Como expresa Mauet,"esto puede parecer obvio, pero

858 *P: Entonces, señor testigo, por todo lo que nos ha dicho, usted en realidad no vio quien le arrancó la nariz a la víctima, es correcto?*

859 Bailey, op. cit., 2002, p. 157-158, resaltado en el texto original. más adelante el autor en cita agrega que el contrainterrogatorio se caracteriza por "la ausencia del lenguaje que exprese sarcasmo o ironía, los que nunca deben usarse, al interrogar a un testigo, excepto cuando se quiere poner en evidencia las mentiras de alguien que es obviamente un hombre ruin." (Ibíd, p. 183).

el hecho es que los abogados usualmente olvidan hacerlo. A menos que esté observando y escuchando, usted perderá los matices y graduaciones en el testimonio del testigo. No sumerja su cara en sus notas preocupándose acerca de la próxima pregunta mientras el testigo está contestando la última pregunta."[860]

Muchas veces, por causa del nerviosismo, el contrainterrogador no *escucha* realmente las respuestas del testigo ni *observa* la forma en que declara. Cuando el testigo declara durante el interrogatorio –y durante el contrainterrogatorio mismo- debe ser atentamente analizado por el contrainterrogador.

Hay todo un universo revelándose implícitamente cuando el testigo declara. El lenguaje *no verbal* es el más elocuente y los gestos usualmente dicen mucho más que las palabras. De esta observación minuciosa usualmente surgirán las pautas para contrainterrogar sobre determinadas áreas de la declaración. De ahí que "la atención a los detalles durante el interrogatorio directo es algunas veces la clave para un exitoso contrainterrogatorio."[861]

Por eso se aconseja al contrainterrogador:

> Sus manos tienen que estar libres la mayor parte del tiempo, y sus ojos tienen que estar clavados en el testigo. Si necesita consultar constantemente notas u otros materiales escritos, entonces sacrificará algo esencial: la velocidad.[862]

En el mismo sentido, la doctrina es unánime en señalar que *el último y más importante paso en la preparación del contrainterrogatorio* consiste en escuchar y observar atentamente el comportamiento y las respuestas del testigo mientras es interrogado.[863]

Sobre este tema Burke y Pietrafesa anotan:

> Escuche las respuestas. No pregunte mecánicamente pregunta tras pregunta sin escuchar las respuestas del testigo. Las respuestas pueden contener el testimonio favorable que usted

860 Mauet, op. cit., p. 243, traducción propia.
861 Nations, op. cit., traducción propia.
862 Bailey, op. cit., p. 157.
863 Entre otros: Goldberg, op. cit., p. 200; también Schwartz, Louis S., *Proof, Persuasion And Cross-Examination: A Winning New Approach In The Courtroom*, Englewood Cliffs, New Jersey, Sixth Printing, 1978, vol. II, p. 1606.

> está buscando obtener en el contrainterrogatorio. Cuando esto suceda, usted ha completado su tarea y debería considerar terminar su contrainterrogatorio. De otro lado, si usted no escucha las respuestas del testigo puede que no escuche el testimonio dañino que debe ser afrontado.[864]

La regla que aconseja escuchar con atención las respuestas del testigo, además de ayudar a detectar las fisuras del testimonio, opera también como técnica de concentración mental para controlar el nerviosismo del contrainterrogador durante su difícil tarea. En este sentido Hegland aconseja:

> Si escucha, prestará atención a la respuesta inesperada que después abre una nueva línea de indagación. También posee la ventaja suplementaria de calmar el nerviosismo. Si usted concentra la atención en sus preguntas, en realidad está atendiendo a su desempeño y a su propio estado. Sin necesidad de considerar el aspecto personal, es evidente que esta situación le provoca nerviosismo. En cambio, si usted concentra el esfuerzo en la respuesta, orientará su atención hacia fuera.[865]

Experimentados contrainterrogadores han revelado que uno de los secretos de su arte es la minuciosa y profunda observación del testigo durante el interrogatorio. De Lloyd Paul Stryker, famoso abogado litigante y "contrainterrogador instintivo y profundo", relata Peter M. Brown:

> Striker era un observador agudo. El podía observar cuidadosamente como se comportaba el testigo en la Corte y en la silla de testigos. El podía fijar sus ojos en su presa durante el examen directo. A diferencia de muchos de nosotros, él no se sentaba allí con los ojos hacia abajo, tomando nota. El estudiaba las específicas peculiaridades del testigo. El buscaba pistas en las formas de expresión individual del testigo. El escuchaba las variaciones de tono en la voz causadas por la tensión de las cuerdas vocales. El notaba las pausas. El notaba destellos de ansiedad, sequedad en la boca, humedad en los labios, excita-

864 Burke y Pietrafesa, op. cit., traducción propia.
865 Hegland, op. cit., p. 131.

> ción, inconformidad y las inapropiadas repeticiones de material aprendido. El buscaba tartamudeos e innecesarias referencias al nombre del abogado por parte del testigo:"yo nunca fui alla, señor Fiscal.". Los ojos eran de un particular interés. Como y cuando las pupilas cambiaban y se movían? Cuando se estrechaban los ojos o parpadeaban? El reírse o secarse la frente involuntariamente. Escurrirse las manos, agarrarse, rascarse y componerse. Las piernas que cambian de sitio. Una mano que toca el bolsillo con notas tomadas de sus abogados sobre lo que hay que evitar a toda costa. . . .
>
> Al seguir el ejemplo de Striker usted puede ser un buen cirujano; *observe* su sujeto y luego vaya por la yugular.[866]

Hay otro aspecto implicado en la regla que sugiere *escuchar las respuestas del testigo*: Muchas veces el testigo no contesta a las preguntas, las evita hábilmente y el contrainterrogador no lo nota, continuando adelante con otras preguntas.

Se debe prestar la suficiente atención a las respuestas del testigo, de lo contrario las preguntas podrán serán inadvertidamente evadidas sin que ello sea notado por el contrainterrogador. Esto se explica por la inercia mental del ritmo creado por el esquema pregunta – respuesta, de donde se asume mecánica e inconscientemente que la pregunta fue contestada por el hecho de producirse una respuesta de la boca del testigo.

Esto es más grave aún en nuestra práctica forense, donde se recogen las diligencias de testimonio mediante el procedimiento del dictado o escritura: la parsimoniosa lentitud inherente a todo ese procedimiento refuerza la programación mental a la que se viene haciendo referencia.

En la diligencia de testimonio oral la declaración se practica en *tiempo real*, el que corresponde a la conversación humana de la vida cotidiana. En consecuencia, con mayor razón hay que prestar especial atención a las respuestas del testigo; solo escuchando atentamente las respuestas es posible notar con precisión

866 Brown, op. cit., p. 22-23, traducción propia, letra resaltada en el texto original. MÁXIMA IV: "*Be a skillful surgeon*" [sea un cirujano habilidoso].

cuando el testigo *desvía la pregunta*, y se podrá aplicar el correctivo apropiado: **insistir en la pregunta**, porque *durante el contrainterrogatorio jamás se puede aceptar la respuesta que ofrezca una escapatoria*.[867]

Al respecto, Peter M. Brown señala que una de las máximas del contrainterrogatorio es *no renunciar*:

> Si usted considera que el propósito vale la pena, no renuncie. Sea tan persistente como pueda. Muy a menudo nosotros vemos un contrainterrogador continuar con otro asunto después que el testigo en contrainterrogatorio se rehúsa a dar respuesta directa a una pregunta. Revise sus preguntas en diferentes formas e insista en una respuesta.[868]

6. Sexta regla: Desarrolle un sentido estratégico y de oportunidad

Al referirse a los *medios para obtener la máxima sinceridad posible en las respuestas*, Emilio Mira y López enseña que "*La intención de la pregunta* resulta, como es natural, tanto más *difícil* de adivinar cuanto más lejana es su relación con el hecho que el testimonio tiene interés en deformar. Si, pues, queremos obtener una máxima sinceridad en los testimonios es necesario que eludamos en ellos cuidadosamente las preguntas que-valga la frase- *predisponen* a la insinceridad".[869]

Esto es aun más cierto cuando se trata de contrainterrogar. La técnica aconseja que el testigo adverso no debe ser advertido acerca de hacia donde se dirige el contrainterrogador. En este sentido el tono de la voz, por ejemplo, podrá ser especialmente revelador. El contrainterrogador puede revelar inconscientemen-

867 Goldberg, op. cit., p. 217; Hegland, op. cit., p. 123.
868 Brown, op. cit., p. 78, traducción propia. MÁXIMA XIX: "*Don´t give up.*"
869 Mira y López, Emilio, *Manual de Psicología Jurídica*, 5ª Edición, Librería El Ateneo, Buenos Aires, 1961, p. 128, resaltado en el texto original.

te sus intenciones con un aire y tono victoriosos, lo cual será instintivamente percibido por el testigo.

En este sentido Goldberg enseña:

> La actitud y la oportunidad son el fundamento que permite realizar el escenario de las repreguntas. Como la fuerza real de las repreguntas está en la escena de la derrota, más que en la sustancia de las respuestas, las fallas en el ámbito de la actitud y la oportunidad pueden lograr que un episodio de repreguntas que parece perfecto en la transcripción fracase miserablemente en la sala del tribunal.[870]

Por su parte, Peter M. Brown sostiene que "literalmente, la pregunta correcta hecha en el momento correcto puede hacer llorar a hombres adultos".[871] Y explica que encierra lo que él denomina la 'técnica del gancho de carnicero' *(Meta-Hook Technique)*:

> Theodore Kiendl, un atleta destacado y excelente abogado de Columbia, fue conocido por el uso de lo que yo llamo la técnica del gancho de carnicero. Kiendl, un contrainterrogador hábil, trataría invariablemente a un testigo adverso con la más grande cortesía y amabilidad, haciendo al testigo menos suspicaz y más relajado. Lentamente, definitivamente, metódicamente kiendl desarrollaba evidencia, pregunta tras pregunta, hasta que el testigo era cercado en el gancho de carnicero por sus propias respuestas.
>
> Entonces Kiendl cambiaría en su personalidad y golpearía el testigo, algunas veces más bien duramente, por abuso de confianza, falta de buena fe, deshonestidad menor, falta de sinceridad, deslealtad, negligencia, conveniencia propia, o conducta ofensiva- dependiendo del contexto. A menudo el jurado, despertado al teatro de primera clase, sería cautivado, y el juez traído desde sus ensueños de jubilación por un cambio de ritmo, agregaría (así ahí!) algunas preguntas eficaces de su propiedad las cuales acababan con el testigo hundido. La lección es importantísima al contrainterrogar su testigo. Asegúrese de

870 Goldberg, op. cit., 214
871 Brown, op. cit., p. 86, traducción propia.

que su testigo esté enganchado antes de dramatizar su mal comportamiento.[872]

7. Séptima regla: Sea breve

La teoría de la estrategia enfatiza la importancia de la rapidez para alcanzar la victoria en el combate. Sabiamente se ha dicho que *la guerra es como el fuego; si no te apartas de él terminará quemándote*.[873]

Esta consideración estratégica sirve para comprender por qué la doctrina recomienda ser muy breve durante esa batalla en que consiste el contrainterrogatorio. Como anota Hegland, "la tarea básica del abogado es afrontar la gran capacidad humana de desatención"[874]. Al terminar el interrogatorio, el juzgador espera apreciar la confrontación que suscitará el contrainterrogatorio, su atención, en consecuencia, está en un punto alto cuando el abogado de la contraparte va a proceder a preguntarle al testigo que acaba de ser interrogado por quien lo convocó a juicio.

Pues bien: ese importante momento psicológico por el que pasa el juzgador debe ser aprovechado al máximo. El contrainterrogatorio debe ocupar el mínimo de tiempo necesario para desarrollar los temas fundamentales que ayuden al juzgador a entender la teoría del caso del contrainterrogador. Un contrainterrogatorio excesivamente extenso, que abarque demasiados aspectos o que desarrolle información no esencial al caso, inevitablemente conducirá a la pérdida de la atención del Juez y, con ello, a un efecto general de ineficacia, cuando no claramente contraproducente para la causa de quien contrainterroga. Al respecto, Howard L. Nations enseña:

Numerosas máximas legales se han desarrollado a través de los años hasta conducir generalmente a una proposición: la

872 Ibíd., Máxima XXVI, traducción propia.
873 Li Quan, *Anales de la Primavera*, citado en *El Arte de la Guerra*, Sun Tzu, Introducción de F. Arbeleez, Electra, 3ª edición Bogotá, 1993. A Sun Tzu se atribuye la frase según la cual "*Lo más importante en la operación militar es la victoria y no la persistencia.*" (Ibíd., p. 41)
874 Hegland, op. cit., p. 105.

> brevedad en el contrainterrogatorio es importante. No formule preguntas carentes de importancia durante el contrainterrogatorio. Una pregunta que no avanza su caso lo obstaculiza. Cuando el contrainterrogatorio comienza usted tiene la atención renovada de los jurados, quienes están esperando por una confrontación interesante. Como sea, dando por sentado el regalo de una prometedora atención del jurado, usted debe retener esa atención formulando preguntas agudas, significantes y relevantes, y haciendo puntos de forma consistente durante el examen del testigo. Un contrainterrogador es tan bueno como lo sea su última serie de preguntas.[875]

Esta regla debe complementarse señalando: ser breve e *ir al grano*. Es decir, abordar con rapidez el punto relevante en discusión. Si el contrainterrogador se pierde en múltiples ataques a los detalles desenfocará la sustancia del ataque principal y, con seguridad, se extenderá; por eso, "no arruine el escenario de un buen proceso de repreguntas mediante el ataque a los detalles".[876]

8. Octava regla: Mantenga el ritmo

En el contrainterrogatorio es usual y aconsejable que las preguntas sean formuladas por el abogado con cierto ritmo *a manera de fuego graneado* [877]. La velocidad es uno de los elementos principales de un buen contrainterrogatorio. Un contrainterrogatorio eficiente debe desarrollarse en "un ritmo casi implacable ... uno que no le da al testigo que trata de fabricar sus respuestas el tiempo suficiente para lograrlo".[778]

El ritmo del contrainterrogatorio debe ser un 'rápido martilleo' con el que se pretende "forzar que una respuesta verdadera y

875 Nations, *Cross-Examination*, op. cit., traducción propia.
876 Goldberg, op. cit., p. 220.
877 El término, bastante apropiado, en Romero Soto, Julio y Romero Álvarez, Rocío. *Técnica Jurídica de Investigación Penal e Interrogatorio*, Librería del Profesional, Bogotá, 1.989, p. 68. En el mismo sentido Goldberg, quien alude a la técnica consistente en "desgranar las preguntas con cierto ritmo" (op. cit., p. 192).
878 Bailey, op. cit., p. 157.

exacta brote involuntariamente del subconsciente del testigo, no obstante los esfuerzos conscientes de éste para formular las respuestas que mejor defiendan la posición que él haya tomado en el caso."[879]

Ello es especialmente aplicable a aquella clase de testigos que no quieren admitir nada hasta que se ven forzados a ello; en esos casos resulta particularmente útil arrojar las preguntas con *un ritmo creciente de rapidez y energía*, de manera que el dominio de sí mismo y la reserva del testigo cedan, incluso, hasta llegar a un reconocimiento fatal para quien llevó a cabo el interrogatorio directo.[880]

En este sentido ya Bentham había resaltado que **la prontitud de la respuesta** representa una seguridad contra la mentira porque "cuánto más rápido se de [la respuesta], menos podrá ser premeditada", ya que "mentir es inventar y, conforme a la experiencia universal, se puede establecer como axioma que *la memoria es más rápida que la imaginación*, más pronta para los relatos enlazados que tengan carácter de verosimilitud y que puedan afrontar la prueba de un examen contradictorio".[881]

Para lograr el ritmo sugerido se debe utilizar un lenguaje simple y formular preguntas muy cortas. Se ha dicho con razón que "la simplicidad es la marca del contrainterrogador efectivo. Preguntas cortas pintan un cuadro comprensible para el juez o el jurado. Las palabras adornadas y la elaborada sintaxis no tienen lugar en el contrainterrogatorio".[882]

Al respecto, Burke y Pietrafesa anotan:

> Su objetivo es obtener un hecho con cada pregunta, cada pregunta debe aparecer como una declaración de un solo hecho pidiendo por la afirmación del testigo. Esto hará el contrainterrogatorio mucho más manejable para usted, prevendrá objeciones de su adversario (por ejemplo, que usted esta formu-

879 Ibíd, pp. 180-181.
880 Sobre ello, ejemplificado con un caso real, L. Nizer, op. cit., p. 342.
881 Jeremy Bentham, *Tratado de las Pruebas Judiciales*, Editorial jurídica universitaria, México, 2001, p. 81, resaltado en el texto original.
882 McCurley y Mercier, *Cross-examination*, op. cit., traducción propia.

lando preguntas compuestas), y permite al jurado seguir más fácil y comprensiblemente su contrainterrogatorio.[883]

La regla de un ritmo constante e implacable está relacionada con aquella, ya expuesta, que aconseja **no pedir explicaciones al testigo** durante el contrainterrogatorio. En efecto, es usual en nuestra práctica judicial que el abogado formule una pregunta, o serie de preguntas, y luego deje pasar un espacio de tiempo durante el cual piensa en su próxima pregunta o línea de preguntas. Esta costumbre es desaconsejable en la medida en que invita al testigo a explicar en medio del espacio de tiempo que el abogado utiliza para preparar las preguntas.

Si se deja que corran varios segundos en blanco entre las preguntas el testigo se sentirá tentado a explicar para llenar ese *espacio verbal implícito*; por eso se ha dicho, con razón, que "el silencio invita a explicar al testigo, casi en la misma medida que una pregunta que inquiriera "¿por qué?"".[884]

De ahí que el ritmo del contrainterrogatorio, de la manera en que se viene exponiendo, ayude a llenar ese espacio verbal implícito entre una pregunta y la siguiente. Por eso se recomienda que cuando el testigo conteste una pregunta, enseguida el contrainterrogador formule otra, y así sucesivamente. De ésta forma, "si tiene en mente la pregunta siguiente cuando formula la primera, conseguirá preservar la seguridad y el control de la respuesta de cada palabra (...) El abogado debe encontrarse preparado con la pregunta número dos cuando formula la pregunta número uno".[885]

Sin embargo, sostener el ritmo durante el contrainterrogatorio no debe descuidar la otra regla que sugiere **escuchar atentamente las respuestas del testigo**. Mantener el ritmo sin escuchar las respuestas es sacrificar el fondo por el estilo, y nada bueno va a surgir de ese enfoque.

Por último, la exigencia de un ritmo implacable y sostenido no implica autorización para entorpecer las respuestas del testigo,

883 Burke y Pietrafesa, *An Introduction to Cross-examination*, op. cit., traducción propia.
884 Goldberg, op. cit., p. 191.
885 Ibíd, pp. 191-192

como cuando se lo atropella formulándole una nueva pregunta sobre su respuesta –inconclusa- a la pregunta anterior. Estos eventos pueden constituir una forma de acoso al testigo que debe ser adecuadamente controlado por el juez y la parte contraria durante el contrainterrogatorio.

Por eso "trate con justicia al testigo. Usted no debe ser hostil, especialmente si busca obtener concesiones del testigo, incluyendo que él o ella pudo haberse equivocado en su testimonio directo".[886]

9. Novena regla: Comience y termine con los puntos más fuertes

Esta regla se conoce en la doctrina angloamericana como la exigencia de "*primacy*" y "*recency*". Los expertos contrainterrogadores aconsejan siempre comenzar el contrainterrogatorio con un punto importante y terminar con un gran efecto de victoria sobre el testigo. La razón de esta regla consiste en que la atención del juzgador está más dispuesta al comienzo y al final de la diligencia.

El momento culminante del contrainterrogatorio es determinante para persuadir al juzgador acerca de quién llevó la peor parte. Sobre esto Goldberg anota:

> La norma más usual que prevalece en el ámbito de los repreguntadores es la que dice que se debe terminar con un alarde verbal. La pregunta que concluye con una buena respuesta del testigo es letal para el repreguntador. Incluso si uno ha inflingido un daño importante en las repreguntas, se lo percibirá como un "derrotado" si el testigo responde con eficacia a la última pregunta. Una repregunta que termina con una pregunta nula y una respuesta nula no es mucho más convenien-

886 Burke y Pietrafesa, op. cit., traducción propia.

te para el abogado. La última pregunta es el último disparo. Asegúrese de que el testigo "haya caído muerto al suelo", por lo menos en la última pregunta.[887]

En el mismo sentido H. L. Nations agrega:

Recientemente, el principio de que los jurados recordarán más largamente lo que ellos escucharon al final, tiene múltiples aplicaciones durante el juicio. Usted deberá terminar cada contrainterrogatorio con un punto muy fuerte. Como sea, es también muy importante terminar cada receso, en cada día de testimonio, y el caso como un todo con un punto muy significativo. Además, usted debe estar constantemente atento no solo al contenido del contrainterrogatorio sino a la oportunidad de las preguntas.

Es imperativo que no termine el contrainterrogatorio débilmente sobre un asunto de poca importancia. A toda costa, evite terminar el contrainterrogatorio con el testigo controlando la situación y usted desconcertado. Si usted alcanza un punto alto –como la tacha del testigo o una admisión del testigo sobre un punto vital- pese el significado del material restante, de un lado, con un final fuerte e inmediato, del otro, con el reloj como un factor a considerar en la ecuación.[888]

El cambio de un ritmo de fuego graneado a un silencio terminal posterior, en el marco de un desenlace dramático, puede ser devastador y remarcar el efecto de que "el testigo cayó muerto al piso" como consecuencia del enfrentamiento con el contrainterrogador. Este silencio deliberado también puede preceder a la culminación de una línea de repreguntas antes de iniciar con la siguiente. A esto es a lo que Peter M. Brown denomina el "efecto vuelo de mosca" (*pin drop effect*):

Cuando durante su contrainterrogatorio el testigo de la oposición ha sido finalmente atrapado u obligado a hacer una admisión material que es importante para su caso, a menudo es

887 Goldberg, op. cit., p. 219.
888 Nations, op. cit., traducción propia.

efectivo dejar de hacer preguntas por un momento y dejar que la respuesta se hunda con el jurado. Un momento de silencio en la Corte puede ser asombroso y en algunos casos puede despertar a un jurado o dos. Yo llamo a esto el efecto vuelo de mosca.[889]

889 Brown, *The Art of Questioning…*, p. 80, traducción propia. MÁXIMA XX: *"Stratle with silence: the pin-drop effect"* [Sorprenda con el silencio: El efecto vuelo de mosca].

XI.
La Preparación del Contrainterrogatorio

*Un buen ejército gana primero y luego puede ir a la batalla. El perdedor primero se lanza al ataque y posteriormente busca la victoria.**

El interrogatorio directo y el contrainterrogatorio son técnicas distintas con propósitos esencialmente diversos. Por eso la preparación para el contrainterrogatorio -comparada con la del interrogatorio- amerita algunas precisiones y recomendaciones específicas en razón de la diversa naturaleza de cada una de estas técnicas adversativas. En este sentido Romero Soto y Romero Álvarez enseñan:

> La preparación que es necesaria es sentida prontamente cuando se hace la comparación del papel de quien [contrainterroga] con el papel de su contraparte en un examen directo. El directo examinador comienza su tarea conociendo la substancia (sic) del testimonio, aunque no se conozca el lenguaje preciso con que éste es expresado; por quien [contrainterroga] se debe a menudo prever lo que el testigo habría de responder cuando se le formulan preguntas en un interrogatorio. Quien interroga puede pedirle únicamente al testigo el que narre la historia de los hechos; por quien [contrainterroga] se buscará generalmente hacer o poner de presente su concepto sobre el caso, pero evitará que por el testigo se caiga en una repetición mo-

* *Sun Tzu, El Arte de la Guerra.*

> nótona. El que lleva a cabo un examen directo hará preguntas a un testigo amigo quien desea en muchos casos se le preste una ayuda para estimular sus recuerdos; quien lleva a cabo un [contrainterrogatorio] se ve con frecuencia enfrentado a un testigo hostil que busca obstaculizarlo en cada momento. El examinador directo puede preparar y escuchar por muchas veces al testigo favorable por él citado o hecho comparecer, hasta la perfección; quien [contrainterroga] no pocas veces se ve enfrentado al testigo por la primera vez en la audiencia misma. Así las cosas, es claro que quien lleva a cabo el [contrainterrogatorio] se inicia en su tarea con una desventaja la cual solo puede ser superada con una diligente preparación.[890]

Una de las máximas del contrainterrogatorio, quizá la primera, es que "no existe reemplazo para la preparación."[891] Todos los grandes contrainterrogadores han sostenido que la base de un buen proceso de repreguntas no es otra que una meticulosa y minuciosa preparación. A este respecto Samuel Leibowitz anotaba lo siguiente, al referirse a una de sus célebres defensas penales: "El caso Hoffman es un buen ejemplo de como estos asuntos se ganan trabajando asiduamente. ¡Comprobar, cotejar, verificar...! La llamada 'brillantez' que se ve y se escucha en la Sala de Jurados es el producto final de semanas y a menudo meses de fatigoso y aburrido trabajo."[892]

La preparación para el contrainterrogatorio es muy exigente. Goldberg advierte que "debe ser tan completa que el abogado mismo esté en condiciones de atacar una afirmación inesperada o de aprovechar un error imprevisto".[893] El objetivo de la prepa-

890 Romero Soto, Julio y Romero Álvarez, Rocío, *Técnica Jurídica de Investigación Penal e Interrogatorio*, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 3ª Edición actualizada, 2.003, pp. 557-558, en el mismo sentido página 662. Las expresiones "contrainterrogatorio" y "contrainterrogador", entre paréntesis, reemplazan las palabras "interrogatorio" e "interroga" que aparecen en el texto. Como ya se anotó antes, esta obra suele referirse indistintamente al contrainterrogatorio como "interrogatorio", lo cual puede inducir a confusión al lector que no comprenda claramente la distinción entre ambas técnicas adversariales.

891 Esta es la primera máxima del contrainterrogatorio que presenta Peter Megargee Brown en su *The Art of Questioning. Thirty Maxims of Cross-Examination*, Macmillan, USA, 1987, p. 7: "There is no substitute for preparation".

892 Reynolds, Quentin, *Sala de Jurados. La Historia de Samuel S. Leibowitz*, Traducción del Inglés por Carlos Gaytan, Editorial Constancia, México, 14ª Edición, 1969, p. 71.

893 Goldberg, Steven H. *Mi Primer Juicio Oral: ¿Dónde me siento y que diré?*, Traducción del Inglés por Aníbal Leal, Heliasta, Buenos Aires, 1994, p. 197. Título del original inglés: "The First Trial: Where Do I Sit? What Do I Say?".

ración para quien contrainterroga, como bien se ha dicho, es "conocer todo lo que por la contraparte se sabe y eliminar o alejar, tan lejos como fuere posible, el momento de una sorpresa de carácter negativo ... Dicho más simplemente, la diligencia y la dedicación con que la persona que [contrainterroga] hubiere efectuado su preparación determinará, en últimas, la eficacia de su [contrainterrogatorio]".[894]

A continuación se expondrán algunas ideas relacionadas con la preparación para el contrainterrogatorio, bajo el siguiente esquema:

En primer lugar se abordará *la preparación del abogado que lleva a cabo el contrainterrogatorio*; algunas condiciones personales y mentales son indispensables para desempeñarse con destreza en el ejercicio de esta difícil técnica adversativa.

Luego se explicarán las *dos fases o momentos básicos* en la preparación del contrainterrogatorio: la preparación previa al juicio, en el contexto de la organización del caso, y la preparación durante el interrogatorio o examen directo.

Posteriormente, se señalarán los pasos que integran el proceso total de *preparación de las repreguntas*, para finalmente exponer como debe construirse *la hoja del contrainterrogatorio del testigo*, herramienta indispensable en el proceso de preparación.

1. La preparación del contrainterrogador

Contrainterrogar es un arte que implica ciertas condiciones y habilidades mentales especiales en quien lo ejecuta. Mientras mejores sean estas habilidades en el repreguntador mucho mejor será el producto o resultado.

894 Romero Soto y Romero Álvarez, op. cit., 1ª edición, 1.989, p. 451, paréntesis fuera del texto original. Se sustituye la expresión "interrogatorio", empleada en el texto, por cuanto alude realmente al *contrainterrogatorio*.

Quien no cuente con estas destrezas personales debidamente desarrolladas no debe desanimarse al iniciar esta difícil tarea, pues todas estas habilidades pueden desarrollarse mediante el trabajo constante y disciplinado, aun en presencia de los mas graves obstáculos.[895]

En primer lugar, debe decirse que el prerequisito de un exitoso contrainterrogador es *la confianza en sí mismo*.[896]

F. Lee Bailey enseña que durante el contrainterrogatorio trabajan simultáneamente una serie de habilidades que debe poseer el contrainterrogador:[897]

1. **Control**: El control se predica en tres direcciones: 1) al testigo, 2) a la dirección del contrainterrogatorio y, 3) al ritmo del contrainterrogatorio.

2. **Velocidad**: El contrainterrogatorio se desarrolla a un ritmo vertiginoso, casi implacable, para que la preparación de la respuesta no altere la verdad. La *velocidad* favorece el *control*.

3. **Memoria**: A medida que pregunta, el contrainterrogador tiene que conservar en su mente una cantidad considerable de datos sobre el caso; tiene que tener la habilidad de recordarlos y utilizarlos cuando las circunstancias se lo exijan, sin consultar escritos para no sacrificar la *velocidad*.

4. **Sintaxis**: Una buena sintaxis permite formular preguntas absolutamente claras, cortas e inequívocas, lo cual facilita el desarrollo del *control* sobre el testigo y la *velocidad*.

5. **Lógica**: Un pensamiento lógico es imprescindible y debe soportar todo el proceso de repreguntas; esto no impide que las repreguntas concretas puedan formularse yuxtapuestas y fuera de orden, para impedirle al testigo preparar las respuestas a su acomodo.

895 Así, a manera de ejemplo, ha pasado a la historia la perseverancia de Demóstenes quien, siendo tartamudo, se preparó infatigablemente hasta convertirse en uno de los mejores oradores de su tiempo.
896 Goldberg, op. cit., p. 184.
897 Se sigue, resumiéndolo, a Bailey, F. Lee. *Cómo se Ganan los Juicios. El Abogado Litigante*, Limusa Noriega Editores, México, 9ª. reimpresión, 2002, pp. 156-158.

6. **Momento oportuno**: Se requiere sentido común para advertir las oportunidades inesperadas que surgen en el contrainterrogatorio, lo que exige estar constantemente alerta mediante una especial sensibilidad para captar la oportunidad "en el ambiente", bien sea para asestar un golpe mortal al testigo o pera dejar caer cierto efecto o impresión penetrante en el ánimo del juzgador.

7. **Actitud**: Se requiere tacto y don de gentes en cuanto a la forma en que se lleva a cabo el contrainterrogatorio, especialmente en cuanto al trato que se le debe brindar al testigo. Una adecuada sensibilidad permitirá decidir el tipo de tono de voz a utilizar y la actitud -combativa o generosa- para con el testigo.

8. **Conclusión**: Saber concluir significa terminar cuando hay que terminar. Nada arruina tanto un contrainterrogatorio como alargarlo mas allá de donde debió suspendérsele.

En esta misma línea de pensamiento, ya en su clásico *Arte del Contrainterrogatorio* Francis L. Wellman señalaba, a principios del siglo XX, las condiciones que debía reunir un exitoso contrainterrogador en ese duelo mental entre el abogado y el testigo en que consiste realmente el contrainterrogatorio:[898]

- El más grande ingenio
- El hábito del pensamiento lógico
- La claridad de percepción en general
- Una paciencia y autocontrol infinitos
- El poder para leer intuitivamente las mentes de los hombres, para juzgar su carácter por sus rostros, para apreciar sus motivos
- La habilidad para actuar con fuerza y precisión
- El conocimiento maestro de la materia en juego
- Una extrema cautela
- Y sobre todo: un instinto para descubrir el punto débil (*instinct to discover the weak point*)

898 Wellman, Francis L., *The Art of Cross-examination*, Dorset, Press, New York, Fourth Edition, 1986, p. 8.

2. La preparación del contrainterrogatorio en el contexto de la preparación del caso

Esta fase va ligada a la preparación de la totalidad del caso. Por eso, la construcción y desarrollo de la **teoría del caso** va de la mano de la preparación del contrainterrogatorio. Obviamente, el litigante deberá elaborar tanto su propia teoría del caso como la de su contraparte.

Recuérdese que la *teoría del caso* es la posición y aproximación que se tiene frente a toda la evidencia discutible e indiscutible que será presentada en el juicio; la teoría del caso se forma con la integración de los hechos indiscutibles, con la versión que se tiene de los hechos discutibles, creando así una posición coherente y lógica en el juicio de manera que al concluir se pueda entregar al juzgador la más plausible explicación acerca de "qué pasó realmente".[899]

El tratamiento detallado de la teoría del caso excedería los alcances de este libro; existe abundante bibliografía sobre el tema, a la cual puede remitirse el lector.[900] La siguiente síntesis sobre lo que es una teoría del caso será suficiente para continuar adelante con nuestro tema:

La teoría del caso comienza a desarrollarse desde la primera entrevista con los potenciales testigos, no en los momentos previos al juicio. Las notas características de una buena teoría del caso son: *sencillez*, *credibilidad*, *lógica* y *flexibilidad*.

899 Mauet, Thomas A, *Fundamentals of Trial Techniques*, Little, Brown and Company, Boston – Toronto, 1980, pp. 8-9.

900 Esclarecedora al respecto es la obra de Paul Bergman, *La Defensa en Juicio. La Defensa Penal y la Oralidad*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Segunda edición, 1995, Capítulo II: "Elementos de Narración Persuasiva", pp. 19-55; en la doctrina nacional véase Reyes Medina, Cesar Augusto – Solanilla Chavarro, Cesar Augusto y Solórzano Garavito, Caerlos Alberto Roberto, *Sistemas Procesales y Oralidad Procesal (Teoría y Práctica)*, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2.003, Capítulo V: "La Teoría del Caso", pp. 121 – 128; también, *Técnicas del Juicio Oral en el Sistema Penal Colombiano. Lecturas Complementarias*, Comisión Interinstitucional para el impulso de la oralidad en el proceso penal, documento elaborado por CHECCHI AND COMPANY CONSULTING COLOMBIA, Bogotá, 2.003, pp. 103-107: "La Teoría del Caso".

La teoría del caso sirve para planear metódicamente el litigio, identificar los hechos materia del debate, saber cuáles pruebas aportar y a cuáles oponerse, determinar la práctica de las pruebas (interrogar y contrainterrogar), sintetizar los argumentos (alegatos de conclusión) y persuadir al juzgador.

Construir una teoría del caso implica subsumir los hechos del caso (**teoría fáctica**) dentro del derecho aplicable (**teoría jurídica**), según los elementos de convicción recopilados (**teoría probatoria**), de modo que permitan construir una historia con significado penal relevante.

En otras palabras, la teoría del caso es un conjunto de **hechos** que se han reconstruido mediante la **prueba** y se han subsumido dentro de las **normas** penales aplicables, de modo que los hechos jurídicamente relevantes puedan ser probados.

Como puede verse, en la construcción de una teoría del caso están implicados tres niveles de análisis:

a) Nivel fáctico o de los hechos. Es la **Teoría Fáctica** o de los hechos del caso: una **historia creíble** con hechos, personajes, acciones, instrumentos, objetos con que se realizan los hechos, circunstancias de modo, tiempo y lugar. Tiene secuencia cronológica, debe contener solo elementos relevantes y ser verosímil. Es importante aprender a identificar los *hechos relevantes* y diferenciarlos de los irrelevantes.

b) Nivel jurídico o del derecho. Es la **Teoría Jurídica** o del Derecho aplicable al caso: una abstracción o construcción que hace el Derecho para diseñar hipótesis aplicativas de la Ley. La teoría jurídica no se construye solamente con la Ley (en sentido material). Especial importancia tiene la jurisprudencia (precedente judicial) en cuanto indica la forma en que los jueces aplican la Ley a los casos concretos.

c) Nivel probatorio o de las pruebas. La **Teoría Probatoria** o de la prueba de los hechos del caso es importante porque de poco sirven los hechos en un juicio o proceso sino se pueden probar. La teoría probatoria es ese entramado de relaciones demostrativas que acreditarán la real ocurrencia de la teoría fáctica.

Pues bien: de lo que se trata al construir una teoría del caso es de *subsumir la teoría fáctica en la teoría jurídica*, es decir, de *suprimir la distancia existente entre relatos (desprovistos de connotación jurídica) y elementos jurídicos(desprovistos de connotación fáctica).*

Lo anterior se logra mediante la presentación de **proposiciones fácticas** para cada uno de los elementos de la **Teoría Jurídica.** Una proposición fáctica es una afirmación de hecho que satisface un elemento jurídico; es un elemento jurídico reformulado en un lenguaje corriente, que se refiere a una experiencia concreta del caso sobre la que los testigos pueden declarar.

Las proposiciones fácticas permiten saber cuáles son los hechos precisos que se debe estar en condiciones de probar y cuáles las pruebas de que se debe disponer.

El contenido de las proposiciones fácticas se determina mediante el relato de los testigos, lo que significa que la prueba testifical se prepara y estructura sobre la base de las proposiciones fácticas propias y las de la contraparte.

De este breve análisis resulta clara la manifiesta importancia de la teoría del caso para la preparación del contrainterrogatorio.

La doctrina enseña que la mejor preparación para el contrainterrogatorio solo puede sobrevenir si el abogado realiza una minuciosa investigación previa a la audiencia, e independiente al trámite del proceso por parte del funcionario judicial. Como enseña Hegland:

> Antes del juicio, conocerá lo sustancial del testimonio que su adversario desea proponer. Hay declaraciones, informes policiales y entrevistas con los testigos. Incluso en el caos del tribunal de tránsito, podrá obtener una visión previa de la prueba testimonial de su contrario gracias a las conversaciones rápidas y temerosas con el cliente. ("Mire con quién habla el Fiscal. ¿Por qué no me dijeron que había un perro en el escenario del incidente? ¿Qué vio?").[901]

901 Hegland, Kenney F., *Manual de Prácticas y Técnicas Procesales*, Traducción del Inglés por Aníbal Leal, Heliasta, Buenos Aires, 1995, p. 112-113, paréntesis en el texto original.

Para efectos del contrainterrogatorio hay que revisar con cuidado la antigua máxima, muy ligada a nuestra cultura judicial, según la cual "lo que no existe en el expediente *no existe*"; eso es cierto en lo que toca con el principio de *necesidad de la prueba*, ya que el funcionario judicial solo puede apoyar sus decisiones con el material probatorio obrante en el expediente. Pero a la hora de prepararse para el contrainterrogatorio, lo que hay en el expediente es apenas una pequeña muestra de la información de que se debe disponer para contrainterrogar exitosamente; en este sentido la información del expediente es solamente la punta de un iceberg.

Romero Soto y Romero Álvarez enseñan que la preparación para el contrainterrogatorio se presenta en relación con varias *áreas de trabajo* que son a la vez *áreas de descubrimientos*:[902]

2.1. En relación con la evidencia.

Se recomienda repasar y estudiar minuciosamente los siguientes aspectos, no taxativos, y asegurarse de ubicarlos rápida y apropiadamente al momento de formular el contrainterrogatorio:

La totalidad del expediente; los nombres y direcciones de todos los potenciales testigos; documentos escritos provenientes de todos los testigos; diarios, notas, memorandos, reportajes o escritos de todos los testigos; antecedentes judiciales de todos los testigos; reportajes científicos; fotografías de las escenas involucradas; videocintas; objetos encontrados al implicado (en asuntos sancionatorios), etc.

2.2. En relación con el testigo de la contraparte.

Han de tenerse presentes los siguientes elementos: el respaldo de la declaración; la ocupación; registro de empleos u hoja de vida; el estatus familiar; problemas de salud y adicciones al alcohol o a las drogas; características físicas; historia psiquiátrica; antecedentes penales o de policía; vicios anteriores y/o comisión de actos inmorales; mala reputación anterior; interés en el caso;

902 Se sigue a Romero Soto y Romero Álvarez, op. cit., 1.989, páginas 451 y ss..

relaciones con otros testigos; relaciones con el procesado y con la víctima (en asuntos penales); motivo del litigio; excusas o prejuicios.

2.3. En relación con las anteriores declaraciones del testigo de la contraparte.

Este aspecto de la preparación es fundamental. Es la base para una eventual *impugnación por enunciado previo inconsistente*.[903] Y es que "sabiéndose lo que el testigo ha dicho en anteriores ocasiones ello permitirá, a quien lo [contrainterroga] prever lo que el testigo dirá y facilitará comparar su testimonio en audiencia con la declaración que anteriormente rindiera".[904]

2.4. En relación con las referencias científicas.

Este aspecto de la preparación es especialmente aplicable al difícil contrainterrogatorio de expertos.

Samuel Leibowitz sostenía:

> El abogado defensor debe tener la capacidad y el deseo de estudiar y dominar temas enteramente ajenos a la Ley. Durante el ejercicio de mi profesión, he tenido que estudiar y entender a fondo todos los temas científicos que pueden concebirse, desde balística hasta serología. Supongo un caso de homicidio. Fíjese bien: alguien puede matar y sin embargo no ser asesino. Al defender clientes a quienes suponía mentalmente irresponsables, tuve que hacer un estudio intuitivo de psiquiatría.[905]

Ahora, la obtención de información relevante como medio para preparar el contrainterrogatorio se logra mediante las siguientes gestiones básicas, que son necesarias no solo para la elaboración de las repreguntas, sino para el diseño de la teoría del caso:[906]

903 Véase el capítulo sobre *La Técnica de Impugnación*, Num. 3.1. *La impugnación mediante declaración previa inconsistente del propio testigo.*
904 Romero Soto y Romero Álvarez, op. cit., 1.989, p. 453.
905 Q. Reynolds, op. cit., p. 71.
906 Se sigue a Romero Soto y Romero Álvarez, op. cit., 1.989, páginas 454 y ss...

2.5. La entrevista con los testigos de descargos.

Este tipo de gestión implica tener en cuenta las siguientes recomendaciones:

— Nunca se debe insinuar al testigo que declare sobre hechos que no han tenido ocurrencia.

— Siempre debe entrevistarse al testigo en presencia de un tercero. Esto protege al abogado contra una posible falsa acusación por intimidación, soborno o semejantes.

— Se debe elaborar un acta que deberá ser firmada por el testigo potencial, o grabar la entrevista, o preferiblemente ambas cosas, dándole a conocer al testigo el hecho de la grabación antes de proceder con la entrevista, por ejemplo, diciéndole: *Estoy grabando su declaración para que esté seguro de que no será alterada y que conservaré sus propias palabras.*

— Se deben formular siempre preguntas abiertas para permitirle al testigo hablar por sí mismo, ello significa que se evitarán sugestiones de parte del entrevistador en esta delicada fase preliminar, pues lo que se pretende con estas entrevistas previas a la declaración formal es exclusivamente *conocer lo que el testigo sabe*.

En todo caso, a todo testigo potencial que sea entrevistado antes de la audiencia por una de las partes, una vez escuchado su relato se le debe aconsejar siempre y explícitamente *decir la verdad* mediante una apropiada instrucción, que bien puede adoptar una forma como la sugerida por Romero Soto y Romero Álvarez:

> Yo no intento manifestarle qué debe usted decir cuando ocupe el puesto de los testigos y no intento decirle a usted como debe decirlo. Necesito decirle una cosa, no obstante, y es que quiero que recuerde todo lo dicho anteriormente. Nada que pueda suceder, ninguna pregunta que le pueda ser hecha, usted debe decir solamente la verdad. No lo olvide. Decir la verdad.[907]

907 Ibíd., página 72.

2.6. La entrevista con el representado.

Sea cual fuere la materia tratada, una entrevista completa con el cliente es fundamental y necesaria para preparar un buen contrainterrogatorio. Esta entrevista se desarrolla en el marco de la relación cliente-abogado, amparada por el secreto profesional.

En asuntos penales, el enorme poder del Estado para investigar la vida de las personas es en parte contrarrestado por esta garantía. El defensor tiene de su lado al principal protagonista del proceso: el acusado. Solo en algunos casos el abogado requiere de su cliente que le diga la *verdad* de lo sucedido, lo cual usualmente ocurre cuando la discusión del proceso es de naturaleza fáctica[908] .

En todo tipo de asuntos es particularmente necesario que el representado diga la verdad de lo sucedido a su abogado cuando este pretenda contrainterrogar a los testigos adversos que declaren hechos en forma diversa a como lo sostiene el demandado o sus testigos de descargos. Esto es así por cuanto cualquier variación o falseamiento de los hechos por parte del cliente puede llevar a que el contrainterrogador formule preguntas creyendo, equivocadamente, conocer las respuestas. La violación de esa regla elemental del contrainterrogatorio puede ocasionar un desastre irreparable en el litigo.

Un caso pertinente que ilustra la importancia de una adecuada entrevista con el representado, en una controversia de naturaleza fáctica, aparece dramáticamente representado en la escena culminante de la película "*El Veredicto*"[809] . Un prestigioso y poderoso médico fue demandado por fallas en el procedimiento de aplicación de anestesia a una paciente, lo que dio lugar a que ésta quedara inválida de por vida. La paciente se había ahogado con su propio vómito en la mascarilla de anestesia, lo que planteaba el problema de cuántas horas antes de la cirugía había ingerido

908 Una primera y elemental clasificación metodológica de los asuntos sometidos a litigio divide los asuntos en *de hecho* (o *de prueba*) y *de puro derecho.* Para un adecuado manejo del litigio es aconsejable separar ambos tipos de problemas, aun cuando en los casos reales las cuestiones de hecho y las de derecho aparecen a menudo mutuamente implicadas. Adicionalmente, suele ocurrir que un mismo caso implica varias cuestiones de hecho y de derecho.
909 *The Veredict*, Twentieth Century Fox, 1982.

alimentos. El médico declaró en el examen directo que la paciente no había ingerido alimentos dentro de las "9 horas" anteriores a la cirugía, lo cual salvaba su responsabilidad y constaba en el formulario de ingreso a cirugía de la paciente; durante el contrainterrogatorio el demandante formuló preguntas hipotéticas al demandado, en las cuales éste admitió que si la paciente hubiese comido "1 hora" antes de la cirugía, haberla intervenido hubiese constituido un caso de negligencia criminal.

El demandante presentó entonces un *testigo de refutación*[910], la enfermera que había llenado el formulario de ingreso de la paciente a cirugía, quien al ser escuetamente interrogada afirmó que antes de la cirugía le había informado al médico demandado que la paciente había ingerido alimentos "1 hora" antes, y que ella así lo había anotado en el formulario, entregando al demandado la información. En este punto se presentaba una manifiesta contradicción entre lo consignado en el formulario de ingreso de la paciente ("9 horas") y lo acabado de declarar en el examen directo por la enfermera que lo firmó ("1 hora"). Cuando le correspondió el turno de contrainterrogar, el apoderado del demandado preguntó antes que nada a su cliente en privado: "¿Hay algo que yo deba saber?" El demandado hizo un gesto negativo con la cabeza.

Sobre esta base informativa el abogado del demandado se arrojó a impugnar la declaración por contradicción con lo consignado en el formulario de ingreso de la paciente; y con estupor fue sorprendido por un testimonio que no había surgido en el examen directo: el médico, habiéndole confesado a la enfermera su error en el procedimiento (pues no había leído la anotación de "1 hora"), la había compelido a alterar el formulario modificando el "1" por un "9", so pena de hacerla despedir del empleo y arruinarle su carrera; cuando el abogado fue más incisivo en el contrainterrogatorio la testigo exhibió una fotocopia del documento inalterado, obtenido por ella del original antes de alterarlo por orden del demandado. La testigo se apegaba fielmente a la verdad de lo sucedido.

910 En el sistema acusatorio, quien contrainterroga al testigo puede contradecir su declaración presentando otra evidencia que se denomina de refutación (*rebutting evidence*), siempre y cuando recaiga sobre cuestiones o temas no colaterales (*noncollateral matters*).

Este caso demuestra la importancia de una entrevista adecuada con el cliente, en la cual el contrainterrogador sepa a cuáles hechos atenerse para formular sus repreguntas. En este tipo de situaciones, el representado que engaña a su abogado se engaña frente a un espejo.

2.7. La entrevista con los testigos adversos.

Aun cuando en principio no se recomienda entrevistar a los testigos adversos, lo cierto del caso es que ello no está prohibido y, más aún, en ciertos casos puede ser necesario hacerlo. Por eso se ha dicho que "no se opone a la ética profesional y deberes y derechos del abogado intentar entrevistar, interrogar y contrainterrogar a todos los testigos que fueren citados por la contraparte; lo excepcional sería que quien investiga no pudiera interrogar a persona alguna, como tampoco lo pudiera hacer el abogado de la defensa."[911]

En estas entrevistas deben seguirse las mismas reglas ya anotadas con relación a la entrevista de los testigos de descargos. Adicionalmente, los autores sugieren algunas recomendaciones especiales aplicables a la entrevista de los testigos adversos:[912]

- No se debe intentar obtener respuestas bajo falsas pretensiones o identificaciones. Por lo tanto, el abogado (o su investigador privado) se identificará directa y expresamente con su propio nombre y calidad.

- Se explicará al potencial testigo el propósito de la entrevista tan simple como fuere posible, por ejemplo "Desearía pedirle una declaración sobre la forma, el lugar y la fecha de la ocurrencia de tales hechos."

- Se deberá ser prudente, amplio y cortés, pues se tiene ante sí a una persona afectada con los hechos en sentido distinto a la posición que se representa.

911 Romero Soto y Romero Álvarez, op. cit., 1.989, p. 455.
912 Se sigue, con algunas variaciones lo expuesto por Romero Soto y Romero Álvarez, Ibíd., pp. 455 - 456 y por Mauet, op. cit., pp. 15-16.

- Se asegurará de que el testigo consienta previamente la entrevista.

- Nunca se debe sembrar, directa o indirectamente, la duda en el testigo si de su parte se está dando una versión de los hechos que él cree verdadera.

- Se deben intentar obtener las declaraciones por escrito y firmadas o grabadas de alguna manera.

- Siempre que sea posible, se debe entrevistar al testigo con otra persona presente, quien, de ser necesario, puede llegar a ser convocado como testigo de dicha conversación. Esta práctica también protege al entrevistador (bien sea el abogado o su investigador) contra alegaciones de conducta impropia.

2.8. Investigación personal sobre la escena del hecho o el lugar de las percepciones del testigo.

Para lograr una debida preparación del contrainterrogatorio se deben tener en cuenta las siguientes recomendaciones[913]:

- La observación de la escena debe hacerse lo más pronto posible después de que ocurrió el hecho que la involucra. Esto para evitar que el tiempo altere la disposición de los lugares.

- La observación de la escena debe hacerse, en lo posible, en las mismas condiciones en que la percepción o el hecho tuvieron ocurrencia (la misma hora, del día o de la noche), a fin de que se pueda reconstruir un cuadro mental apropiado del sitio y de las condiciones de luz.

- El litigante debe hacer la observación de la escena acompañado por testigos de los hechos que puedan ubicarlo y explicarle dónde y cómo ocurrieron los hechos.

- La observación debe ir acompañada de mediciones para estimar con precisión las distancias relevantes para la apreciación de los hechos.

913 Para estas juiciosas recomendaciones se sigue a Romero Soto y Romero Álvarez, op. cit., 1.989, pp. 457-458.

- La observación debe detectar los probables obstáculos que dificultan, o puedan dificultar, la percepción de los testigos adversos que eventualmente declararán en el proceso.

La siguiente anécdota, referida por Samuel Leibowitz sobre su experiencia personal en el litigio penal, ilustra acertadamente la importancia de este aspecto de la preparación para el contrainterrogatorio:

> Repasando los testimonios del juicio sentí que había sido usted muy severo con el patrullero McCormack que dijo haber visto a Hoffman cerca de la escena del crimen.
>
> -Yo lo creo que fui duro con ese patrullero -contesto Leibowitz-, McCormack dijo que había estado de pie en el boulevard Victoria a las 4:25 de la tarde del crimen. Dijo que estaba pidiendo con el pulgar una "levantada", que un Ford sedán había pasado a treinta kilómetros por hora y que Hoffman iba manejando. Tuve una corazonada y la seguí. Supe por el Departamento Meteorológico que el 25 de Marzo de 1924, fecha en que se había cometido el crimen, había sido un día claro, brillante y con un sol deslumbrador. Esperé un día en que las condiciones climatéricas (sic) fuesen igual que en marzo 25 y luego tomé el bote de río que va a la Isla Staten; llegué al Boulevard Victoria y me coloqué en el sitio preciso donde McCormack decía haber estado, y precisamente a la hora fijada por él. McCormack (sic) había dicho que ese Ford sedán venía rumbo de la Carretera de los Enamorados, eso es, del Oriente.
>
> Estuve allí observando como los autos se aproximaban y pasaban junto a mí. El sol era todavía deslumbrador a las 4:25 y pegaba en mí el cristal del parabrisas de todos los autos que venían del rumbo oriental. En esa época los parabrisas de los autos no eran inclinados, como ahora, sino perpendiculares al piso del vehículo. Cuando la luz del sol pegaba sobre el cristal era reflejada o desviada a tal grado que yo, de pie donde estaba, no podía distinguir si la persona que venía manejando era hombre o mujer. En cuanto a las facciones no podía distinguirlas en lo absoluto. Ni siquiera hubiera podido decir si la persona que venía al volante era un blanco o un negro.

Además, aquella es una carretera libre y sin mucho tránsito. Los autos pasan zumbando a mucho más de treinta kilómetros por hora. Ningún automovilista llevaría ese paso en tan descampada carretera. Estuve allí durante una hora y obtuve la interna convicción que el patrullero McCormack estaba –digámoslo así-, equivocado. Por eso me mostré algo severo cuando lo interrogué. Gané aquel caso estudiando balística y pasando una soleada tarde en la Isla Staten.[914]

2.9. Investigación profesional sobre los hechos mismos objeto de estudio.

El tiempo del litigante que tiene ante sí un juicio es muy limitado. Por eso, de ser posible, habrá de valerse de los servicios de un profesional en la investigación, sea cual fuere la naturaleza del litigio (civil, laboral, comercial, etc.).

En materia penal este recurso compensa la investigación que sobre los hechos efectúa la Fiscalía por medio de la Policía Judicial. Ya desde su primera edición de 1.989 lo advertían Romero Soto y Romero Álvarez:"Si fuera posible (el abogado) tomará los servicios de un investigador privado que trate de balancear o compensar las afirmaciones de los funcionarios del Cuerpo Técnico de Policía Judicial destinados a prestar a los jueces la colaboración que sea necesaria".[915]

El investigador designado por el abogado podrá cubrir los siguientes aspectos con el fin de apoyar al litigante en la preparación del contrainterrogatorio[916]:

- Identificar a todos los potenciales testigos adversos
- Determinar el sitio donde los testigos adversos pueden ser hallados
- Ejecutar un control retroactivo de los testigos adversos, con el fin de auscultar posibles actos u omisiones relevantes para poner en cuestión sus dichos o su credibilidad personal

914 Q. Reynolds, op. cit., pp. 70-71.
915 Romero Soto y Romero Álvarez, op. cit., 1.989, p. 458.
916 Se toman estas recomendaciones de Romero Soto y Romero Álvarez, op. cit., 1.989, pp. 458 – 459.

- Entrevistar a los testigos de la contraparte
- Establecer las relaciones entre las partes
- Establecer los motivos del testigo
- Encontrar pruebas que puedan retar la versión de los hechos del testigo adverso
- Asegurar la evidencia física que esté a disposición de la parte que investiga
- Examinar las escenas involucradas y preparar evidencias demostrativas
- Lograr que el investigador pueda declarar como testigo en la audiencia

3. La preparación del contrainterrogatorio durante el interrogatorio o examen directo

La doctrina entiende unánimemente que la preparación final para el contrainterrogatorio se presenta mientras el testigo está rindiendo el interrogatorio. El testigo debe ser cuidadosamente estudiado por el contrainterrogador desde el momento en que comienza a declarar hasta cuando termina, "no solo sobre la sustancia de lo que dice, sino además sobre la manera y la actitud en el estrado."[917]

En el mismo sentido, Romero Soto y Romero Álvarez expresan que "el escuchar el testimonio directo es una parte de la preparación que capacita a quien [contrainterroga] a dotar de flexibilidad el plan y el desarrollo de un [contrainterrogatorio] que se refleja en cualquier cambio de circunstancias."[918]

Sobre este aspecto de la preparación Goldberg enseña:

El último paso, y el más importante en la preparación de las repreguntas, consiste en escuchar y observar el interrogatorio

917 Schwartz, Louis, *Proof, Persuasion And Cross-Examination: A Winning New Approach In The Courtroom*, Executive Reports Corporation, Englewood Cliffs, New Jersey, Sixth Printing, 1978, Vol. II, p. 1606, traducción propia.
918 Romero Soto y Romero Álvarez, op. cit., 1.989, p. 460, las palabras entre mayúsculas sustituyen las expresiones "interroga" e "interrogatorio", por las razones explicadas antes.

> directo. No piense en las repreguntas que usted planeó, pues su mente las evocará palabra por palabra si las necesita. No anote todo lo que el testigo dice en el examen directo. No tendrá tiempo de leer sus notas completas. Usted ya ha identificado las áreas de las repreguntas y no puede anotarlo todo y además observar y escuchar simultáneamente. Debe escuchar lo que se dice y observar como se lo dice. El testigo no dirá del mismo modo todas las cosas que dijo antes, ni con el mismo estilo que podría haber exhibido fuera del tribunal. Usted repreguntará solo en relación con el "qué" y el "cómo" de lo que se dice en la sala del tribunal, de modo que obsérvelo con cuidado.[919]

Pero no solo se debe observar al testigo durante el examen directo. Es preciso analizar con todo detalle al juzgador, así como el contexto de lo que realmente ocurre en la audiencia mientras el testigo declara. El propósito de esta observación es determinar que tipo de relación se está estableciendo entre el testigo y el juzgador, así como los aspectos del testimonio que han tenido un efecto importante en la declaración (positiva o negativamente).

Y es que "se necesita comprender esta relación para saber qué actitud adoptar en las repreguntas", pues "si usted no sabe que fue importante para los jurados, no puede realzar en la lista de metas de las repreguntas la adaptación final que le permitirá armonizar las preguntas que los jurados tienen en mente con las preguntas que uno mismo formulará en el curso de las repreguntas."[920]

Al respecto Hegland agrega una observación que es importante en la preparación del contrainterrogatorio durante la práctica del examen directo:

> No se aferre demasiado a su lista de preguntas (o al modo en que sucedieron las cosas cuando ejecutó el ensayo mental). Cuando Usted formule una pregunta, escuche; no comience a pensar lo que preguntará después. La pregunta siguiente pue-

919 Goldberg, op. cit., p. 200.
920 Ibíd., p. 201.

> de cuidar de sí misma. Acostúmbrese al silencio esperando cinco segundos antes de responder a la declaración de alguien. Los principiantes, incómodos con el silencio, a menudo formulan la pregunta siguiente en lugar de reflexionar acerca de la última respuesta. Oblíguese a pensar antes de dar el salto, responda en lugar de reaccionar.
>
> Si escucha, prestará atención a la respuesta inesperada que después abre una nueva línea de indagación. También posee la ventaja suplementaria de que es un modo de calmar el nerviosismo. Si usted concentra la atención en sus preguntas, en realidad está atendiendo a su desempeño y a su propio estado. Sin necesidad de considerar el aspecto personal, es evidente que esta situación le provoca nerviosismo. En cambio, si usted concentra el esfuerzo en la respuesta, orientará su atención hacia fuera.[921]

La preparación final del contrainterrogatorio mientras el testigo declara en el examen directo, involucra el *contenido* de lo declarado y la *forma y actitud* con que se declara. Esto último da lugar, entre otras cosas, a una técnica especial de recusación o impugnación *por la forma en que se declara*, que es lo que en el derecho angloamericano se conoce como "*demeanor*" del testigo: "un testigo se autoimpugna con una mala actuación en la silla de los testigos: inseguridad, nerviosismo, etc..."[922]

L. Nizer relata como el gesto corporal de un testigo, percibido durante el interrogatorio directo, le entregó la clave para preparar posteriormente el contrainterrogatorio, concentrándose en cierta área que arrojó resultados positivos:

> Earl Carroll le promovió una vez juicio a la Paramount Pictores Corp. Con motivo de la versión cinematográfica de sus "Vanities". Yo representaba a la Paramount y observé que, en determinado momento de su interrogatorio, Carroll se cubrió la boca con la mano, un gesto psicológico frecuente que significa: "Preferiría no decir lo que diré". Además, en su declaración violaba la regla de las probabilidades. Le puse una nota

921 Hegland, op. cit., p. 131, paréntesis en el texto original.
922 Chiesa Aponte, Ernesto L, *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, Editorial Forum, Bogotá, Primera Reimpresión, 1995, Volumen III, pp. 324-325.

> marginal a esa parte de su testimonio para repreguntarle al respecto en forma concentrada. La repregunta fue muy fructífera y es probable que le haya hecho perder el pleito a Carroll.[923]

Este aspecto de la preparación durante el interrogatorio directo es particularmente difícil en nuestro medio, debido a la cultura del dictado de los testimonios en los procesos judiciales, lo cual minimiza o anula completamente el papel del comportamiento del testigo en el curso de su declaración como criterio de valoración de la prueba y método de impugnación.

En cuanto a la preparación final del contrainterrogatorio durante el interrogatorio directo Goldberg explica que hay *tres tipos de testimonio* que aparecen con frecuencia y frente a los cuales se debe estar atento:

1. A veces el testigo adverso declara algo que ayuda a quien contrainterroga más de lo que ayuda al abogado que lo está examinado directamente. Se recomienda que "cuando ese regalo imprevisto nos cae en el regazo, apresúrese a aprovecharlo. Anote las palabras exactas que ha utilizado el testigo."[924] Esto es importante para posteriormente contrainterrogar *obteniendo testimonio favorable*[925]; la transcripción de las palabras textuales del testigo protegerá al contrainterrogador si luego aquél expresa, durante el contrainterrogatorio, no haber mencionado exactamente lo que dijo en interrogatorio.

2. Si el testigo declara durante el examen directo algo que contradice lo que ha señalado en una declaración previa debe anotarse también "palabra por palabra". Durante el interrogatorio directo no debe pensarse en la naturaleza y entidad de la contradicción, solo anotarla textualmente;"se puede formular un juicio acerca de la utilidad una vez terminado el interrogatorio directo y antes de comenzar las repreguntas."[926] Ese aparte de la declara-

923 Nizer, Louis, *Mi Lucha en los Tribunales*. Traducción del Ingles de León Mirlas, Editorial de ediciones selectas, Buenos Aires, 1963. p. 11. La "regla de las probabilidades" será tratada en el capítulo correspondiente a *La Técnica de Impugnación*, Num. 3.5. *El comportamiento del testigo durante el contrainterrogatorio como criterio de impugnación.*
924 Goldberg, op. cit., p. 200.
925 Véase el capítulo sobre *Los Objetivos del Contrainterrogatorio*, Num. 1. *Primer objetivo: Obtener testimonio favorable.*
926 Goldberg, op. cit., p. 201.

ción que se ha copiado puede ser material fructífero para un ataque contra el testigo mediante *impugnación por enunciado previo inconsistente*.[927]

3. Se debe prestar atención a lo que el abogado de la contraparte *no pregunta* durante el interrogatorio directo, debiendo haberlo hecho. Esto conduce al tema del *contrainterrogatorio silencioso*.[928]

4. Elementos para la preparación de las repreguntas

La elaboración de las preguntas del contrainterrogatorio debe realizarse teniendo en mente que se contrainterroga por *líneas de preguntas*, que hacen las veces de amplias y despejadas avenidas de pensamiento por donde deben circular las distintas e individuales preguntas que las componen. Si el pensamiento y los objetivos son claros la velocidad será apropiada.

Los siguientes pasos pueden adoptarse como un formato adecuado en el proceso de la preparación de las repreguntas.[929]

1. Primero determine lo que necesita lograr con las repreguntas del caso. Este paso implica una primera visión general sobre lo que objetivamente se *puede lograr* mediante las repreguntas, mas allá de lo que subjetivamente se *quiere alcanzar*.

2. El segundo paso consiste en analizar la totalidad de los hechos y los testigos del caso. En esta fase de la preparación queda comprendido todo lo ya expuesto sobre *la preparación del contrainterrogatorio en el contexto de la preparación del caso*.[930]

3. En tercer lugar se recomienda tratar de llegar a un pronóstico específico de lo que probablemente será el examen directo.

757 Véase el capítulo sobre *La Técnica de Impugnación*, Num. 3.1. *La impugnación mediante declaración previa inconsistente del propio testigo.*
928 Véase el capítulo sobre *El Contrainterrogatorio Silencioso.*
929 Goldberg, op. cit., pp. 196-200; T. Mauet, op. cit., pp. 16 y 17.
930 Num. 2 de éste capítulo.

Debe intentarse predecir, sobre bases razonables y datos objetivos, lo que será declarado por el testigo adverso durante el interrogatorio directo. Esto sirve a tres objetivos: 1) predecir la argumentación del contrario, 2) advertir las debilidades de la teoría del caso que deben ser cubiertas en el contrainterrogatorio y 3) identificar las áreas vulnerables del testigo. Este pronóstico, brevemente resumido, encabezará *la hoja del contrainterrogatorio del testigo*, que se explicará mas adelante.

Para pronosticar la probable declaración adversa deben considerarse las enseñanzas de Hegland, para quien el planeamiento de las repreguntas implica analizar el testimonio probable de quien será contrainterrogado "en función de tres categorías" [931]:

– Los hechos que, según *debe reconocerlo* el testigo, *ayudan* al caso

– Los hechos que el testigo *puede reconocer* y que *ayudarán* al caso

– Los hechos que perjudican el caso

4. El cuarto paso en el proceso de preparación del contrainterrogatorio consiste en definir las metas de las repreguntas, lo cual es para algunos la tarea mas difícil e importante en punto a la preparación. Se trata de considerar las áreas o materias en las cuales probablemente se puede lograr un contrainterrogatorio exitoso. Este es un asunto muy particular de cada contrainterrogatorio. Quizá la única regla general que puede predicarse en este aspecto es que "todo lo que el testigo dice en el interrogatorio directo no tiene que ser confrontado en las repreguntas y que no es necesario explorar todos los elementos de vulnerabilidad aparente del testigo."[932]

La definición de las metas del contrainterrogatorio se perfila en función de los objetivos tradicionalmente asignados a esta téc-

931 Se sigue a K. Hegland, op. cit., p. 113. En similar sentido Mauet, quien enseña que la obtención de testimonio favorable en el contrainterrogatorio aconseja considerar lo que el testigo *tendría que admitir* –atendiendo a sus previas declaraciones- y lo que el testigo *debería admitir* – atendiendo al sentido común, las probabilidades y lo dicho por otros testigos-, siendo lo segundo menos seguro que lo primero. Cfr. T. Mauet, op. cit., p. 253.
932 Goldberg, op. cit., pp. 198-199.

nica: obtener testimonio favorable, limitar el testimonio perjudicial y atacar al testigo o al testimonio.

Así, en esta fase de la preparación, se recomienda:[933]

- Considerar la declaración favorable que se puede obtener del testigo adverso.
- Auscultar las formas de impugnación que no sean las declaraciones previas inconsistentes (contradicción –con otros testigos y otras evidencias-, inverosimilitud, autoridades científicas, conducta inmoral, percepciones y memoria, prejuicios y parcialidad).
- Determinar las declaraciones previas del testigo y las áreas que pueden ser objeto de impugnación por declaración previa inconsistente del propio testigo.

5. Luego de haber clasificado las metas del contrainterrogatorio, el quinto paso consiste en formular un juicio acerca del orden de la indagación. El criterio que debe aplicarse al orden del contrainterrogatorio es doble:

a) Los puntos más fuertes deben lograrse *al principio* y *al final* del contrainterrogatorio y,

b) Se debe preguntar al testigo por lo que es favorable al caso y dejar para el final el ataque al testigo o al testimonio (si decide abordarse).

Thomas A. Mauet[934] recomienda que una vez analizado el material disponible se organice el probable contrainterrogatorio en orden a tres categorías:

a) Obtención de testimonio favorable

b) Contrainterrogatorio probablemente exitoso

c) Impugnación por enunciado previo inconsistente

En cuanto a la extensión, se debe proceder a organizar el contrainterrogatorio en unos pocos tópicos específicos.

933 Mauet, op. cit., pp. 15-16.
934 Ibíd., p. 16.

6. Después de que se hayan identificado las áreas de indagación y el orden probable se deben preparar las preguntas específicas que se pretenden formular, escribiéndolas una a una.

7. Luego viene el paso quizá más dificultoso -y aterrador- de cara a nuestra parsimoniosa cultura judicial de naturaleza escritural y memorista: cuando se haya logrado cierta seguridad con todo lo anterior se deben desechar las preguntas. Debe abandonarse la seguridad del documento donde se plasmaron las repreguntas y destruirlas o guardarlas para cuando corresponda contrainterrogar. La razón para esto es simple. "Si uno está atado a determinadas preguntas (y será el caso si se las conserva) no dispondrá de la flexibilidad necesaria para repreguntar el testimonio concreto en el tribunal, adaptándose a los agregados, las omisiones y el énfasis particular."[935] Con la práctica se notará como la desenvoltura y la habilidad surgen espontáneamente, sin necesidad de acudir a las preguntas escritas.

8. El último paso toca con la preparación del contrainterrogatorio durante el examen directo, al cual ya se hizo referencia.

Por último, una ayuda fundamental en todo el proceso de preparación del contrainterrogatorio lo constituye lo que la doctrina conoce como la hoja del contrainterrogatorio del testigo *(cross-examination witness sheet)*, tema que será tratado a continuación.

5. La hoja del contrainterrogatorio del testigo

Peter Megargee Brown advierte acertadamente que "no tener hoja de contrainterrogatorio del testigo unida a la teoría de un caso es como aventurarse a volar en un cielo desconocido."[936]

En efecto, no es posible construir una buena hoja del contrainterrogatorio sin una teoría del caso. De nuevo, como en la mayo-

935 Goldberg, op. cit., pp. 199-200.
936 Brown, op. cit., p. 6, traducción propia, texto original: "But to have no cross-examination sheet knitted to the theory of a case is flying by your britches in an uncharted sky."

ría de los temas de la repregunta, la *teoría del caso* resulta fundamental para la preparación del contrainterrogatorio.

Los grandes contrainterrogadores han aconsejado y utilizado la hoja del contrainterrogatorio del testigo, una especie de guía escrita con toda la información relevante del declarante, lo cual es de particular importancia al momento de efectuar el contrainterrogatorio. Al respecto Peter Megargee Brown recuerda:

> Harlan desarrolló *la hoja de contrainterrogatorio del testigo* hasta la perfección. Nunca se paraba a contrainterrogar sin haber preparado cuidadosamente una hoja del testigo con lo que él esperaba alcanzar, junto con los hechos reales necesarios para lograr dicho objetivo. En cada caso aquellos hechos reales eran específicamente referidos para su trascripción, como testimonio y como prueba fehaciente. Harlan aprendió esta disciplina de Buckner y meticulosamente pasó el procedimiento a aquellos que luego le ayudaron en los procesos de casos civiles y penales.[937]

El adecuado manejo de la información durante el contrainterrogatorio es fundamental. Especialmente, en lo referente a las declaraciones previas del testigo es esencial poder contar con un acceso rápido y eficaz a la información para formular las preguntas a ritmo de "fuego graneado", donde no se da tiempo al testigo para fabricar las respuestas.

Para lograr este objetivo se crea una hoja por cada testigo a contrainterrogar. Thomas A. Mauet enseña que la técnica más común aconseja encabezar la hoja con un breve resumen de lo que probablemente será el testimonio durante el examen directo. Luego, se divide el resto de la página en dos columnas, una contendrá los tópicos de su contrainterrogatorio con las citas pertinentes de declaraciones anteriores para *impugnar por enunciado previo inconsistente*. La otra columna contendrá espacios en blanco para tomar nota durante el examen directo. Se deben tomar las notas durante el examen directo al frente de los tópicos relacionados en la columna del contrainterrogatorio, de forma

937 Ibíd.., pp. 7-8, resaltado en el texto original, traducción propia.

que puedan ser relacionadas inmediatamente. Debe reducirse la toma de notas al mínimo estrictamente necesario y no dejar de observar atentamente al testigo mientras declara, pues esa es la última fase de la preparación.

Louis Nizer diseñó un método útil para preparar el contrainterrogatorio en lo que toca con las declaraciones previas del testigo:

> ¿Cómo puede lograr el repreguntado (sic) el número máximo de triunfos sobre el testigo? Yo me he creado una técnica para conseguirlo.
>
> Preparo mis notas para las repreguntas escribiendo las preguntas sobre el lado izquierdo de la página. En el derecho, pongo la respuesta que ha dado el testigo al ser interrogado antes de la audiencia. Si ha dado varias versiones, anoto en cada cual el número de foja (sic) de las actas del interrogatorio. Si ha modificado su testimonio antes de firmarlo, agrego la respuesta distinta con tinta de otro color. Cuando declara en la audiencia durante el interrogatorio inicial, pido las actas del taquígrafo a la mañana siguiente y anoto sus últimas respuestas sobre el mismo tema con tinta de un tercer color. Y si mis repreguntas son largas (...) obtengo las actas y añado sus respuestas a mis notas. El resultado es un conjunto de notas en tinta roja, azul y verde que representan distintas respuestas del testigo en todos sus matices. Cuando le formulo una pregunta puedo tener ante mí, en distintos colores, sus respuestas contradictorias anteriores; por lo tanto, sea cual fuere su respuesta, el testigo está expuesto a contradecirse. En esta forma, consigo explotar al máximo las variaciones que pueden presentarse en su testimonio.
>
> Desde luego, la llave de ese cofre mágico de contradicciones es la memoria. Las preguntas y las respuestas no corren por órbitas predeterminadas. Invariablemente, el testigo procura eludir las preguntas con una respuesta tangencial y debe ser perseguido por todos los vericuetos que usa para huir. A menudo, repregunto durante horas valiéndome de dos preguntas escritas en mis notas. Pero hay que ayudarle a esa improvisación recordando centenares y aún miles de respuestas dadas

por el testigo con respecto a otros puntos. Porque el testigo es más vulnerable cuando está desprevenido.[938]

Louis S. Schwartz[939] describe un método similar, el cual se sintetiza a continuación:

Se elabora una tabla de cinco o seis columnas a lo ancho de una hoja de papel. Luego, de entre las varias declaraciones del testigo, se selecciona la que contenga la mayor parte de la información sobre hechos aportados por él. Se procede a identificar la declaración a la cabeza de la primera columna de la tabla y se anotan -discriminando por temas y en cada casilla- las palabras exactas del testigo frase por frase, indicando la página y línea exactas del expediente donde pueden encontrarse.

Luego, se selecciona la segunda declaración del testigo, indicando de cual se trata en el encabezado de la segunda columna de la tabla, y se compara cada frase con la correspondiente de la primera columna. Si ambas son idénticas se escribe «mismo»; si varían se escribe el texto completo de la nueva declaración.

Cualquier nuevo material no cubierto en la primera declaración se escribe en un lugar apropiado de la segunda columna que sea opuesto a un espacio en blanco de la primera columna. Este proceso se repite sucesivamente para cada declaración.

Finalmente, Schwartz advierte:"Esta hoja es después repasada antes del juicio, y con su ayuda, cualquier variación entre una declaración anterior y otra o entre una declaración anterior y el testimonio en el examen directo puede explotarse y puede documentarse plenamente."[940]

Comparando y enriqueciendo este método con las anteriores enseñanzas, se concluye lo siguiente:

La hoja del contrainterrogatorio del testigo debe contener una columna inicial dedicada a los tópicos o áreas del contrainterro-

938 Nizer, Louis, op. cit., p. 96.
939 Schwartz, op. cit., Vol. II, p. 1604.
940 Ibíd, p. 1604, traducción propia, texto original : "This sheet is then reviewed before the trial, and with its help, any variations between one prior statement and another or between a prior statement and the testimony on direct examination can be exploited and documented to the full."

gatorio. Adicionalmente, cada columna siguiente debe dedicarse exclusivamente a las declaraciones previas del testigo. Debe agregarse una columna destinada a anotar las variaciones o respuestas que se presenten durante el interrogatorio directo y otra columna para anotar lo expresado durante el contrainterrogatorio; esas notas serán útiles al momento de formular los alegatos de conclusión.

El resultado es una hoja o guía que puede adoptar el siguiente formato:

HOJA DEL CONTRAINTERROGATORIO DEL AGENTE DE POLICÍA JUAN DURANGO

Examen directo: El agente Durango probablemente declarará que por informaciones de la ciudadanía se dirigió al sitio con su compañero de patrulla y vio a la distancia al acusado con una bolsa negra en la mano, que resultó contener un explosivo de fabricación casera. Revisaron el contenido de la bolsa y lo detuvieron.

Declaraciones previas:

1. Informe policivo del 19 de enero de 2003, folios 1-2.

2. Ampliación del 18 de agosto de 2003, folios 96-99.

Tópicos o Áreas	Informe policivo (fls. 1-2)	Ratificación (fls. 20-25)	Interrogatorio Directo	Contrainterrogatorio
1. El acusado no opuso resistencia.	No dice que haya opuesto resistencia	No dice que haya opuesto resistencia		
2. El color negro de la bolsa no permitía ver su contenido a través de la misma.	"... llevaba consigo una bolsa negra"	"abrimos la bolsa y descubrimos que había un petardo en su interior" (fl. 21)		
3. No estaba en el lugar antes de observar al capturado con la bolsa en la mano.(El acusado dice que momentos antes de que lo arrestaran recogió la bolsa del piso por curiosidad).		"...y llegamos al sitio y vimos a un sujeto que tenia una bolsa negra en su mano derecha..." (fl. 21)		
4. El capturado arrojó el petardo al piso a una distancia corta. (El dictamen de fl. 15 señala que el petardo está compuesto de pólvora gris que es sensible al choque y causa grave daño en un radio de acción de 18 mts.)		"al notar nuestra presencia tiró la bolsa al piso" (fl. 22)		
Espacio para nuevos temas surgidos en el interrogatorio directo.				

Este es un formato de carácter puramente ilustrativo, aun cuando basado en un caso real. El litigante debe adoptar el esquema que más se acomode a sus necesidades y que, sobre todo, le permita un mejor método para preparar el contrainterrogatorio. De nuevo se insiste que en materia de técnicas adversativas orales es impertinente y muy perjudicial nuestro tradicional pensamiento en términos de "minutas" o rígidos formatos preimpresos.

En el ejemplo propuesto inmediatamente antes, la teoría del caso de la defensa es que no existía dolo por parte del procesado al portar el explosivo, pues él solo recogió una bolsa negra del piso, y mientras evaluaba su contenido (el cual desconocía) fue abordado por los agentes de la policía.

Esa teoría del caso implica establecer, entre otras cosas, lo siguiente: a) Que los agentes *no pueden refutar* lo que pasó antes de llegar al sitio, esto es, que el acusado encontró la bolsa tirada en el piso y la recogió movido por la curiosidad de su contenido; b) que el explosivo no podía ser visto a través de la bolsa negra, pues había que abrirla para percatarse de su contenido; c) que el acusado no se comportó como si supiese lo que contenía la bolsa (no opuso resistencia, no admitió su responsabilidad, etc...); d) que si el capturado supiese lo que contenía la bolsa (dolo) no la habría arrojado al piso, a escasos centímetros de donde él se encontraba, pues actuaría, sin motivo justificado, en contra de la experiencia general.

Nótese como los tópicos a tratar están organizados conforme a su importancia o relevancia, de tal manera que primero se pretende *obtener testimonio favorable* (Nums. 1 a 3) y luego *atacar la declaración del testigo por inverosímil* (Num. 4).

Adicionalmente, la hoja del contrainterrogatorio puede incluir una columna adicional que contenga los datos o informaciones que surgen de otra *evidencia más verosímil*, a fin de que sirva de parámetro para calibrar la credibilidad del testigo que se contrainterroga. En efecto, si en un proceso determinado hay un testigo, o una prueba, que por ciertas condiciones goza de indisputable credibilidad, la información pertinente puede incluirse en esta columna adicional, con el fin de repreguntar al testigo

sobre ese tópico y tener a la mano los elementos para hacer más eficaz la contradicción en el contrainterrogatorio. Esto toca con una técnica especial de recusación: la *impugnación mediante el testigo más verosímil*,[941] una forma de impugnación por contradicción.

Otro posible desarrollo de la hoja del contrainterrogatorio, aplicable a ciertos casos, surge cuando se la utiliza para hacer surgir contradicciones entre los testigos de cargos. Esta es una modalidad especialmente eficaz para *obtener testimonio favorable*; cuando ese sea el caso, se debe insertar una columna en la hoja del contrainterrogatorio donde se apunten los hechos declarados por el testigo adverso A, con los que será confrontado el testigo adverso B, y sobre los cuales se pretende hacer patente la contradicción.

También es conveniente preparar algunas columnas en blanco para incluir temáticas nuevas no previstas y que puedan llegar a surgir en el curso del interrogatorio directo. Esto es especialmente aplicable en el caso de testigos de los que por primera vez se tiene noticia en el juicio. Sin embargo, esta previsión no sugiere dedicarse a tomar notas para copiar todo cuanto dice el testigo. Una actitud así privará al contrainterrogador de la más valiosa fuente de información para preparar sus repreguntas: la observación atenta de *la forma* en que declara el testigo.

941 "En ésta forma muy segura de la repregunta, uno formula preguntas basadas en la información proveniente de una fuente "extrínseca", es decir, una fuente distinta del testigo a quien uno está repreguntando." (Bergman, *La Defensa en Juicio*…, op. cit., p. 156) Esta técnica será tratada en el capítulo sobre *La Técnica de Impugnación*, No. 3.1. *La impugnación mediante declaración previa inconsistente del propio testigo.*

XII.
La Técnica de Impugnación

1. Introducción

En el derecho angloamericano *impeach* significa *impugnar*, *recusar* o *tachar* al testigo, lo que se aplica al procedimiento de contradicción de los testigos adversos en el acto del juicio oral. Así, *impeach a witness* hace referencia precisamente recusar o impugnar a un testigo en cuanto a su credibilidad.[942]

Cabe destacar que la impugnación no solo se predica de los testigos convocados por la contraparte, como en un principio podría pensarse; en efecto, la parte que propone un testigo puede impugnarlo si su testimonio resulta de cualquier forma adverso a sus intereses.[943]

De esto se sigue que el carácter *adverso* del testigo para los fines de impugnación no se determina por el criterio formal de quien lo convocó sino materialmente, en función del contenido de la declaración.

El término *recusación*, como traducción del vocablo inglés *impeachment*, puede dar lugar a equívocos en nuestra práctica

942 Alcaráz Varó, Enrique y Hughes, Brian, *Diccionario de Términos Jurídicos*. Inglés-Español. Español-Inglés, Ariel, Barcelona, 2ª edición, 1994, p. 201. Otra acepción del término *impeach*, equivale a la acusación de traición o de otro grave delito que se hace a los altos dignatarios del Estado, lo que equivale a un juicio o acusación política solemne que se formula a esos personajes; por ejemplo, en el sonado caso del Presidente Clinton, éste fue objeto de *impeachment*. No es ese el sentido en que se utiliza la expresión en este libro.

943 Por ejemplo, el artículo 44(A) de las Reglas de Evidencia de Puerto Rico señala que "La credibilidad de un testigo puede ser impugnada por cualquier parte, incluyendo a la parte que llama al testigo." En idéntico sentido la Regla Federal 607 aplicable en los Estados Unidos dispone: "The credibility of a witness may be attacked by any party, including the party calling the witness". El principio aparece recogido en *Chambers v. Mississippi*, 410 U.S. 204 (1973), donde la Suprema Corte de los Estados Unidos resolvió que no se puede impedir a una parte impugnar los testigos que ella misma convoca al juicio.

forense. En efecto, nuestra tradición jurídica de origen europeo-continental entiende que la recusación es aquella facultad procesal para que un funcionario judicial sea separado del conocimiento de un proceso, por encontrarse incurso en alguno de los supuestos legales en los que se presume su ausencia de imparcialidad para adelantar el proceso.[944]

De otro lado, la equiparación del término *impeachment* con el vocablo "tacha" merece algunos comentarios. Tradicionalmente se ha entendido en nuestra práctica forense que la tacha del testigo es una figura aplicable al procedimiento civil, y no penal en general. En efecto, esta figura aparece regulada en el artículo 218 del Código de Procedimiento Civil de la siguiente manera:

> Artículo 218.—Tachas. Cada parte podrá tachar los testigos citados por la otra parte o por el juez. La tacha deberá formularse por escrito antes de la audiencia señalada para la recepción del testimonio u oralmente dentro de ella, presentando documentos probatorios de los hechos alegados o la solicitud de pruebas relativas a éstos, que se practicarán en la misma audiencia. Si el testigo acepta los hechos, se prescindirá de toda otra prueba.
>
> Cuando se trate de testigos sospechosos, los motivos y pruebas de la tacha se apreciarán en la sentencia, o en el auto que falle el incidente dentro del cual se solicitó el testimonio; en los casos de inhabilidad, el juez resolverá sobre la tacha en la audiencia, y si encuentra probada la causal, se abstendrá de recibir la declaración.
>
> El juez apreciará los testimonios sospechosos, de acuerdo con las circunstancias de cada caso.

Esta es una figura que en la práctica forense civil, laboral y administrativa ha sido de muy limitada utilización y efectividad, pues finalmente libra el testimonio tachado a la apreciación del juez, antes que al contrainterrogatorio por el abogado que propone la tacha.

944 El artículo 99 de la Ley 600 de 2.000 consagra las causales de impedimento, que son a la vez de recusación (artículo 105 Ibíd.). En similar sentido se regula el tema por el artículo 150 del Código de Procedimiento Civil y el artículo 56 de la Ley 906 de 2.004.

Básicamente la experiencia enseña que los litigantes en materia civil "tachan" al testigo adverso de la siguiente forma: se interviene en la diligencia señalando que "se tacha al testigo" y enunciando los motivos en que se basa la tacha, por ejemplo: indicando los estrechos vínculos de amistad del testigo con la parte que propuso la prueba; a renglón seguido el litigante solicita al juzgador que no le otorgue credibilidad al testigo tachado.

Terminado esto, usualmente sucede que el juzgador dispone que al momento de dictar sentencia resolverá sobre la tacha del testigo, valorando su credibilidad junto con las demás pruebas.

De hecho, la jurisprudencia civil ha entendido tradicionalmente que la tacha de la declaración se traduce en "que al valorarla se la someta a un tamiz más de lo de aquél por el que deben pasar las declaraciones de personas libres de sospecha".[945]

Así las cosas, en nuestra práctica forense la "tacha" no se entiende como *la técnica misma del contrainterrogatorio* del testigo adverso. Y es precisamente en este sentido que se expone aquí la técnica de impugnación.

En realidad, la teoría de la litigación enseña que tachar a un testigo es contrainterrogarlo para mostrarle al juzgador, mediante preguntas, por qué motivo en concreto debe considerarlo sospechoso y no otorgarle credibilidad; tachar un testigo no es simplemente un formalismo basado en una argumentación; la tacha, bien entendida, es un asunto de *preguntas*, no de *argumentos*.

Tachar al testigo es sentar las bases probatorias del motivo de la tacha –valga la redundancia- mediante el contrainterrogatorio, para luego argumentar a partir de la evidencia obtenida, de la boca del testigo, que éste o su testimonio no son dignos de credibilidad.

Por eso, cuando en este libro se haga referencia a la *impugnación*, *recusación* o *tacha* de los testigos se está indicando un mismo concepto: el procedimiento o técnica del contrainterrogatorio por medio del cual se contradice o confronta a los testigos adversos.

945 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 12 de febrero de 1.980.

Puede entonces definirse la impugnación como "una técnica del contrainterrogatorio que desacredita el testimonio del testigo"[946]; es una forma de atacar la credibilidad del testigo en orden a convencer al juzgador de que el testimonio no es veraz, o que el testigo no es confiable.

Ahora bien: como ya se indicara antes, el contrainterrogatorio se debe orientar, en primer lugar y de ser posible a *obtener testimonio favorable*; sólo en segundo lugar y como último recurso a atacar o a destruir, bien al testigo o a su testimonio.[947]

En este orden de ideas, la impugnación o tacha es un procedimiento esencialmente confrontativo, por lo que debe ser pensado en el marco de ese preciso objetivo del contrainterrogatorio: destruir o desacreditar.

La impugnación del testigo ha sido entendida como "la más dramática técnica en el arsenal del abogado. Empleada selectiva y eficazmente puede tener un efecto devastador en el juicio."[948] De ahí que, con acierto, se sostenga que "aprender cuando y como usar la impugnación es una habilidad esencial de todo abogado litigante".[949]

La realidad es que, tal y como sucede con todo lo relativo al contrainterrogatorio, en nuestro medio no se tiene tradición forense ni cultura judicial de impugnación de testigos. En nuestra práctica litigiosa la impugnación o contradicción de los testigos tradicionalmente se ha efectuado evadiendo la *confrontación directa* y optando en cambio por una de estas dos vías:

a) Sometiendo al testigo adverso a una *confrontación indirecta*, usualmente mediante la presentación de otros testigos que contradigan su versión; o bien aportando otros medios de prueba (documentos, dictámenes) que lo refuten o le resten credibilidad. El concepto de confrontación *indirecta* resalta el hecho de que se evade la controversia *directa* del declarante al momento

946 Thomas A. Mauet, *Fundamentals of Trial Techniques*, Little, Brown and Company, 1980, USA, p. 169, traducción propia.
947 Véase el capítulo sobre *Los Objetivos del Contrainterrogatorio*.
948 Mauet, op. cit., p. 268, traducción propia.
949 Ibid., p. 269, traducción propia.

de rendir el testimonio perjudicial. Quien ausculte a fondo nuestra práctica forense concederá con que el litigante evita a toda costa *confrontar directamente* al testigo adverso durante el contrainterrogatorio, si es que se atreve a contrainterrogarlo.

b) Haciendo uso de un ingenuo procedimiento mediante el cual expresamente se le señalan al testigo sus contradicciones y se le solicitan las explicaciones de rigor, librando el resultado de todo ello a la buena fe del declarante, o a su habilidad para acomodar su contradicciones.

A pesar de su inefectividad, este método de confrontación está profundamente anclado en las tradiciones judiciales europeo-continentales y en el procedimiento inquisitivo que ha alimentado nuestra cultura jurídica por tantas décadas.

En efecto, mírese lo que disponía el artículo 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española de 1.882 para el caso en que un testigo declarara en juicio algo distinto a lo manifestado en la etapa instructiva:

> Artículo 714. Cuando la declaración del testigo en el juicio oral no sea conforme en lo sustancial con la prestada en el sumario, podrá pedirse la lectura de ésta por cualquiera de las partes.
>
> Después de leída, el Presidente, **invitará al testigo a que explique la diferencia o contradicción** que entre sus declaraciones se observe. (s.n.)

Y es que en nuestro medio, cuando se contrainterroga al testigo, se tiene la tendencia de abordar su eventual contradicción planteando directamente al declarante la pregunta que evidencia la contradicción para, a renglón seguido, requerirle las explicaciones pertinentes.

Mírese el siguiente ejemplo de contrainterrogatorio, tomado de una reciente obra sobre el sistema acusatorio implantado en materia penal. Se trata de un caso de declaración previa inconsistente por omisión, pues el testigo manifiesta en juicio algo que no había expresado en una declaración previa:

Pregunta: Antes de los sucesos ocurridos en el bar El Carric, ¿usted conocía al acusado?

Respuesta: Sí.

Pregunta: Había tenido con el acusado alguna diferencia?

Respuesta: Una vez tuvimos un problema.

Pregunta: En qué consistió ese problema?

Respuesta: Es que el molestaba a María, mi novia. Una vez tuvimos una discusión.

Pregunta: **¿Y por qué no había manifestado eso?**

Respuesta: Porque no me habían preguntado.

Pregunta: Pero lo cierto es que usted había tenido problemas y diferencias con el acusado?

Respuesta: Sí.[950] (s.n)

Como se verá a lo largo de este capítulo, la técnica de impugnación aconseja actuar con una metodología que, usualmente, consta de tres pasos consecutivos: *la extracción* de la información, *el cierre* y *la refutación*.

Contrario a esto, la cultura forense colombiana suele desarrollar la impugnación del testigo primero *refutando* y por último *extrayendo* la información: se enfrenta al testigo con la contradicción para luego pedirle explicaciones.

Se desconoce así una de las reglas más elementales del procedimiento de impugnación de testigos en la teoría del contrainterrogatorio, lo que implica dejar de lado una elemental advertencia expuesta por la doctrina: "Usted nunca debe arriesgar la pregunta importante hasta que haya puesto las bases para ello de tal manera que, cuando confronte con el hecho, el testigo no pueda negarlo ni explicarlo."[951]

950 Arciniegas Martínez, G. Augusto, *Investigación y Juzgamiento en el Sistema Acusatorio*, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2.005, p. 207.
951 Francis L. Wellman, *The Art of Cross-examination*, Dorset Press, New York, Fourth Edition, 1986, p. 115, traducción propia.

En nuestra práctica forense, excepcionalmente el litigante opta por la *controversia directa* del testigo adverso; es usual que en esos casos se emprenda un *ataque frontal* contra el testimonio bajo el siguiente formato[952]:

P: Usted dice que vio cuando mi cliente disparó contra la víctima, ¿es así?

C Si, así es.

P: ¿Esta seguro de que vio eso?

C: Si.

P: ¿De verdad esta completamente seguro?

C: Si, yo vi eso.

P: Pues mi cliente dice que él no estaba ahí esa noche!, ¿está seguro de que esta seguro?

C: ...

En el mundo real el resultado siempre será desastroso para el contrainterrogador. Nuestra cultura jurídica debe reconocer sus limitaciones y explorar una manera diferente de enfocar la impugnación de testigos.

Como ya se anotaba antes, nuestra práctica forense no aborda técnicamente la impugnación de los testigos de cargo.[953] Básicamente puede concluirse que nuestro litigante no hace uso de la técnica de impugnación o recusación del testigo porque la desconoce profundamente.

Tradicionalmente la técnica de impugnación de testigos no ha sido enseñada en los cursos sobre pruebas que se ofrecen en las facultades de derecho de nuestras universidades. Como no se conoce la técnica de la recusación el litigante promedio intuye, con razón, que la confrontación *directa* del testigo es un procedimiento peligroso que puede lastimar su caso, por lo que instintivamente la evita.

952 Se adapta el esquema propuesto por Bergman, Paul, *La Defensa en Juicio. La Defensa Penal y la Oralidad,* Abeledo Perrot, Buenos Aires, Segunda edición, 1995, pp. 167-168.
953 Véase el capítulo sobre *El Contrainterrogatorio en la Tradición Jurídica Colombiana,* Num. 1. *La doctrina probatoria, la práctica forense y la tradición jurídica.*

La técnica de impugnación del testigo es el procedimiento más delicado, difícil y peligroso que se puede utilizar durante el contrainterrogatorio. Si el litigante no sabe manejar adecuadamente esta técnica es mejor que no la utilice; tal y como sucede en general con el contrainterrogatorio, la impugnación es una espada de doble filo que, en manos inexpertas, puede terminar dañando de forma letal e irreversible la teoría del caso de quien la ejecuta, generando una situación mucho peor a la que existía antes de poner en marcha este delicado procedimiento.

Otra razón que ha determinado la ausencia de una técnica de impugnación de testigos en nuestra práctica forense radica en la naturaleza esencialmente escrita de nuestros procedimientos judiciales, bajo el procedimiento que Cardozo Isaza acertadamente denomina la *escritura mecanográfica al dictado*.[954]

En efecto, todas las modalidades de impugnación del testigo están concebidas para funcionar adecuadamente en un escenario de verdadera *oralidad*.

Por las razones ya expuestas[955], el sistema escritural de interrogatorio, mediante dictado de preguntas y respuestas, disminuye ostensiblemente la efectividad de la impugnación de testigos, pues éstos tendrán siempre la oportunidad de preparar la respuesta, evitar el ataque y devolver el golpe. El ritmo y la secuencia, tan esenciales a la impugnación, se pierden inexorablemente en el ambiente rígido y falseado de la diligencia de testimonio recogida mediante la *escritura mecanográfica al dictado*.

Para ambientar adecuadamente esta temática, que no deja de ser novedosa en nuestra práctica forense, se hará uso del recurso de ubicar al lector mediante la presentación inicial de tres problemas hipotéticos, que serán abordados a medida que se desarrolla el capítulo.

Piénsese por un momento en estos casos reales para relacionarlos con las prácticas judiciales que utilizan a diario nuestros litigantes:

954 Cardoso Isaza, Jorge, *Manual de las Pruebas Judiciales*, Editorial ABC, Bogotá, 1969, pp. 171 – 172.
955 Véase el Capítulo sobre *El Derecho Fundamental al Contrainterrogatorio*, Num. 3.2. *Su naturaleza oral.*

Primer caso: impugnación por conducta inconsistente.

Suponga el lector que defiende a un acusado del delito de inasistencia alimentaria cometido contra un menor de edad; la denuncia fue presentada por la madre del menor, abogada de profesión, cinco años después del nacimiento del perjudicado, momento desde el cual afirma se ha incumplido la obligación alimentaria. Se pretende impugnar la *conducta inconsistente* de no denunciar con prontitud un hecho que se considera grave.

Segundo caso: impugnación por declaración previa inconsistente.

Suponga ahora el lector que defiende el caso de un transportador que es capturado con insumos ilegales en su vehículo. En su testimonio rendido en la audiencia pública, un año después de los hechos, el agente de policía que participó en el procedimiento de captura afirma que el detenido le ofreció treinta millones de pesos para no detenerlo; pero en la ratificación del informe policivo, siete días después de los hechos, la Fiscalía le pregunto expresamente si había recibido algún ofrecimiento concreto por parte del detenido para dejarlo seguir su camino, a lo que contestó negativamente. Se pretende impugnar la *inconsistencia con unas declaraciones anteriores*.

Tercer caso. Impugnación por contradicción.

Piénsese en un caso de en el que la denunciante relata haber sido accedida carnalmente por tres hombres en repetidas ocasiones y mediante violencia; un examen médico practicado seis horas después de los hechos indica que no se encontró ningún signo de trauma o lesión en los genitales de la víctima. Se pretende impugnar el relato de la denunciante por *contradicción* con la evidencia física.

Ahora, se sugiere al lector detenerse a esta altura de la exposición y dedicar algún tiempo a reflexionar sobre los casos expuestos. ¿Cómo procedería a contrainterrogar a los testigos adversos implicados en los casos acabados de mencionar?

Primero que todo: ¿procedería a contrainterrogar a los testigos en estos casos? O acaso omitiría el contrainterrogatorio para

presentar las contradicciones y sus consecuencias en los alegatos de conclusión?

En cada uno de esos ejemplos, ¿Que preguntas le formularía en concreto al testigo adverso? ¿Que se buscaría con esas preguntas? ¿Consideraría que está caminando por un terreno seguro? ¿Puede el representado confiar plenamente en la capacidad de su abogado para sacar adelante el caso que se le ha confiado?

La importancia y dificultad del tema propuesto se aprecia claramente cuando se piensa, por ejemplo, en la situación del acusado en materia penal. Como allí la duda se resuelve a su favor, una defensa puede malograrse en razón a que el testigo adverso fue contrainterrogado de forma tal que las dudas que existían sobre su credibilidad o conocimiento se dilucidaron a instancias del propio abogado defensor. Si eso llega a suceder, la responsabilidad de lo sucedido no es en absoluto del testigo adverso sino del abogado, quien impugnó de forma equivocada.

En este capítulo se expondrá en primer lugar una *teoría general de la impugnación*, que a grandes rasgos es común a todas las modalidades o especies de impugnación. Luego se estudiará cada una de las técnicas de impugnación en concreto, especificando las variaciones o particularidades que sean del caso.

Conviene advertir que las "técnicas de interrogatorio" abordadas en nuestro medio por la doctrina probatoria, forense y la psicología judicial son del todo insuficientes e inadecuadas para asimilar y explicar la técnica de impugnación.[956]

956 Se refieren a la "técnica del interrogatorio", entre otros, Quintero Ospina, Tiberio, *Práctica Forense Penal. Pruebas*, Librería Jurídica Wilches, Vol. II, Bogotá, 1982, Capítulo VIII: "Técnicas del interrogatorio", enfocado al interrogatorio de sospechosos a cargo de la policía judicial; Rodríguez, Orlando Alfonso, *El Testimonio Penal y sus Errores*, Temis, Bogotá, 1985, p. 134: "Algunas técnicas para interrogar", enfocado al interrogatorio inquisitivo a cargo del juez, en el mismo sentido, Mira y López, Emilio, *Manual de Psicología Jurídica*, El Ateneo, Buenos Aires, 1961, p. 124 y ss..: "Medios para obtener la máxima sinceridad posible en las respuestas".

2. Teoría general de la impugnación de testigos

Las modalidades básicas de impugnación que generalmente utilizan los litigantes en su oficio de lidiar con los testigos adversos son éstas:

1. Impugnación por enunciado previo inconsistente
2. Impugnación por contradicción
3. Impugnación por inverosimilitud
4. Impugnación mediante el uso de tratados
5. Impugnación a partir del comportamiento del testigo durante el contrainterrogatorio.

Estas modalidades de impugnación de testigos están directamente relacionadas con el área o materia que se pretende explorar con cada una de ellas. De ahí que exista una estrecha relación entre la técnica de recusación (el *cómo*) y las áreas del contrainterrogatorio (el *qué*).

Así, por ejemplo, la memoria de un testigo (área de impugnación) puede ser impugnada por inverosimilitud (técnica de impugnación). Es por esto que el presente capítulo debe ser estrechamente complementado con el capítulo dedicado a *Las Áreas del Contrainterrogatorio*.

Lo hasta aquí expuesto permite comprender más a fondo el texto del artículo 403 de la Ley 906 de 2.004, que en realidad consagra *modalidades específicas de impugnación*, como se verá en detalle más adelante.

En principio todas las modalidades de impugnación o recusación pueden ser reconducidas a un *modelo general de impugnación*, pues todas obedecen a un mismo patrón teórico.

Existen variaciones de una específica modalidad de impugnación a otra porque, por ejemplo, en ciertos tipos de recusación se obvian o agregan algunos de los pasos previstos en el modelo teórico; pero en esencia la dinámica del procedimiento de impugnación es uno solo.

Se expondrá entonces en que consiste el 'modelo general de impugnación' para luego tratar cada una de las modalidades de recusación en concreto.

Para comprender acertadamente el modelo general de impugnación conviene advertir que no todas las preguntas que se pueden formular durante un contrainterrogatorio ostentan el mismo *nivel de seguridad* para quien contrainterroga. A fin de entender este aspecto con precisión se expondrá el "modelo de seguridad" desarrollado por Bergman, aplicable a las preguntas que componen un contrainterrogatorio.

Bergman enseña que en este *modelo de seguridad* las repreguntas se planean no de acuerdo con las posibles respuestas del testigo sino *según la evidencia que uno puede proponer* para refutarlas.[957] Este planteamiento descansa en el supuesto de que una pregunta será *más segura* cuando quien la formula tiene la posibilidad de refutar la respuesta, y viceversa: *menos segura* cuando no se pueda refutar. Lo que delinea entonces el contenido de las repreguntas al abordar el procedimiento de impugnación es "nuestra capacidad para refutar una respuesta desfavorable"[958], por lo que "cuanto mayor es la probabilidad de que usted pueda refutar, más segura será la pregunta".[959] En suma, "el modelo simplemente identifica nuestra capacidad para refutar".[960]

Así las cosas, las preguntas en todo procedimiento de impugnación se clasifican en *muy seguras*, de *seguridad media* y *mínimamente seguras*, y en cada una de esas variantes pueden encontrarse diversos grados de "seguridad" o capacidad para refutar la respuesta adversa. La regla que se deriva de este esquema de seguridad es la siguiente:

> A *mayor capacidad de refutación* frente a la respuesta del testigo *mayor control* sobre la misma y *menor riesgo* de ser afectado negativamente por ella.

957 Bergman, op. cit., p. 146.
958 Ibid, op. cit., p. 147.
959 Ibid.
960 Ibid.

Y por el contrario:

A *menor capacidad de refutación* frente a la respuesta del testigo *menor control* sobre la misma y *mayor riesgo* de ser afectado negativamente por ella.

Al igual que las preguntas, las modalidades de impugnación pueden ser clasificadas por el grado de seguridad que ellas representan, así[961]:

a) Preguntas muy seguras.

1. Las que se formulan en la impugnación utilizando la declaración previa del testigo.

2. Las que se formulan en la impugnación mediante la utilización de un testigo 'más verosímil'.

b) Preguntas de seguridad media.

1. Las que se formulan en la impugnación 'con nuestra propia historia'.

2. Las que se formulan en la impugnación 'mediante un testigo que no puede ser llamado'.

3. Las que se formulan en la impugnación por inverosimilitud, bien sea desarrollada a partir de lo expresado en el interrogatorio directo o utilizando las reglas de la experiencia.

c) Preguntas mínimamente seguras.

1. Las que se formulan al 'salir de pesca', una forma de impugnación por inverosimilitud donde se explora ésta mediante los poderes de la lógica, la experiencia y el sentido común.

A lo largo de este capítulo se explicarán cada una de estas técnicas, con las siguientes precisiones frente al esquema propuesto por Bergman:

La denominada 'refutación mediante un testigo más verosímil' se asimila a la que algunos autores denominan *recusación por contradicción*.

961 Se sigue, con leves adaptaciones, lo expuesto por Bergman, *La Defensa en Juicio...*, op. cit., p. 147.

En cuanto a la recusación 'mediante un testigo que no puede ser llamado', en realidad no se amolda a la teoría general de la técnica de la recusación; se trata de una variante o situación especial que se presenta en la técnica de 'refutación por el testigo más verosímil'. Es, en efecto, una forma de control sobre el declarante para los casos en que el 'testigo más verosímil' no puede comparecer a rendir testimonio. En consecuencia, estamos ante una modalidad de encarar una situación particular que se presenta por razones prácticas, en el caso en que "el testigo más verosímil" no esté disponible.

Finalmente, en cuanto a la 'recusación por inverosimilitud', ésta tiene varios grados de seguridad. Así, la forma más segura de la impugnación por inverosimilitud se presenta cuando lo inverosímil *aparece reflejado expresamente* en el interrogatorio directo del testigo.

Luego, en un nivel más arriesgado para el contrainterrogador y por lo tanto menos seguro, se da el caso en que la inverosimilitud apenas *se insinúa* en el examen directo y procede desarrollarla mediante las reglas de la experiencia y el sentido común.

Y por último, cuando ni siquiera se insinúa la inverosimilitud, lo único que resta al contrainterrogador es explorarla o buscarla mediante un procedimiento que requiere la más alta maestría en el arte del contrainterrogatorio: 'salir de pesca'.

A continuación se expondrá brevemente la teoría del procedimiento de impugnación. La exposición que se presenta se limitará a un esquema general, por cuanto la explicación detallada y con ejemplos prácticos obligaría a invadir las modalidades concretas de impugnación que se presentarán más adelante. A medida que se expongan y ejemplifiquen las distintas modalidades de impugnación se complementará lo expuesto en la teoría general de la impugnación.

Siguiendo a F. Lee Bailey[962] se tiene que toda técnica de impugnación adopta un esquema básico consistente en tres momentos o pasos: *extracción*, *cierre* y *refutación*.[963]

962 Bailey, Lee F., *Como se ganan los juicios. El abogado litigante*, Editorial Limusa – Grupo Noriega Editores, Novena reimpresión, México, 2002, p. 161-163.
963 La doctrina del contrainterrogatorio coincide en señalar que estos tres pasos básicos componen el procedimiento de la tacha o impugnación de testigos. Véase: Bergman, op. cit.; Steven H. Goldberg, *Mi Primer Juicio Oral: ¿Dónde me siento y que diré?*, Heliasta, Buenos Aires, 1994; Bailey, op. cit..; Mauet, op. cit.., entre otros.

El orden lógico de estos tres pasos es esencial para desarrollar el procedimiento de impugnación con eficacia, pues tal y como advierte Wellman, la *secuencia* es fundamental al momento de abordar el contrainterrogatorio de los testigos.[964]

Primer paso. Para comenzar se debe "*extraer* del testigo algo que él sabe, que es pertinente y favorece a la causa".[965] Al *extraer* la información se busca obtener un *compromiso* de parte testigo, pues "la primera condición para el contrainterrogatorio es que el testigo ya se haya comprometido a mantener cierta posición, la cual podrá después socavarse mediante las repreguntas".[966]

El *compromiso* de parte del testigo con determinadas afirmaciones es fundamental para impugnar exitosamente, pues si el testigo no se concreta en una determinada posición contará con la libertad de 'acomodarse' cuando posteriormente sea cuestionado.

En este sentido Mauet enseña que el primer paso de la impugnación es hacer que el testigo *repita* el hecho que afirmó en el examen directo, aquél que se planea recusar.[967]

Nótese que el primer paso la recusación implica pasar por alto una de las reglas elementales del contrainterrogatorio: *No repetir el interrogatorio directo*.[968]

El tipo de preguntas que se formulan en este primer paso del procedimiento de impugnación pueden ser aquellas que caracterizan un *interrogatorio*: preguntas abiertas y que solicitan explicación. En esta primera fase del procedimiento la doctrina aconseja sugerir las respuestas solamente cuando no se esté de ningún modo seguro de que el testigo repetirá el testimonio ofrecido en el interrogatorio directo.[969]

964 Wellman, op. cit., p. 115. La frase va referida en la obra citada a los testigos perjuros: "Much depends upon the *sequence* in which one conducts the cross-examination of a dishonest witness". (resaltado en el texto original)
965 Bailey, op. cit., p. 161.
966 Ibíd.
967 Mauet, op. cit., p. 269.
968 Véase el capítulo sobre *Las Reglas del Contrainterrogatorio*, Num. 3. *Tercera regla: No repita el interrogatorio directo.*
969 Goldberg, op. cit., p. 221.

Segundo paso. Cumplido lo anterior, un adecuado procedimiento de impugnación requiere, gráficamente expuesto, "*cerrar* las salidas por las cuales la presa podría escurrirse cuando usted comience a acosarla".[970] Nunca se debe confrontar al testigo hasta tanto se lo haya hecho destruir las posibles explicaciones por donde pueda escapar cuando sea confrontado. Este paso materializa la regla del contrainterrogatorio que sugiere desarrollar un sentido estratégico y de oportunidad.[971]

En esta fase de la recusación se desarrolla lo que la doctrina del contrainterrogatorio comúnmente denomina 'cerrar las puertas'. En palabras de F. Lee Bailey:

> Si usted quisiera capturar a alguien, una buena manera de lograrlo sería atraerlo hacia una habitación pequeña, *después* de asegurarse que todas las salidas están bien cerradas excepto la puerta por la que él fuese a entrar y esa también tendría que cerrarse en cuanto usted lo tuviese seguro adentro.[972]

Hegland explica este punto señalando que el litigante debe *disimular, ocultándose* entre los matorrales, por que "si el testigo sabe adonde se dirige usted, no llegará a ese lugar."[973]

El ocultamiento implica atender no sólo a la secuencia lógica sino también al tono de la voz, pues el testigo escapará si el contrainterrogador formula la pregunta de forma acusadora; por eso los contrainterrogadores experimentados aconsejan: "formule una pregunta en ese tono y le apostamos lo que quiera a que escuchará una negación".[974]

Por razones de prudencia se aconseja cerrar las puertas *antes de que el testigo sienta la necesidad de huir*[975]; también pueden cerrarse las puertas convenciendo al testigo de que el contrainterrogador puede descubrir rápidamente un ardid o invención de su parte.[976]

970 Bailey, op. cit., p. 162, cursiva en el texto original.
971 Véase el capítulo sobre *Las Reglas del Contrainterrogatorio*, Num. 6. *Sexta regla: Desarrolle un sentido estratégico y de oportunidad.*
972 Bailey, op. cit., p. 162, cursiva en el texto original.
973 Kenney F. Hegland, *Manual de Prácticas y Técnicas Procesales*, Heliasta, Buenos Aires, 1995, p. 120.
974 Ibíd., p. 121.
975 Ibid., p. 129.
976 Ibid..

En esta etapa del procedimiento de impugnación son usuales y poco éticas las objeciones de la contraparte, cuyo propósito es solamente pretenden alertar al testigo de la impugnación que se aproxima.[977]

Lo esencial de este paso es que no debe dejarse ninguna puerta abierta para cuando se desarrolle el posterior paso de la impugnación. Este segundo momento del procedimiento suele ser a veces una fase tediosa pero absolutamente necesaria. F. Lee Bailey expresa una adecuada analogía para simbolizar la forma en que se "cierran las puertas" al testigo, paso previo para proceder a su efectiva contradicción o refutación.

Puede imaginarse el interrogatorio directo como "una cadena montañosa con cumbres altas separadas por valles nebulosos". Las cumbres representan los puntos principales del testigo, suministrados durante el examen directo, por los que este pasó "de cumbre en cumbre a medida que hacía su relato". Los detalles están en "el terreno debajo de la niebla", allí están de cualquier modo aun cuando el testigo los haya omitido. Durante esta segunda fase del procedimiento de impugnación "usted tendrá que caminar con el testigo por esos valles, cubriendo absolutamente todos los pequeños detalles que él afirma haber observado y, lo que es igualmente importante, todos los detalles conocidos por usted (como abogado litigante bien preparado) aunque él *niegue* haberlos notado."[978]

En esta etapa de *cierre* se aconseja "avanzar los más rápido que pueda, pero no tanto que deje mucho terreno inexplorado."[979]

Para terminar conviene advertir que en algunos casos puede ser conveniente comenzar todo el proceso de impugnación por el cierre. Esto para los casos en que no se tiene certeza acerca de si el testigo permitirá 'cerrar las puertas'. Si se ratifica al testigo (primer paso) y posteriormente él no permite cerrar las puertas (segundo paso), se deberá abortar todo el proceso de impugnación, con el desafortunado efecto de haberlo ratificado y fortalecido.

977 Hegland, op. cit., p. 122.
978 Bailey, op. cit, p. 162, resaltado y paréntesis en el texto original.
979 Ibíd..

Por ejemplo, retomando uno de los casos presentados al inicio de este capítulo, supongamos que se pretende impugnar por inverosímil la versión de la denunciante que señaló haber sido accedida carnalmente en un apartamento al cual subió en condiciones que insinúan su consentimiento en los hechos (sin que se le obligara, con una persona desconocida, ambos en estado de alicoramiento y en la madrugada). Si el contrainterrogador anticipa que una de las explicaciones de parte de la denunciante para justificar el ingreso al apartamento consiste en que el denunciado prometió acompañarla posteriormente hasta su casa, puede ser conveniente comenzar todo el proceso de impugnación indagando a la denunciante si vive cerca del lugar y si podía dirigirse sola a su casa (segundo paso). En caso contrario, de ratificar inicialmente (primer paso), si la testigo no permite luego cerrar aquella puerta, el procedimiento deberá ser abortado, pues de lo contrario el testimonio ratificado terminará fortalecido a instancias del contrainterrogador.

Tercer paso. Por último, la impugnación termina con la contradicción propiamente dicha o *refutación*. Es el momento más dramático y definitivo del procedimiento. Una vez que se ha *extraído* la información y se han *cerrado* las salidas hay que proceder a *refutar* el testimonio.

Esto se logra confrontando al testigo para destruir por su boca aquello con lo que se comprometió antes. Si las salidas o explicaciones fueron debidamente neutralizadas la contradicción surgirá con claridad y justicia. Como se verá más adelante, este paso resulta innecesario en algunas modalidades de impugnación.

3. Modalidades de impugnación

3.1. La impugnación mediante declaración previa inconsistente del propio testigo.

Nuestra práctica forense desconoce la correcta utilización de esta modalidad de impugnación, quizá la más segura y letal de todas las técnicas de recusación.

Esta técnica se aplica cuando quiera que durante el interrogatorio directo el testigo suministre una respuesta que claramente contradice otra que, sobre el mismo asunto -que se juzga fundamental al juicio-, había suministrado en una declaración previa. Se tiene pues, como supuesto, el hecho de que un testigo se contradice con sus propias manifestaciones anteriores.

La técnica mediante la cual puede explotarse eficazmente esta contradicción es la denominada *impugnación o recusación mediante declaración previa inconsistente*.

Mauet enseña que este tipo de recusación, para que sea efectiva, requiere demostrar y enfatizar la *diferencia* entre la declaración del testigo en juicio y la declaración previa. Las dos versiones diferentes deben ser *claramente presentadas* una inmediatamente después de la otra, de forma que el contraste aparezca claro a los ojos del juzgador. El objetivo es simple: "mostrarle al jurado que ese testigo, por lo menos en ese punto, no puede ser creído".[980]

Por su parte Chiesa Aponte se refiere a esta modalidad de impugnación en los siguientes términos:

> El medio tal vez más eficaz para impugnar la credibilidad de un testigo es traer ante la consideración del juzgador las declaraciones anteriores del testigo incompatibles con su testimonio en corte. Esto no solo pone en entredicho la credibilidad del testigo en relación con el asunto específico al que se refiere la contradicción, sino también la credibilidad general del testigo.[981]

La recusación mediante declaración previa inconsistente es quizá la técnica de repregunta más dramática, la de más confrontación y la más importante en un juicio[982]; es probablemente la *más potente munición en el arsenal del contrainterrogador*, si es apropiadamente utilizada.[983]

980 Mauet, op. cit., p. 269, traducción propia.
981 Chiesa Aponte, Ernesto L., *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, Forum, Bogotá, Primera reimpresión, 1995, Vol. III, p. 326.
982 Goldberg, op. cit., p. 220.
983 Louis S. Schwartz, *Proof, Persuasion And Cross-Examination: A Winning New Approach In The Courtroom*, Executive Reports Corporation, Englewood Cliffs, New Jersey, Sixth Printing, 1978, Vol. II, p. 2217: "A written contradictory statement, or prior testimony which had been given unde oath is probably the most potente amunition in the cross-examiner´s arsenal if properly used".

Nizer expresa gráficamente el poder de este método de confrontación, señalando que la declaración previa inconsistente del testigo opera como "una palanca que arranca reconocimientos".[984]

Es necesario distinguir la técnica de la recusación de testigos por enunciado previo inconsistente con la técnica del *refrescamiento de memoria*.[985]

La técnica del refrescamiento o ayuda de memoria es una *técnica de acreditación* propia del interrogatorio directo; mediante esta técnica se le exhibe al testigo un documento y se le pregunta con base en el mismo para ayudarle a recordar algo que dijo haber olvidado, pero que presumiblemente sabe. Lo que se busca entonces no es *desacreditar* sino *acreditar un recuerdo* que el testigo olvidó momentáneamente.

Por el contrario, la recusación mediante el uso de declaraciones previas, o de cualquier otro medio de prueba, es una *técnica de desacreditación* utilizable durante el contrainterrogatorio.

Según la ubicación del enunciado previo inconsistente se pueden diferenciar dos situaciones:

De un lado, se puede recusar con una declaración previa del propio testigo que ya aparece aportada en el proceso. Es el caso, por ejemplo, en que al denunciante que declara en la audiencia pública se le confronta con lo dicho en la denuncia o en la ampliación de la misma, recibidas antes del juicio.

De otro lado, se puede recusar con una declaración previa que no obra aún en el proceso, pero está en poder del contrainterrogador y será aportada por él como instrumento de impugnación para recusar lo declarado por el testigo en el interrogatorio directo.

Tal situación se presenta, por ejemplo, cuando el contrainterrogador tiene en su poder una carta manuscrita por el denunciante que contradice lo que manifestó en el interrogatorio directo. O cuando se cuenta con otra declaración del testigo, contraria a la

984 Nizer, Louis. *Mi Lucha en los Tribunales*, Ediciones Selectas, Buenos Aires, 1963, p. 335.
985 Mauet, op. cit., p. 269.

rendida en juicio, pero recibida bajo juramento en un proceso judicial diferente.[986]

Conviene ahondar en el concepto de lo que significa una *declaración previa* a efectos de impugnación. La declaración previa con que se recusa a un testigo (en todo o en parte) puede adoptar dos formas básicas: oral o escrita.

La declaración escrita (*written statement*) puede ser de cualquier tipo, siempre y cuando haya sido efectuada por el testigo que se pretende impugnar. Puede ser una carta o un documento de cualquier índole, como memorandos, artículos publicados en revistas o periódicos, libros, declaraciones públicas, etc.

Un supuesto de recusación por enunciado previo inconsistente de naturaleza escrita sería el siguiente: en juicio el testigo A dice que nunca ha sostenido una relación amorosa con B, aspecto esencial en disputa. Pero el contrainterrogador recibe de B una carta que A le escribió de se puño y letra seis meses atrás, en la cual expresa comprometedoras manifestaciones amorosas. Se puede impugnar la declaración de A rendida en el interrogatorio directo haciendo uso de sus declaraciones previas contradictorias contenidas en la carta escrita a B.

Pero el enunciado previo inconsistente con el que se recusa puede ser también de naturaleza oral (*oral statement*). En esos casos se tiene conocimiento de que el testigo ha dicho en cierto momento a otro(s) testigo(s) algo que contradice o niega lo que ahora manifiesta en el juicio, durante el interrogatorio directo. En estos casos se puede optar por recusar al testigo con ese enunciado oral previo; si el testigo niega o no recuerda haber expresado oralmente esas manifestaciones el contrainterrogador puede probarlas convocando a declarar a la persona que las escuchó.

Un supuesto de recusación por enunciado previo inconsistente de naturaleza oral sería el siguiente: en el juicio el testigo B dice que nunca sostuvo una reunión con A. Pero se tiene conocimiento

986 El aporte del documento en el curso del contrainterrogatorio, para que haga parte de la prueba del proceso, puede generar polémica en nuestra cultura forense en cuanto esa prueba no fue aportada dentro del término legal para "solicitar y aportar pruebas". Sin embargo, el tratamiento de ésta cuestión excede los alcances de este libro.

que días antes B dijo a X que si estuvo reunido con A.Asúmase que el tema de la reunión es un asunto sustancial al juicio. Se puede solicitar la comparecencia de X para probar el hecho de la reunión, en el evento en que B, al ser impugnado con el dicho de X, niegue o no recuerde haber expresado que se reunió con A.

En nuestra práctica forense, bajo el modelo de proceso mixto, el ejemplo más común para recusar por declaración previa inconsistente se presenta cuando el testigo declara en la etapa instructiva y luego amplía su testimonio en la audiencia pública.

En efecto, se estará ante un claro supuesto de impugnación por declaración previa inconsistente si en la declaración en audiencia pública el testigo llegare a expresar asuntos que contradicen lo expuesto en la declaración rendida en la fase instructiva. Los testigos suelen hacer eso con más frecuencia de la que se puede imaginar.

Se podría concluir a priori e instintivamente que en esos casos la opción "más segura" es desechar la opción de impugnar al testigo y optar por la alternativa de presentar directamente la prueba de la declaración previa inconsistente.

Por ejemplo, en el caso expuesto, lo más "seguro" podría ser convocar a X para que declare sobre la declaración previa inconsistente que escuchó a B; o, en el otro ejemplo utilizado, se podría simplemente aportar al juicio la carta amorosa escrita por A, sin entrar a confrontarlo. Estos procedimientos serían más 'seguros' que el enfrentamiento cara a cara con los testigos, porque no les daría la oportunidad de explicar la contradicción.

De hecho, esta alternativa es la que se impone casi siempre en nuestra práctica forense, por razones ya mencionadas: se suele confrontar *indirectamente* la prueba testifical adversa.

Pero más allá de que en ciertos casos esa pueda ser la opción estratégicamente correcta, se debe tomar consciencia del principal inconveniente de este método: se sacrifica el *efecto confrontativo de la repregunta*[987].

987 Sobre ello, Bergman, op. cit., p. 151

En efecto, cuando se impugna durante el contrainterrogatorio el juzgador escucha la contradicción *de la boca del testigo* en un juego limpio, donde percibe sus reacciones a la confrontación; en cambio, si la contradicción se presenta en los alegatos de conclusión el juzgador escuchará ésta *de la boca del abogado* sin conocer la posición del testigo.

Además, en los casos de impugnación por enunciado previo inconsistente de naturaleza oral, cuando los mismos deban ser probados llamando a declarar al testigo que escuchó la conversación, es posible que para cuando ese tercero declare ya el Juzgador no recuerde muy bien los aspectos de la historia del testigo que contradicen la declaración que se impugna.

Incluso, una vez declare el testigo que prueba la declaración oral, la parte contraria podría hacer declarar nuevamente al testigo cuyos dichos son atacados, para que tenga la oportunidad de brindar una explicación a la contradicción surgida con posterioridad a su declaración.

En nuestra práctica forense, cuando excepcionalmente el litigante impugna *directamente* al testigo con un enunciado previo inconsistente, procede a solicitarle explicaciones respecto a la contradicción. Ya Wellman cuestionaba este error generalizado:

> Uno ve a menudo la evidencia documental más perjudicial, en la forma de cartas o declaraciones juradas, caer completamente plano como los traidores de falsedad solamente debido a la manera torpe en que ella es manejada. Si usted tiene en su posesión una carta escrita por el testigo, en la que él toma una posición opuesta en alguna parte del caso a una que él ya ha jurado, evite el error común de mostrarle la carta al testigo para la identificación, y luego leérsela con la pregunta, «que tiene usted para decir a esto?» Durante la lectura de la carta el testigo estará recogiendo sus pensamientos y preparará sus explicaciones en anticipación a la pregunta que sigue, y el efecto de la carta perjudicial se perderá.[988]

988 Wellman, op. cit., p. 115, traducción propia.

El hábito mental consistente en solicitar explicaciones a las contradicciones es propio de la cultura procesal inquisitiva y quizá su origen se encuentre en la antigua práctica del careo, donde la diligencia giraba en torno a pedirle explicaciones a los careados sobre sus discordancias.

Es por esto que en nuestro medio, ante una contradicción entre la declaración en audiencia y una declaración previa, el abogado promedio pretende controvertir al testigo adverso bajo el siguiente esquema:

> *Sírvase explicar al Despacho porque en su primera declaración usted dijo* (enunciado previo inconsistente) *y ahora dice* (enunciado que se pretende controvertir)*?*

Nuestra práctica forense es tímida, ingenua y antitécnica al momento de impugnar las declaraciones inconsistentes; usualmente se opta por pasar de largo en el contrainterrogatorio, con el propósito de evidenciar las contradicciones en el alegato de conclusión. Esta actitud, antes que obedecer a un sano criterio de seguridad, responde al desconocimiento de la técnica de la recusación.

Todo esto nos lleva a la conclusión de que quizá algunas de nuestras prácticas forenses deban ser redefinidas.

Conviene aclarar que la recusación por declaración previa inconsistente se presenta en dos modalidades básicas: **acción** y **omisión**.

La recusación se presenta por *acción* cuando la contradicción con la declaración previa del testigo es *expresa*, como cuando en el interrogatorio directo dice algo que contradice frontalmente lo que sobre el mismo tema expresó en una declaración previa.

Ello sucede, por ejemplo, cuando en la denuncia el perjudicado declara que quien lo asaltó medía aproximadamente un metro con sesenta centímetros, mientras que en el examen directo, practicado en audiencia pública, indica que medía algo así como un metro con ochenta centímetros. La contradicción por *acción* es la forma más clara y nítida de contradicción.

En cambio, en la recusación por *omisión* (*impeachment by omission*) el testigo dice en el interrogatorio directo *algo que no dijo* en su primera declaración, cuando era de esperarse que lo hubiese dicho.

La impugnación por declaración previa inconsistente aparece consagrada en el artículo 403 de la Ley 906 de 2.004 en estos términos:

> Artículo 403. *Impugnación de la credibilidad del testigo.* La impugnación tiene como única finalidad cuestionar ante el juez la credibilidad del testimonio, con relación a los siguientes aspectos:
>
> (...)
>
> 4. **Manifestaciones anteriores del testigo**, incluidas aquellas hechas a terceros, o en entrevistas, exposiciones, declaraciones juradas o interrogatorios en audiencias ante el juez de control de garantías. (...) (s.n.)

En similar sentido, la Regla 44(B) (5) de las Reglas de Evidencia de Puerto Rico, sobre "Credibilidad e impugnación de testigos", dispone:

> (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:
>
> (...)
>
> (5) **Manifestaciones anteriores del testigo**. (s.n.)

3.1.1. Condiciones para que proceda la impugnación por enunciado previo inconsistente.

Goldberg enseña que la primera condición para que proceda la recusación con un enunciado previo inconsecuente es que la declaración que pretenda ser recusada haya sido producida por el testigo en el curso del interrogatorio o examen directo.

Si el testigo cometió un error en una declaración previa al juicio sería equivocado destacar ese error utilizando la declaración

previa, sin que antes el testigo haya cometido nuevamente el mismo error en el examen directo.

En otras palabras, la primera condición de esta modalidad de recusación consiste en que "el testigo debe cometer el error durante el examen directo".[989] La declaración que será recusada se debe producir en el curso del juicio, y es por así llamarla, la *declaración reciente* del testigo.

Por esto se sostiene que "la única declaración que puede ser recusada es la que el testigo realiza desde el estrado de los testigos"[990], ya que "si la declaración no se realiza en el curso del interrogatorio directo, *generalmente* no puede ser abordadas en las repreguntas y después recusada".[991]

En efecto, si la declaración no se produce en el estrado de los testigos generalmente no podrá ser impugnada bajo la regla que prohíbe abordar durante el contrainterrogatorio temas que no fueron tratados durante el interrogatorio directo.[992]

En todo procedimiento de recusación por declaración previa inconsistente operan tres elementos básicos:

Primer elemento. La existencia de una *declaración reciente* del testigo que será impugnada o recusada, es decir, una parte del testimonio que se pretende demostrar es contradictoria.

Esta declaración es la que será objeto de confrontación o refutación. El propósito final de la recusación es convencer al juzgador de que esa parte de la declaración (la contradictoria) no es creíble, y/o que, en últimas, el testigo no es digno de credibilidad.

Segundo elemento. Que exista una *declaración previa* del mismo testigo, o lo que se denomina el enunciado previo inconsistente o inconsecuente, porque se opone a lo que el testigo está declarando en juicio durante el interrogatorio directo. La declaración previa es lo que contradice la declaración reciente.

989 Goldberg, op. cit., p. 220
990 Ibid.
991 Ibíd., resaltado propio
992 Véase el capítulo sobre *El Alcance del Contrainterrogatorio.*

A este segundo requisito lo denomina Goldberg el '*vehículo de la recusación*'. Es el instrumento o medio con el cual se va a desacreditar la declaración reciente. El vehículo de la recusación puede aparecer de dos formas:

Puede ya obrar en el expediente o, en cambio, tratarse de *prueba extrínseca* que aún no existe en la actuación, como en el ejemplo ya citado de la carta amorosa que escribió el testigo y que el contrainterrogador tiene en su poder antes de iniciar las repreguntas.

Cuando se trata de prueba extrínseca el vehículo de recusación "puede ser propuesto como evidencia si el testigo niega la sustancia de la recusación".[993]

En cuanto al vehículo de la recusación, el contrainterrogador debe cerciorarse de que existan razones para sugerir al Juzgador que la declaración previa es más creíble o fiable que la declaración reciente, bien por su cercanía con el momento en que ocurrieron los hechos, porque se prestó bajo juramento, o existía un interés especial en que se conociera la verdad cuando ella fue expresada, etc.

Tercer elemento. Que exista una *contradicción* entre las dos declaraciones que reúna las siguientes características: (1) que se trate de una *auténtica contradicción* y (2) que verse sobre la *cuestión sustancial y básica* debatida en el proceso.

La condición básica para que recusación sea exitosa consiste en la *identidad* entre la declaración previa (con la que se pretende recusar) y la declaración reciente (la que se pretende recusar). El principio lógico de no contradicción indica que dos proposiciones contradictorias sobre un mismo objeto, al mismo tiempo, desde el mismo punto de vista y en las mismas relaciones (son cuatro condiciones) no pueden ser ambas verdaderas.[994] Si se dan esas condiciones se tiene una verdadera y no aparente contradicción.

993 Goldberg, op. cit., pp. 220-221
994 Zuleta Estanislado, *Arte y Filosofía*, Editorial Percepción, Primera edición, Medellín, 1986, pp. 25 y ss.

Es por eso que, como paso previo a toda impugnación, debe primero concluirse que las dos declaraciones que se van a enfrentar se refieran al *mismo objeto*, al *mismo tiempo*, desde el *mismo punto de vista* y bajo las *mismas circunstancias*. Solo así se podrá impugnar eficazmente al testigo. Por eso se sostiene que "si una declaración previa es indefinida o imprecisa, uno no podrá oponerse a una respuesta desfavorable".[825]

La seguridad del procedimiento de impugnación en realidad proviene del hecho de que el contenido del enunciado previo "encaje" exactamente con las preguntas que uno formulará durante el contrainterrogatorio.[996] Cuando el testimonio contenido en la declaración previa no es *exactamente contradictorio* el testigo siempre podrá desbaratar el intento de impugnación con una explicación.

Por eso Goldberg advierte que se "debe tener la certeza de que hay una contradicción"[997]; se sugiere entonces atender a *la nitidez* de la contradicción, es decir, que se trate de una contradicción "lisa y llana"

Sobre el tema Chiesa Aponte enseña:

> Entre la declaración en corte y la declaración anterior debe existir una relación de incompatibilidad. Pero no se exige contradicción estrictamente lógica, en el sentido de que las dos declaraciones no pueden ser ambas verdaderas. Es suficiente con que hayan diferencias significativas entre una y otra declaración.[998]

También es importante asegurarse de que la contradicción ostente un carácter *sustancial*, o que sea *importante*. Cuando se recusa con cualquier clase de escrito o declaración previa el contrainterrogador debe cerciorarse de que la contradicción sea *material* y *justa*. De lo contrario la técnica de impugnación se tornará inefectiva, además de la cuestionable pertinencia de las repreguntas que llegaren a formularse (por inmateriales o improcedentes).

995 Bergman, op. cit., p. 155
996 Ibid, p. 155
997 Goldberg, op. cit., p. 222
998 Chiesa Aponte, op. cit., Vol. III, p. 326.

Debe evitarse impugnar con declaraciones previas tomadas fuera de contexto, pues la contraparte podría exigir leer la totalidad de la parte relevante de la declaración previa[999], perdiéndose así el efecto de la recusación y evidenciándose hasta el carácter capcioso de las preguntas. Por eso se ha escrito con acierto:

> La impugnación es mucho más seria, y puede resultar decisiva cuando las inconsistencias del testigo versan sobre los aspectos críticos o medulares de su testimonio. Si las contradicciones se refieren a detalles secundarios que el testigo puede fácilmente olvidar o confundir, la impugnación es de escaso valor.[1000]

Además, como cuestión probatoria, si la contradicción no versa sobre *algo sustancial al juicio* el contrainterrogador se verá limitado a la hora de aportar prueba derivada o sobreviniente para refutar las respuestas del testigo.[1001]

3.1.2. Las etapas o fases del procedimiento de impugnación.

Tal y como se expuso al momento de presentar la teoría del procedimiento de impugnación, la recusación del testimonio mediante una declaración previa inconsistente normalmente se compone de la siguiente secuencia:

Primer paso. *La ratificación*. En esta etapa se le pide al testigo que repita el testimonio que será objeto de recusación mediante lo que se denomina un *interrogatorio de ratificación*. En esta fase del procedimiento el contrainterrogador debe asegurarse de repetir *exactamente* la declaración del testigo, incluso empleando los mismos términos utilizados en las respuestas al interrogatorio directo. Esto por cuanto "el empleo de un término diferente puede provocar la vacilación de un testigo, y extender lo que uno generalmente supone será un interrogatorio breve."[1002]

999 Mauet, op. cit., p. 272.
1000 Chiesa Aponte, op. cit., Vol. III, p. 326.
1001 Este aspecto implica todo lo relacionado con la *prueba derivada*. Su tratamiento excede los alcances de éste libro. En el sistema acusatorio esta temática involucra las denominadas *materias colaterales*, sobre las cuales se prohíbe la presentación de nueva evidencia por no versar sobre aspectos sustanciales del juicio.
1002 Bergman, op. cit., p. 152

La parte del testimonio que será objeto de recusación (la declaración reciente) debe ser repetida por el testigo con dos finalidades: de un lado para situar el testimonio ante los ojos del juzgador y, del otro, impedir que el testigo afirme que hubo un error de verbalización o interpretación de sus respuestas durante el interrogatorio directo.[1003]

Goldberg emplea una interesante analogía para explicar la técnica de impugnación por enunciado previo inconsistente: la técnica se asemeja al procedimiento consistente en golpear un clavo con un martillo.

El clavo representa la declaración reciente del testigo adverso que será recusada; quien golpea con el martillo es el contrainterrogador; el vehículo o instrumento de la recusación (la declaración previa inconsistente) hace las veces del martillo con el que se desacredita o destruye la declaración reciente. Esta analogía explica con exactitud la técnica de impugnación en comento.

En efecto, el primer paso del proceso equivale a asegurar o sostener firmemente el clavo a golpear. De la misma forma, la declaración reciente del testigo debe ser 'asegurada', es decir, ratificada, comprometiendo al testigo con la declaración que se pretende impugnar. Si el clavo no está firmemente sostenido en su sitio, el martillo muy probablemente golpeará los dedos de quien lo sostiene. Por eso Goldberg concluye que "es imposible realizar una recusación exitosa a menos que poco antes de que el martillo lo golpee, el testigo parezca ofrecer su mejor declaración ante el jurado".[1004]

En esta fase inicial del procedimiento se debe tratar de que el testigo sienta que esta desempeñándose muy bien, repitiendo todo lo que ha dicho en el examen directo. Es aconsejable acentuar el dramatismo y disponer las cosas de tal modo que sea claro que la parte del testimonio objeto de repetición es la más importante porque contiene los fundamentos de la conclusión del testigo.

1003 Ibid, p. 149
1004 Goldberg, op. cit., p. 221

Segundo paso. *Exposición de la credibilidad del enunciado previo*. En este paso del procedimiento se determinan las circunstancias que rodearon la declaración precedente del testigo. Estas preguntas están destinadas a "trabajar los detalles".

Al igual que sucede con el anterior paso, conviene utilizar un tono de voz que no advierta en lo más mínimo al testigo acerca de la existencia de una contradicción; Bergman señala que "en general, ninguno de los dos aspectos exige que uno contradiga a un testigo, de modo que un tono de voz coloquial puede suavizar el interrogatorio".[1005]

Retomando la metáfora del martillo, se trata de que el testigo *reconozca la idoneidad del martillo*, es decir, las condiciones por las que es más creíble su propia declaración previa. Es importante "ejecutar la acreditación del vehículo de recusación, y no pasar a las preguntas demoledoras hasta que el testigo haya reconocido la importancia del vehículo de recusación".[1006] Esta fase del procedimiento "concentra la atención de los jurados en la importancia del vehículo de la recusación poco antes de usarlo como un martillo con el cual golpear al testigo".[1007]

Se trata de una fase absolutamente indispensable, quizá la más importante y usualmente la más difícil; en la metáfora propuesta por Goldberg, si no se acredita el vehículo de la recusación y se intenta descargar inmediatamente el martillo ocurrirá que el contrainterrogador se lastimará su propio dedo cuando el testigo escape de una contradicción con una declaración previa que aún no ha reconocido.

Es posible que se inicie el procedimiento de recusación con esta fase, acreditando el vehículo antes de comprometer al testigo con la declaración a impugnar[1008]. Ello puede ser útil en los casos en que no se tiene certeza de lograr que el testigo acredite el vehículo de la recusación, en cuyo caso sería perjudicial agotar la fase inicial (repetición del testimonio directo) para abandonar

1005 Bergman, op. cit., p. 152
1006 Goldberg, op. cit., p. 225
1007 Ibid, p. 225.
1008 Ibid.

el procedimiento cuando se concluya que no se logró la acreditación del vehículo de la recusación. Pero algunos autores no aconsejan esta variación del procedimiento porque disminuye el efecto de la recusación.

El vehículo de la recusación se acredita con varios fines. Uno de ellos es que el testigo construya las bases para luego reconocer que si expresó lo que aparece en el enunciado previo contradictorio o inconsistente. Si esta fase no se cumple adecuadamente el testigo podrá contestar que lo que dice el enunciado previo no representa exactamente lo que él dijo o quiso decir. Las respuestas clásicas que surgen cuando no se acredita adecuadamente el vehículo de la impugnación son de este tipo:

Respuesta 1: Eso es lo que dice el papel pero yo no lo dije así.

Respuesta 2: Eso no es lo que yo dije, debieron haber copiado mal.

Respuesta 3: Me malinterpretaron, yo dije otra cosa.

Respuesta 4: Yo le dije a quien copiaba que no escribiera eso, pero ahora veo que si lo escribió.

Respuesta 5: Con esa expresión yo no quise decir (...) yo lo que quise decir realmente fue (...).

La otra finalidad de esta fase del procedimiento de recusación es demostrarle al juzgador *por la boca del testigo adverso* que la declaración previa inconsecuente tiene derecho a reclamar más crédito que el que corresponde a la declaración que se escuchó durante el examen directo en el estrado de los testigos.

En esta fase de la recusación se trata de suministrarle al juzgador "motivos para pensar que la declaración original fue realizada en condiciones en que era imposible que el testigo mintiese o se equivocara".[1009]

En esencia, el segundo paso de la recusación trata de "establecer que la declaración previa inconsistente fue hecha en un tiem-

1009 Ibid, pp. 228 y 225.

po y bajo unas circunstancias que aseguran su credibilidad. Fortalezca la declaración previa inconsistente solo si usted pretende que el juzgador la acepte como verdadera. Si su teoría del caso es que ninguna de las dos declaraciones es verdadera no fortalezca la declaración inicial."[1010]

El vehículo de recusación, el "martillo" en la analogía utilizada por Goldberg, puede tener muchos grados de fortaleza o debilidad para golpear. Si el vehículo no es muy fuerte quizá deba pensarse dos veces antes de iniciar todo el procedimiento de impugnación.

Una de las formas en que un testigo puede *escurrir una contradicción* por declaración previa inconsecuente es *fingiendo que interpreta mal la pregunta*.[1011] El siguiente ejemplo así lo demuestra: en este caso el abogado pretendía contradecir a un médico obstetra que, en el examen directo, dijo que examinó a una paciente "a las 9 de la mañana", con una declaración previa al juicio donde declaró que la examinó "a las 4":

P.- Ahora, le leo esto:"¿ la examinó usted entonces?. R.- Sólo a las cuatro. "

P.- Por lo tanto, no la examinó a las nueve de la mañana... verdad?

R.- No. Quiero decir, no le hice un examen vaginal.

P.- ¿Y a que clase de examen cree usted que yo me refería?

R.- No lo se. Pero se puede examinar a una paciente en forma externa con un estetoscopio, auscultar y palpar.[1012]

Como la puerta no fue adecuadamente *cerrada* el testigo escapó por la vía del conflicto de interpretaciones acerca del "tipo de examen" practicado a la paciente. El contrainterrogador debió cerrar la puerta precisando la clase de examen practicado a la paciente *antes* de pasar a la confrontación directa.

Nizer escribió que en las declaraciones testificales *la verdad puede derramarse de cualquier bolsa oculta de engaño*[1013]; de

1010 Mauet, op. cit., p. 270, traducción propia.
1011 Nizer, op. cit., p. 335.
1012 Ibid.
1013 Ibid, p. 347.

lo que se trata con este segundo paso de la impugnación es de encontrar esas bolsas y destruirlas antes de continuar con el procedimiento.

Tercer paso. Obtener la declaración previa inconsistente y *seguir adelante*.

Esta fase equivale a *descargar el martillo*, es decir, a golpear al testigo con la contradicción presente en su declaración previa. Al respecto la doctrina enseña que "todos los golpes de la recusación deben ser asestados con precisión, para impedir que el testigo explique".[1014]

La pregunta confrontativa y decisiva se basará en el vehículo de recusación. Esa pregunta debe ser eficaz, o de lo contrario todo el trabajo previo se perderá. La *fuerza y la importancia* de la recusación están en el drama. La sustancia de la recusación, una vez incorporada, pueden interesar posteriormente pero solo para estructurar los recursos ordinarios o extraordinarios que proceden contra la decisión proferida por el juzgador.[1015]

Goldberg sugiere que para maximizar la eficacia de la recusación se deben utilizar "las palabras exactas del vehículo de recusación en la pregunta destructiva".[1016]

Cuado finalmente se impugna al testigo con una declaración o un escrito previo se debe citar esta declaración literalmente, palabra por palabra. "Es impropio resumir o parafrasear el testimonio"[1017] y por eso "cuanto más general el lenguaje de la recusación, más difícil resulta recusar".[1018]

El secreto para desarrollar con éxito esta fase y culminar satisfactoriamente el procedimiento de impugnación consiste en hacerlo de la forma más rápida y limpia posible. Goldberg enseña: "Usted no puede esgrimir con éxito el martillo a menos que sepa donde está".[1019] Por ese motivo "nada frustra el gran drama de

1014 Goldberg, op. cit., p. 232.
1015 Ibid, p. 221.
1016 Ibid, p. 229.
1017 Mauet, op. cit., p. 272, traducción propia.
1018 Goldberg, op. cit., p. 229.
1019 Ibid.

una buena recusación con más rapidez que una pausa de treinta segundos mientras el abogado revisa el vehículo de recusación buscando las palabras de la recusación".[1020]

En esta fase de la recusación el contrainterrogador debe evitar vanagloriarse o mostrarse victorioso con el testigo. Esa actitud puede despertar la solidaridad del juzgador hacia el testigo. Por eso se sugiere mantener una actitud razonable y *limitarse a destruir*, incluso con la resignación de quien se ve en la penosa necesidad de hacerlo.

En cambio,"si hace muecas, o exhibe indicios de que se dispone a 'dar el golpe de gracia', es probable que irrite a los jurados. En general, el abogado que destruye al testigo con renuencia obtiene mejores resultados que el abogado que lo destruye con alegría".[1021]

Por supuesto, esta regla tiene excepciones, ya que "es propio manifestar desdén o incluso mofa mediante las actitudes, gestos o el tono de la voz ante un testigo que miente" o "cuando se quiere poner en evidencia las mentiras de alguien que es obviamente un hombre ruin".[1022]

Se debe tener en cuenta que "la última pregunta es la frontera del interrogatorio muy seguro".[1023] De ahí el cuidado con que hay que proceder en este punto, pues aunque el procedimiento de recusación ya ha terminado con éxito existe la tentación de seguir adelante porque se ha logrado una ventaja objetiva sobre el testigo.

"Seguir adelante" queda en manos del buen criterio del litigante en cada caso. Las preguntas confrontativas clásicas que desarrollan este paso usualmente adoptan el formato siguiente:

P: Cuando mintió (o dijo la verdad) usted, ¿en su declaración inicial o ahora?

P: De modo que usted mintió hace un momento cuando declaró (...)

1020 Ibid.
1021 Ibid.
1022 Bailey, op. cit., pp. 157-158 y 183.
1023 Bergman, op. cit., p. 151.

El problema con estas preguntas es que siempre tienen el riesgo de provocar o retar al testigo a brindar una explicación. La intuición y el criterio, sumados a la experiencia, le dirán al contrainterrogador cuando debe detenerse.

Cuando se esta finalizando una recusación mediante declaración previa inconsistente surge el problema de como utilizar un documento que contiene esa declaración. Varias son las soluciones para dar respuesta a este problema:

Una primera alternativa es hacer que el testigo lea él mismo la parte de su declaración previa donde aparece la contradicción con lo declarado en el interrogatorio directo. Algunos autores consideran que "nada es tan eficaz como la actitud del testigo que se atragante con sus propias palabras mientras lee".[1024]

Otros, en cambio, consideran más *efectivo* que el contrainterrogador sea quien lea al testigo la contradicción al formularle la pregunta; de esta forma "está en condiciones de asignarle el énfasis que aportará la mayor medida de dramatismo y efecto en los jurados".[1055]

La decisión acerca de quien deberá leer el material de la recusación dependerá de varios factores, entre otros[1026]:

a) La capacidad o sagacidad que exhibió el testigo al declarar: mientras más capaz el testigo más probable que tome el control de la declaración si se le permite leer el vehículo de la recusación.

b) El grado de nitidez de la contradicción: si ésta es muy tajante existe menos riesgo de que el testigo asuma el control de la declaración y probablemente aumente el efecto de que se "atragante" con sus propias palabras.

Quizá el camino más seguro sea "pedir autorización al Tribunal para aproximarse al testigo, mostrarle el documento y encargarse uno mismo de la lectura mientras él mismo mira el documento".[1027]

1024 Goldberg, op. cit., p. 231. En contra Mauet, op. cit., p. 270.
1025 Goldberg, op. cit., p. 231. En el mismo sentido Mauet, p. 270.
1026 Goldberg, op. cit., p. 231.
1027 Ibid.

En este paso de la impugnación existe la tentación de formularle al testigo la argumentación que luego se formulará al juzgador en los alegatos de conclusión. La técnica aconseja evitar este enfoque a toda costa; recuérdese que una de las reglas del contrainterrogatorio es ***no formular la pregunta final y definitiva en cuestión***.

Este tipo de preguntas retan al testigo a formular una explicación sin que el contrainterrogador pueda evitarlo. Tales preguntas se deben obviar en la fase final de la impugnación, a menos que se trate de un caso en el que virtualmente no exista ninguna explicación al respecto, o en el que la contradicción sea absoluta y objetiva y, adicionalmente, sea evidente a los ojos del juzgador que el testigo es una persona mendaz.

La decisión de 'cuantos golpes descargar con el martillo' es delicada. Es difícil superar la tentación de seguir confrontando a un testigo atrapado, pero no es recomendable hacerlo por cuanto el asunto puede llegar demasiado lejos y traspasar el punto de no retorno, malogrando todo el trabajo previo. Por eso se ha dicho con razón:

> Nada es tan embriagador como una recusación exitosa. Nada es tan importante como sentarse cuando la recusación ha concluido. Es probable que la recusación sea el fin del interrogatorio. Es difícil imaginar un final mejor. Una vez que el testigo esta "moribundo, en el suelo", pueden suceder dos cosas negativas si uno trata de castigarlo de nuevo: (1) los jurados se compadecerán del testigo y odiarán al prepotente, y (2) el testigo arrebatará el martillo de manos del abogado y con él levantará la cabeza.[1028]

Se ha dicho que esta fase de la recusación "tiene que realizarse con la mayor velocidad posible, y con todo cuidado"[1029], pues se trata de un momento de mucha expectación que no debe prolongarse, so pena de perder la persuasión y el impacto que lo caracteriza.

1028 Ibid, p. 233.
1029 Bailey, *Como se ganan los juicios*, op. cit., p. 164.

En la doctrina del contrainterrogatorio surge un tema interesante a esta altura de la exposición: antes de recusar al testigo con el enunciado previo, ¿debe primero exhibírsele el documento que lo contiene y con el cual se le pretende recusar?

Cuando se recusa con una declaración previa de naturaleza escrita el contrainterrogador tiene dos opciones al momento de "esgrimir el martillo": puede optar por exhibir o no al testigo la declaración previa con la que lo pretende recusar; es posible entonces "confrontar el testigo con la declaración o recusar sin permitir que el testigo la vea".[1030]

Nuestro sistema jurídico no contiene regulación al respecto. En el derecho angloamericano la regla tradicional ha sido que se exije al abogado mostrar al testigo su declaración previa antes de utilizarla para atacarlo con ella; bajo esta antigua regla no se podía castigar a un testigo con una declaración previa hasta no darle primero la oportunidad de examinarla, "presumiblemente – opina Goldberg- con el propósito de esquivarla".[1031] De esta manera se exigía que al testigo se le diese una oportunidad para admitir o negar su firma, escritura, autorización o sus iniciales contenidas en la declaración previa, antes de formularle preguntas acerca del documento.[1032] Como enseña Mauet esta regla se originó en el derecho ingles a partir del *holding* del caso de la reina Carolina[1033] y fue adoptada en sus inicios por la jurisprudencia norteamericana.[1034]

Esta antigua regla fue modificada por el artículo 613(a) de las Reglas Federales de la Evidencia aplicables en los Estados Unidos, el cual señala que el contrainterrogador no esta obligado a mostrarle al testigo la declaración previa antes de impugnarlo con la misma, aun cuando debe serle exhibida a la contraparte si ésta así lo solicita.[1035]

1030 Goldberg, op. cit., p. 227.
1031 Ibid.
1032 Schwartz, op. cit., Vol. II, p. 2218.
1033 The Queen's case (1820), 2 Br. & B 284, 129 Eng. Rep. 976. Véase Mauet, op. cit., p. 270.
1034 Kimble v. Kiser (1932), 59 F. 2d 29; Larkin v Nassau Electric Railroad. Bartlett v. Cheesebrough (1891), 32 Neb. 339, 49 N.W. 360.
1035 "Rule 613. Prior Statements of Witnesses.
(a) Examining witness concerning prior statement.
In examining a witness concerning a prior statement made by the witness, whether written or not, the statement need not be shown nor its contents disclosed to the witness at that time, but on request the same shall be shown or disclosed to opposing counsel.

El literal (b) de la misma Regla en cita agrega, como principio, que no se permite la presentación de evidencia extrínseca sobre lo declarado previamente si no se ha concedido antes una oportunidad al testigo para explicar o negar la contradicción.[1036]

Estas normas, en esencia, son reproducidas por las reglas de evidencia vigentes en Puerto Rico, cuyo artículo 47 dispone:

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.

En todo caso, aún cuando no se exija mostrarle al testigo el vehículo recusador antes de proceder a impugnarlo, los autores consideran que es más aconsejable hacerlo porque representa una "técnica más persuasiva"[1037], en vista de que "hay más dramatismo en el ataque si uno puede descargarlo mientras el testigo se ve obligado a examinar el documento con el cual se lo ataca"[1038].

Adicionalmente, esa forma de proceder le demuestra al juzgador que se trata de una contradicción justa y objetiva en el marco

1036 **(b) Extrinsic evidence of prior inconsistent statement of witness.**
Extrinsic evidence of a prior inconsistent statement by a witness is not admissible unless the witness is afforded an opportunity to explain or deny the same and the opposite party is afforded an opportunity to interrogate the witness thereon, or the interests of justice otherwise require. This provision does not apply to admissions of a party-opponent as defined in rule 801(d)(2).
1037 Mauet, op. cit., p. 274.
1038 Goldberg, op. cit., p. 227.

de un debate limpio, como que no necesita valerse del ocultamiento. En todo caso, quizá no haya necesidad de ocultar el vehículo recusador, pues "cuando la contradicción es evidente no hay nada que el testigo pueda hacer mirando el documento".[1039]

Como cuestión de derecho, la doctrina enseña que "si usted se propone probar una acusación con una declaración previa del testigo, debe como norma general, interrogar al testigo sobre lo declarado por él antes de poder someterlo a careo."[1040]

Así, cuando el testigo niega la acusación o contradicción, se pueden presentar pruebas que lo desmientan, por ejemplo, la declaración de quien lo escuchó decir algo para que ratifique la conversación que el testigo niega."Pero si usted no enfrentó al testigo con su declaración previa es posible que no se le permita probarla."[1041]

El fundamento de esta regla es mantener el trato equitativo en el proceso, pues si al litigante se le concede la oportunidad de aportar prueba extrínseca para refutar al testigo, a éste, del otro lado, debe permitírsele la oportunidad de expresar su posición o defensa sobre sus propias contradicciones.

Cuarto paso. *Completar la recusación cuando sea necesario.* Si el testigo no reconoce o niega la declaración previa inconsistente (por ejemplo,"yo no dije eso"), o si contesta a las preguntas definitivas con expresiones que hagan equívoco el reconocimiento de la declaración previa (como por ejemplo "no recuerdo", o "puede ser", o no sé") se aconseja completar la recusación probando la declaración previa mediante el ofrecimiento de la misma en la oportunidad más próxima.[1042]

En caso de que el testigo niegue haber efectuado una declaración oral, y ese sea el instrumento de recusación, la impugnación se completa convocando a declarar a la persona que escuchó la declaración como *testigo de refutación*, siempre y cuando estén implicadas cuestiones sustanciales o no colaterales al juicio.[1043]

1039 Ibid, p. 227.
1040 Hegland, op. cit., p. 116
1041 Ibíd.
1042 Mauet, op. cit., pp. 270, 281-282.
1043 El propósito de ésta regla es impedir que el juicio se dilate permitiendo la prueba de cuestiones irrelevantes.

Cuando la impugnación se formule mediante enunciados previos escritos éstos se deberán aportar al juicio, de ser necesario mediante la declaración del testigo que pueda acreditar la autenticidad del documento.

Un consejo final: si se pretende recusar varios apartes de la declaración del testigo, se debe *impugnar cada hecho separadamente*. Ha de aplicarse todo el procedimiento de impugnación para cada hecho contradictorio y no comprenderlos todos en uno solo.

En efecto, si se impugnan varios hechos mediante un mismo procedimiento de impugnación se perderá el contraste y posiblemente se confundirá al juzgador. La técnica aconseja comprometer al testigo con un hecho contradictorio y luego atacarlo con el mismo. Por eso "repita el proceso para cada hecho significativo que usted pueda recusar".[1044]

El siguiente ejemplo, tomado de la experiencia profesional de L. Nizer, evidencia la técnica de recusación por enunciado previo inconsistente en el marco de un proceso mucho más amplio de repreguntas. Cuando se tiene demasiada pericia y una gran experiencia en el arte de contrainterrogar se puede tener más desenvoltura, e incluso intercalar preguntas propias de uno de los pasos del procedimiento de impugnación mientras se está ejecutando otro.

Un médico fue demandado por mala práctica profesional debido a que la paciente murió durante el parto a su cargo. En el interrogatorio directo el médico declaro que el *estado cardíaco de la paciente no tuvo que ver con la decisión de no practicar una cesárea*. Pero en un juicio previo que el médico promovió contra el esposo de la paciente para lograr el pago de sus honorarios profesionales, declaró que *no practicó una cesárea debido al mal estado cardíaco de la paciente*. La cuestión del mal estado cardíaco de la paciente era sustancial al juicio, pues, de ser ello era cierto, se configuraría la responsabilidad civil del médico.

1044 Mauet, op. cit., p. 270, traducción propia.

En este caso se tiene una contradicción clara con un enunciado previo. El abogado del demandante impugnó el enunciado formulado en el interrogatorio directo de esta forma:

P.- Dejo usted de practicar una cesárea en el segundo parto de la paciente debido a su estado cardíaco?

R.- No, señor.

P.- El estado cardíaco nada tenia que ver con eso?

R.- No, señor.

P.- Tuvo algo que ver el hecho de que usted no practicara una cesárea con su estado cardíaco?

R.- No, señor.

P.- Recuerda usted haber declarado en un juicio ante el tribunal municipal?

EL ABOGADO DEL DEMANDADO.- Que juicio?

Nizer.- Puedo hacerle una pregunta al demandado?

R.- No, no lo recuerdo.

P.- Recuerda un juicio que promovió usted contra el marido de la paciente (por honorarios médicos)?

R.- Si, señor.

P.- Y recuerda que usted prestó testimonio bajo juramento... ¿no es así?

R.- Si, señor.

P.- Ahora bien... ¿Recuerda haber contestado:"La razón de que no se hiciera una segunda cesárea fue que el corazón de la paciente estaba en demasiado malas condiciones. Era un caso cardíaco. Su estado era harto precario para soportar otra cesárea". Recuerda haber declarado eso?

C.- No, señor.

P.- Si yo le dijera que tengo en mis manos las actas oficiales del taquígrafo del tribunal... ¿diría usted que no declaró eso?

R.- Yo no diría que no lo dije.

P.- ... ¿No manifestó usted que el motivo para que no hiciera una segunda cesárea fue que el corazón de la paciente se hallaba en condiciones demasiado precarias? ¿No declaró eso?

R.- Si eso figura en las actas, lo dije.

P.- Pues bien: Permítame que se lo muestre. Esta subrayado, doctor (le tiende el acta al testigo).

R.- Si, señor.

P.- De modo que usted dijo eso... ¿verdad?

R.- Si, señor.

P.- ... ¿Con que eso fue un error?

R.- Si, señor.

P.- Y su declaración previa al juicio... ¿fue también un error?

R.- Si, señor.

P.- ¿Era su memoria peor o mejor que hoy?

R.- Era la misma.

P.- Pero ahora usted dice lo contrario.. ¿verdad?

R.- Si, señor. [1045]

Nótese como las primeras tres preguntas configuran el *interrogatorio de ratificación*: pretenden reafirmar la declaración que luego será impugnada. Por otra parte, las preguntas "recuerda que usted prestó testimonio bajo juramento... ¿no es así?" y "¿Era su memoria peor o mejor que hoy?", son *preguntas de acreditación* del vehículo de recusación porque aportan al juzgador razones para pensar que la declaración previa amerita más confiabilidad que la prestada en juicio.

Las *preguntas de confrontación*[1046] evidencian las contradicciones entre ambas declaraciones y proyectan inverosimilitud

1045 Nizer, op. cit., p. 343-344.
1046 Como cuando se preguntó: "*P.- De modo que usted dijo eso... ¿verdad?*"; "P.-... *¿Con que eso fue un error?*"; y "P.- *Pero ahora usted dice lo contrario, ¿verdad?*".

sobre la base de la inconsistencia interna en la declaración del testigo.

Otro ejemplo de nuestra práctica forense permite comprender como opera la recusación por enunciado previo inconsistente. En este caso un agente de policía mencionó en el interrogatorio directo recibido en juicio, más de un año después de ocurridos los hechos, que fue víctima de un intento de soborno por parte del acusado, un transportador al que se le imputaba el delito de transporte de insumos ilegales en la carrocería del vehículo. Sin embargo, en la ratificación del informe policivo, siete días después de ocurridos los hechos, al agente le fue preguntado por la Fiscalía si en algún momento le fue hecho un ofrecimiento directo de dinero, a lo que respondió negativamente.

La impugnación por declaración previa inconsistente reúne en ese caso todos los requisitos:

De un lado existe una declaración que será impugnada: la rendida durante el interrogatorio directo en juicio, según la cual los transportadores capturados intentaron sobornar al agente de policía para que no efectuara la detención.

De otro lado, se tiene una declaración con la cual impugnar: la rendida ante la Fiscalía al momento de ratificar el informe policivo, donde el agente expresamente negó que lo hubiesen intentado sobornar.

Finalmente la contradicción reúne todos los requisitos explicados, a saber: no es aparente sino *real*, pues en juicio el testigo dice una cosa que expresamente negó en una declaración anterior. Y por otra parte es *relevante*, como quiera que el ofrecimiento de dinero apoya la teoría del caso de la Fiscalía en cuanto prueba del dolo del acusado, que es precisamente lo que discute la defensa al alegar que el transportador no sabía que el contenido de la mercancía incautada era ilícito.

Con todos los requisitos reunidos la impugnación puede adoptar el siguiente formato:

P. Usted ha dicho en su interrogatorio en esta audiencia que el acusado le ofreció la suma de treinta millones de pesos para

que usted no lo detuviera ni le incautara la mercancía, es eso cierto?

C. Si.

P. Esta usted seguro de ello?

C. Si.

P. Lo recuerda claramente?

C. Si.

P. Pero esto ocurrió hace más de un año, ¿el transcurso del tiempo afecta en algo su memoria para recordar ese ofrecimiento?

C. No, para nada.

P. Ya veo. Tiene usted buena memoria?

C. Si, normal.

P. Como agente de policía, le parece que eso que le dijo el capturado sobre una suma de dinero era importante para la investigación?

C. Si.

P. Por que?

C. Porque ahí se nota que el si sabía que estaba cometiendo algo ilícito, al quererme sobornar a mi.

P. Entiende usted que el soborno es un delito?

C. Si.

P. Y el intento de soborno, le parece algo delicado o insignificante?

C. Muy delicado.

P. Supongo que por eso nos lo ha contado el día de hoy, cierto?

C. Si.

P. Precisamente, porque ese no es un asunto insignificante usted lo recuerda tan bien el día de hoy, no es así?

C. Si.

P.Agente, recuerda haber ratificado su informe policivo ante la Fiscalía?

C. Si, siempre se hace.

P.Y cuando lo hizo, ¿entendía que declaraba bajo la gravedad del juramento?

C. Si.

P. Suele usted decir la verdad cuando ratifica sus informes?

C. Por supuesto.

P. Recuerda la ratificación del informe en este caso?

C. Recordarlo propiamente no, son muchos casos...

P. Permítame, le exhibo una copia de la ratificación del informe policivo que obra en el expediente (*se le exhibe al testigo el documento*), es esta su firma?

C. Sí.

P. Ahora que la observa, ¿es esta la ratificación del informe policivo correspondiente a este caso?

C. Si.

P: De hecho su ratificación tiene fecha de agosto trece de dos mil dos ¿recordaba usted mejor los hechos en ese momento o ahora?

C: Pues en ese momento.

P. Por que?

C. Porque el procedimiento ocurrió el 7 de agosto de 2.002, entonces era una fecha más cercana que ahora.

P* : ¿Fue preguntado o fue interrogado usted por la Fiscalía acerca de que las personas capturadas le hayan hecho algún ofrecimiento?

C:Ah, yo no recuerdo si..si me pre...si...

* A continuación se transcriben las respuestas textuales del testigo tal y como fueron recogidas mediante la grabación de la audiencia pública.

P: Permítame refresco su memoria, leo en el folio 57 la siguiente pregunta formulada a usted por la Fiscalía "PREGUNTA: ¿en algún momento usted sintió que le estaban queriendo ofrecer algo a cambio de la no retención del vehículo, las personas y la sustancia?", ¿le preguntaron eso?

C: ... pues, francamente no recuerdo si me ... si me ... si me hicieron esa pregunta...

P: Vamos a esclarecer eso entonces, le exhibo el folio 57 y leo - me sigue por favor (*se le acerca al testigo el expediente*)- "PREGUNTADO: ¿En algún momento sintió usted que le estaban queriendo ofrecer algo a cambio de la no retención del vehículo, las personas y la sustancia?", ¿es eso lo que dice ahí?, o no.

C: Sí dice.

P: En su ratificación, ¿contestó usted la verdad a esta pregunta?

C: No recuerdo que contesté..creo que cont..que le...le estoy diciendo doctor...

P: Ese ofrecimiento de los treinta millones de pesos, ¿le parece que es un dato importante que usted debe comunicar a la justicia o no?

C: sí

P: Y por lo tanto, usted lo debió haber comunicado a la fiscalía cuando se lo preguntó ¿correcto?

C: ...pues...creo que sí

P: Bueno, lo que usted nos dice aquí es la verdad de lo que ocurrió, ¿correcto?

C: yo .. o sea .. yo estoy hablando de lo que ... del caso que yo conocí ...

P: Mi pregunta es: usted nos está contando aquí lo que realmente ocurrió ese día ¿correcto?

C: si, yo estoy..

P: Y cuando la fiscalía lo interrogó, usted contestó lo mismo que nos está contando acá, ¿o no?

C: ...no sé si contesté lo mismo...no sé, le estoy diciendo doctor, yo sencillamente hablé cuando me llamaron a...a..a ampliación del informe yo comenté lo que...lo que estoy diciendo acá, que hubo un ofrecimiento..no sé..no sé...porqué yo saberme ese libro de memoria, no lo sé...hace un año, y después de ese año he conocido muchos casos, entonces no sé

P: Pero mi imagino que usted nunca tuvo la intención de engañar a la fiscalía ¿correcto?

C: No, porqué la voy a engañar si ....

P: ¿Le preguntó la Fiscalía en algún momento a usted si recibió una propuesta en concreto de alguno de los retenidos?

C: *(casi imperceptible)* ... huy hermano...

P: ¿Lo recuerda?

C: No..no recuerdo

P: Le pido que mire el folio 58, para refrescar su memoria y leo (*el defensor se acerca al testigo y le exhibe el expediente*): "PREGUNTADO: ¿Recibió alguna propuesta en concreto de algunos de los retenidos?", ¿eso es lo que dice ahí? o no.

C: Sí

P. Entonces, ¿está de acuerdo conmigo en que la Fiscalía si le pregunto a usted acerca de si los capturados le hicieron una propuesta en concreto?

C. Si.

P. Y que contestó usted a esa pregunta en la ratificación del informe?

C. No recuerdo.

P: Recuerda haber contestado a esa pregunta "*no, en ningún momento recibí ofrecimiento directo*", ¿lo recuerda?

C: ..pues...le estoy diciendo, no recuerdo en estos momentos qué fue lo que contesté.

P: Entiendo. Le pido me siga (*el defensor se acerca al testigo y le exhibe el expediente*) en el folio 58, leo: "RESPONDIÓ: no, en ningún momento, ofrecimiento directo no"; ¿eso es lo que dice ahí, correcto?

C: Sí.

P: Agente ¿usted omitió decir toda la verdad en la fiscalía cuando ratificó su informe?

C: No omití; haber...como le dig .. haber...omitir...

P: ¿Sabe lo que es omitir?

C: Sí, sí.

P: Usted dejó de decir que le ofrecieron treinta millones cuando declaró ante la Fiscalía, ¿es así o no?

C: Pues... sí dejé de...de ...de...de .. según lo que usted me dice...según lo que usted me dijo ahorita que yo no le había dicho a la fiscalía eso, de pronto sí lo dejé de decir, por qué, porque no tenía como comprobar que me habían hecho ese ofrecimiento.

P: ¿No tenía cómo comprobar que le habían hecho el ofrecimiento?

C: Sí señor, no tenía cómo comprobarlo.

P: ¿No tenía cómo comprobar que las personas le dijeron 'le ofrezco treinta millones', ¿eso es lo que nos quiere decir?

C: No lo puedo compro..no...no...no lo puedo comprobar

P: Pero ¿usted dice ahora que lo escuchó decir, o no?

C: ¿yo lo escuché?, sí

P: Entonces, si le entiendo bien, para usted su palabra no es suficiente para comprobar lo que escuchó, ¿es eso lo que nos quiere decir?

C: ...puede ser suficiente.

P: ¿Como agente de policía su palabra no es del todo suficiente para comprobar que le hicieron un ofrecimiento de dinero?

C: No sé...porque mire .. mire .. que ... mire en estos momentos, lo que yo dije, usted lo está colocando en duda, entonces....o sea, según usted, lo que yo dije es...no es válido…

P: …

Conviene analizar detenidamente este ejemplo. El interrogatorio de ratificación se extiende hasta la pregunta *"P. Precisamente porque eso no es un asunto insignificante usted lo recuerda tan bien el día de hoy, no es así?"*. Toda esta fase inicial del contrainterrogatorio se orienta a afirmar el testimonio que se pretende impugnar y a comprometer al testigo con el mismo.

La exposición de la credibilidad del enunciado previo, comienza con la pregunta *"P. Agente, recuerda haber ratificado su informe policivo ante la Fiscalía?"* y termina con la pregunta *"Entonces, está usted de acuerdo conmigo en que la Fiscalía si le pregunto a usted si los capturados le hicieron una propuesta en concreto*?".

La obtención de la declaración previa inconsistente se presenta a partir de la pregunta *"P. Y qué contestó usted a esa pregunta en la ratificación del informe?"*.

La pregunta que definitivamente evidencia la contradicción y que bien puede culminar todo el procedimiento de impugnación es ésta:

P: Entiendo. Le pido me siga (*el defensor se acerca al testigo y le exhibe el expediente*) en el folio 58, leo: "RESPONDIÓ: no, en ningún momento, ofrecimiento directo no", ¿eso es lo que dice ahí, correcto?

De ahí en adelante se abre el espacio para desarrollar el tercer paso del procedimiento de impugnación, 'lanzando golpes con el martillo', en la medida en que se considere razonable bajo las circunstancias del caso. En este asunto, en particular, el testigo se percibía particularmente afectado, por lo que se encontró adecuado avanzar un poco más de lo ordinario con preguntas del tipo:

P:Agente ¿usted omitió decir toda la verdad en la fiscalía cuando ratificó su informe?

P: Usted dejó de decir que le ofrecieron treinta millones en la Fiscalía, ¿es así o no?

Resulta interesante apreciar como en este caso el testigo desesperadamente intenta escapar mediante una explicación tardía: que no dijo antes lo relacionado con el intento de soborno porque no tenía forma de comprobarlo. El contrainterrogador debe estar en capacidad de responder a una explicación súbita e inesperada; en el caso, esta explicación se devuelve lógicamente contra el declarante, porque termina restándole credibilidad a la palabra del testigo como medio de prueba.

3.1.3. Utilización de nueva evidencia aportada durante la impugnación.

El tratamiento de este asunto coincide con el acabado de exponer. En estos casos se trata de lo siguiente: el testigo ha declarado en el interrogatorio directo y nos corresponde contrainterrogarlo; el testigo no se ha referido a cierto tema, pero se tiene a disposición una prueba con la cual impugnarlo sobre un asunto relevante que no fue mencionado en el curso del interrogatorio directo.

Por ejemplo, este caso se presentaría en el evento en que el contrainterrogador tenga en su poder una carta manuscrita por el testigo adverso, en la cual hace ciertas confesiones a una tercera persona y de las cuales se deduce, con total claridad, su interés en el resultado del proceso, como cuando escribió que recibiría beneficios económicos si declaraba a favor de la contraparte en el juicio. El testigo declara en el interrogatorio directo pero, como es de esperarse, nada expresa respecto a su interés en el resultado del proceso.

La carta manuscrita por el testigo es la 'nueva evidencia'. ¿Cómo utilizarla para impugnar la declaración rendida por el testigo en juicio?

Otro ejemplo sería el caso de unas lesiones personales en accidente de tránsito. En el juicio el testigo X, quien viajaba acompa-

ñando por la persona que aparece como ofendido en el proceso penal, declara un año después en audiencia que *presenció el momento en que ocurrió el accidente*. El testimonio rendido en juicio culpa a la contraparte del accidente, pero la investigación previa adelantada por el contrainterrogador revela que en el proceso contravencional tramitado en el tránsito municipal por esos mismos hechos, el testigo X declaró un mes después de los hechos que *no presenció el momento en que ocurrió el accidente*, porque se encontraba distraído conversando por teléfono. Durante el examen directo nada se le preguntó al testigo, ni nada dijo, sobre esa declaración en el tránsito. La declaración recibida en el tránsito no se ha aportado al proceso, pero el contrainterrogador la tiene en sus manos al momento de dar inicio a las repreguntas.

La copia auténtica de la declaración en el tránsito municipal es la 'nueva evidencia'. ¿Cómo utilizarla para impugnar la declaración rendida por el testigo en juicio?

En la práctica judicial colombiana lo usual es aportar al proceso la prueba de la declaración previa en la oportunidad correspondiente para referirse a ella posteriormente en los alegatos de conclusión. En el "mejor" de los casos algunos litigantes le exhibirán al testigo la carta durante el contrainterrogatorio para que se sirva explicar la contradicción.

Pero existe otra alternativa: *la utilización de la declaración previa para aportar nueva evidencia durante el contrainterrogatorio*.

Varios problemas presenta esta situación:

El primero toca con el alcance del contrainterrogatorio: una regla indica que durante el contrainterrogatorio no deben abordarse temas que no fueron tratados en el interrogatorio directo.[1047]

El segundo problema toca con la posibilidad de aportar durante el contrainterrogatorio evidencia o prueba "nueva", no conocida hasta ese momento.

1047 Véase el capítulo sobre *El Alcance del Contrainterrogatorio*.

En estos casos lo que aconseja la técnica es comenzar contrainterrogando sin hacer referencia o aludir a la nueva evidencia que se pretende introducir y con la cual se recusará al testigo.

El procedimiento siguiente consiste en formular un breve interrogatorio de ratificación, ya explicado. El procedimiento de impugnación continúa oponiéndole a las respuestas del testigo la prueba o evidencia con que se van a recusar las mismas. En este punto se ingresa al proceso la prueba nueva.

En el derecho norteamericano la parte que contrainterroga ha marcado previamente la prueba (con un número o una letra) y pide al juez autorización para mostrarle al testigo la evidencia. Por cuanto otorga claridad y orden a la diligencia, este recurso debería seguirse en nuestro medio, toda vez que no está expresamente prohibido.

A continuación se muestra al testigo la nueva evidencia aportada y se le formula una pregunta de *cierre*, donde se llama la atención del juzgador acerca de la parte o frase de la prueba aportada que recusa los enunciados recientes del testigo.

En la práctica judicial colombiana la forma adecuada de proceder sería esta: el primer paso es idéntico: se ratifica al testigo en el enunciado que se pretende recusar con la nueva evidencia; posteriormente se hace uso de la figura de la *prueba derivada* y se procede a pedirle al juez autorización para derivar una prueba que toca con la credibilidad del testigo.

Una vez el juez lo autorice, debidamente marcada la prueba, se procede a preguntar al testigo si reconoce o no el documento o prueba aportada, y se cierra el procedimiento de la misma forma, subrayando el aparte de la nueva prueba que contradice la declaración del testigo.

Si el testigo niega la nueva evidencia que se le pone de presente (por ejemplo, una carta manuscrita por él) se deberá autenticar la misma por un medio distinto al testigo, por ejemplo, mediante peritaje grafológico (en caso de documento suscrito o elaborado por el testigo, que niega su autoria), que a su vez deberá ser tratado como *prueba derivada*.

En el ejemplo del accidente de tránsito que involucraba al testigo X, la impugnación para aportar nueva evidencia podría adoptar este esquema:

P: Señor testigo, usted dice hoy, un año después del accidente, que recuerda el momento en que éste ocurrió, cierto?

C: Sí.

P: Supongo que usted no estaba distraído cuando ocurrió el accidente, o fue así?

C: No, no lo estaba.

P: Quiere decir que usted no tenía su atención concentrada en otras cosas?

C: No. No estaba concentrado en otras cosas.

P: No estaba haciendo algo más?

C: No.

P: Estaba conversando con alguien?

C: No.

P: Supongo entonces que no hablaba por teléfono.

C: No, no lo hacía.

P: Fue por eso que usted pudo darse cuenta del momento preciso en que ocurrió el accidente, verdad?

C: Sí.

P: Señor Juez, me permito aportar una prueba que se deriva de las anteriores respuestas del testigo y que tiende a evaluar su credibilidad en este caso.

Juez: Se permite.

Fiscal: Permítame ver el documento. (*se le entrega una copia del mismo al Fiscal*)

P: Le exhibo éste documento, díganos: Es esa una declaración que usted rindió en el tránsito, correcto?

C: (*El testigo la mira*) Sí.

P: Esta es una declaración bajo juramento que trata sobre el mismo accidente al que usted se ha venido refiriendo el día de hoy, correcto?

C: Sí.

P: Y –por favor mire el folio 1- tiene fecha primero de abril de 2.004, es decir, 10 días después del accidente del que venimos hablando, cierto?

C: Sí.

P: Y al mirar el folio 3 de la misma, lo que esta ahí es su firma?

C: Sí.

P: Entiendo que usted revisó su declaración antes de firmarla, cierto?

C: Solamente la ojeé.

P: Usted no cambió nada antes de firmarla, lo hizo?

C: No.

P: Llamo su atención sobre el folio 2, las líneas 13 y 14 y le pido que las lea para usted mismo donde dice: "PREGUNTA: Vio usted el momento en que ocurrió el accidente? RESPONDIÓ: No. Yo realmente no vi como ocurrió el accidente porque estaba hablando por mi teléfono celular." Usted declaró eso en el tránsito, no es así?

C: Si eso es lo que dice ahí supongo que si...

Si se optase por la alternativa de simplemente aportar la declaración rendida en el tránsito y alegar de conclusión al respecto, o pedir explicaciones sobre la contradicción[1048], la consecuencia será, aun cuando se logre algún grado de contradicción, que se perderá el *efecto confrontativo de la repregunta*, desechando la oportunidad de que el juez concentre su atención sobre determinado aspecto de la declaración *en el momento mismo en que ella se recibe*; cuando la contradicción se limita a explotar el punto

1048 Por ejemplo: *P: díganos porque usted dio en el tránsito tal cosa y ahora nos dice tal otra?*

en el alegato de conclusión es probable que el juez ya se haya formado un preconcepto sobre el asunto (la credibilidad del testigo), lo cual será difícil de socavar posteriormente.

El efecto del contrainterrogatorio en punto a la contradicción de la prueba no se compara con nada, pues con ningún otro método se consigue *definir puntos por intermedio de la palabra de un testigo contrario.*[1049] Repárese cómo en los alegatos de conclusión el litigante *define puntos por su propia boca, sin quien lo contradiga*. Desde el punto de vista del juzgador existe una diferencia considerable en cuanto a persuasión se refiere.

3.1.4. La impugnación por omisión.

A esta especie de recusación por enunciado previo se refieren Reyes, Solanilla y Solórzano, quienes al tratar el *método de confrontación* exponen:

> Ahora bien, puede ocurrir que el testigo, en audiencia, declare sobre un aspecto relevante para el caso, que jamás había mencionado, situación también de mucha ocurrencia en nuestra práctica forense; ella amerita un tratamiento similar, pues finalmente es una modalidad de impugnación por manifestaciones anteriores inconsistentes del testigo, solamente que en esta ocasión el declarante trae en su nuevo relato circunstancias esenciales o de particular importancia para el caso, lo que de suyo implica ya motivos para cuestionar la credibilidad, puesto que nada explicaría que un aspecto relevante, trascendental, hubiese justamente pasado inadvertido en su primer relato en etapa investigativa o en el interrogatorio directo durante el juicio.[1050]

Como enseña Mauet[1051], la recusación mediante omisiones es usualmente aplicable a los testigos que antes de su declaración han presentado un informe o un reporte escrito de sus actividades. Los casos típicos en nuestro medio serían, en asuntos pena-

1049 Bergman, op. cit., p. 157
1050 *Sistemas Procesales y Oralidad (Teoría y Práctica),* Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2003, p. 164.
1051 Mauet, op. cit., p. 277.

les, los de médicos legistas respecto de los peritzagos, o los de agentes de policía respecto al informe policivo y su ratificación.

La recusación por omisión se presenta cuando el testigo incluye en su testimonio un hecho nuevo y relevante que no aparece en su previo informe o declaración escrita.

La técnica de recusación por *omisión* aplicable es la misma que en el caso de la recusación por declaración expresa, solo que en este caso la declaración previa con que se recusará al testigo *no existe*. En estos casos "el propósito es obvio: si lo que el testigo está diciendo ahora era tan significativo, porque no lo anotó en su informe?".[1052]

Lo que caracteriza a la impugnación por omisión es que "el testigo en corte dice por primera vez algo que omitió en la ocasión anterior y que era de esperarse que hubiera incluido en la declaración anterior, tomando en consideración que se trataba de un aspecto central del relato del testigo".[1053]

En estos eventos se siguen los mismos pasos de la recusación por declaración expresa, pero no se aconseja formular la pregunta de confrontación entregando la declaración o informe previo al testigo para que indique en que parte se encuentra la nueva información aparecida en el interrogatorio directo y que se pretende recusar.

En efecto, si se pide al testigo que indique donde se encuentra la omisión "se traspasa el control al testigo. Si el comienza a formular una explicación, será difícil que uno recupere el control".[1054] Por eso, "es más preciso preguntar por la omisión específica que pedir al testigo que lea algo, incluso si ese algo es la omisión misma".[1055]

3.2. La impugnación por contradicción.

La recusación del testigo por contradicción consiste en desacreditar o destruir el testimonio mediante la prueba de la falsedad de

1052 Ibid, p. 277, traducción propia.
1053 Chiesa Aponte, op. cit., Vol. II, p. 327.
1054 Goldberg, op. cit., p. 232
1055 Ibid, p. 233.

cualquier parte de la declaración. Esta forma de impugnación se orienta a demostrar la inherente improbabilidad o falsedad del testimonio[1056], como cuando lo declarado desconoce las leyes físicas, o cuando la declaración es *en sí misma* contradictoria.

En estos casos, como recuerda el profesor Chiesa Aponte, "se trata de permitir evidencia –testifical, documental, demostrativa o de cualquier índole- para demostrar que algo de lo declarado por el testigo es falso".[1057]

La recusación mediante enunciado previo inconsistente, ya explicada, es una forma especial de recusación por contradicción en la cual *el medio* utilizado para demostrar la falsedad de lo declarado son las *declaraciones previas* del testigo.

Aquí se hará referencia a la recusación por contradicción en sentido estricto, es decir, a aquellos casos en que la prueba de la falsedad de la declaración proviene de evidencia distinta a las declaraciones previas del propio testigo.

Como en toda modalidad de impugnación entran de nuevo en juego las reglas sobre prueba derivada y las materias colaterales, ya que si lo que se pretende cuestionar no es lo que en esencia se está juzgando quedará prohibida la presentación de prueba extrínseca o "derivada" a partir de las respuestas del testigo.

3.2.1. La utilización de un "testigo más verosímil".

Una aplicación de la técnica de recusación que se expone puede encontrarse en lo que Bergman denomina *refutación por un testigo más verosímil*, la cual define así:

> En esta una forma muy segura de la repregunta, uno formula preguntas basadas en la información proveniente de una fuente "extrínseca", es decir, una fuente distinta del testigo a quien uno está repreguntando.[1058]

Usualmente la prueba extrínseca será un testigo más *verosímil* del que está siendo contrainterrogado, es decir, alguien que

1056 Schwartz, op. cit., Vol. II, p. 2237.
1057 Chiesa Aponte, op. cit., Vol. III, p. 329.
1058 Bergman, op. cit., p. 156.

por múltiples razones merece más crédito a los ojos del juzgador; ello puede deberse, por ejemplo, a que el testigo más *verosímil* ocupe una posición de alguna forma "neutral" en el proceso.

Se debe tener en cuenta que los "los materiales de prueba también pueden hacer las veces de 'testigos más verosímiles', como por ejemplo un almanaque que sirva de base a una pregunta como: 'Había luna llena la noche que a usted se le erizaron los cabellos, ¿verdad?'".[1059]

El procedimiento de recusación por contradicción sigue el mismo esquema general de tres pasos: *extracción*, *cierre* y *refutación*. De lo que se trata es de enfrentar lo declarado por el testigo con una evidencia contradictoria más creíble.

Para ilustrar gráficamente cada uno de los pasos en esta modalidad de impugnación, véase el siguiente ejemplo que será desarrollado a medida que se explica la técnica en comento.

En el caso del transportador que fue capturado con sustancias prohibidas, un agente de la policía declaró que al "tocar" la sustancia contenida en los galones transportados por el acusado sintió que la misma lo "quemaba".

Las propiedades físicas de la sustancia incautada son materia relevante al juicio, por cuanto el acusado alega que desconocía el carácter ilícito de la misma, al punto que no percibió ni sintió nada extraño al recibir esa sustancia.

Pero ocurre que un químico forense adscrito a un Instituto Estatal declaró en el juicio que la sustancia incautada y por él analizada no produce ninguna sensación de calor al contacto físico.

El perito oficial es en este caso "un testigo más verosímil" con el cual se podrá impugnar la versión del agente de la policía en cuanto a que la sustancia lo "quemó". En efecto, a los ojos del juez este perito merece enorme credibilidad, pues se trata de un servidor público experto en la materia que no se identifica con la parte a quien favorece con su declaración.

1059 Ibíd., p. 157.

El primer paso de la impugnación por contradicción, como en toda impugnación, consiste en comprometer al testigo con aquello que se quiere refutar. Esto se logra haciendo repetir el enunciado del testimonio que será objeto de recusación. Se aconseja penetrar en los *detalles* para de esa forma alimentar la seguridad del testigo respecto a lo declarado.

En el ejemplo propuesto la primera fase del procedimiento de impugnación puede adoptar el siguiente formato:

P: ¿Tuvo usted la oportunidad de revisar el contenido de los galones?

C: Pues inicialmente cuando me monté al camión, inclusive introduje un dedo dentro de los químicos y fue donde sentí que me quemaba; ahí fue donde me pareció raro el contenido.

P: ¿Sintió usted que el líquido le generó una sensación de calor?

C: Sí, algo como que me quemaba

P: ¿Lo recuerda claramente?

C: Sí señor.

P: ¿No hay ninguna duda en ese sentido?

C: No señor.

P: ¿Cómo era la sensación de calor?

C: Pues como que lo quemara a uno, como cuando usted mete el dedo a la flama, a la candela.

P: La quemadura fue fuerte, débil, o normal?

C: Pues ... fuerte, siempre y cuando me hubiera dejado secuelas, pero no me dejó secuelas, porque la cosa fue ... introduje el dedo y ... sentí la sensación, de una vez lo saqué y me limpié.

P: ¿Qué dedo introdujo usted?

C: El índice derecho.

El segundo paso, como ya se explicó, consiste en *cerrar las puertas*. Aquí se percibe alguna diferencia con la recusación por

enunciado previo inconsistente, pues la acreditación del vehículo de recusación es mucho más sencilla por cuanto éste no fue obra del testigo sino que proviene de otro medio de prueba; por ese motivo no hay que pedirle al testigo que declare amplia y detalladamente sobre las circunstancias de confiabilidad del vehículo de recusación.

En el caso propuesto, por ejemplo, sería innecesario formularle al testigo preguntas sobre la formación y calidades del químico forense que declaró (o declarará) que la sustancia no produce calor al contacto humano.

En este evento sería conveniente formular al testigo algunas preguntas de cierre como las siguientes, con el propósito de evitar que escape a la contradicción sosteniendo un conocimiento especializado en la materia que podría oponer al del perito, complicando así las cosas para quien contrainterroga:

P.- Tiene usted alguna capacitación o formación en sustancias prohibidas?

C.- No señor.

P.- Algún conocimiento en químicos?

C.- Tampoco.

En el tercer paso del procedimiento se formula la pregunta de confrontación definitiva. En algunos casos este paso puede omitirse y procederse a presentar la otra prueba que contradice lo que acaba de afirmar el declarante, es decir, el 'testigo más verosímil'.

Algunos abogados formulan preguntas para que de boca del testigo se acepte que, si la otra prueba existe, él podría estar equivocado, luego de lo cual proceden a presentar la prueba extrínseca.

Por ejemplo, en el caso que se viene exponiendo podrían formularse estas preguntas de confrontación directa:

P: Señor testigo, y si un químico forense del Cuerpo de Investigaciones declarara en este caso que la sustancia que usted tocó no produce sensación de calor al contacto, usted estaría mintiendo, cierto?

C: …

Puede que en algunos casos este esquema no sea aconsejable debido a que se reta al testigo a explicar.Todo dependerá del tipo de testigo con el que se esté tratando, así como de la totalidad de las circunstancias involucradas en el juicio.

La modalidad de confrontación agresiva solo debe aplicarse cuando las circunstancias del contrainterrogatorio indiquen que se está lidiando con un testigo evidentemente perjuro, sumando a ello el hecho de que se lo perciba desestabilizado por el contrainterrogatorio; de esta forma el enfoque, paralelamente desarrolla una recusación por el comportamiento exhibido al declarar, conocido en la doctrina angloamericana como demeanor.

Si se considera que la pregunta acabada de sugerir no es aconsejable en las circunstancias del caso se puede intentar un esquema de refutación más "diplomático", pero no por eso menos confrontativo:

P.- (Formulada de forma muy rápida, acercándose al testigo) Señor testigo, ¿le sorprendería saber que un químico forense del Cuerpo de Investigaciones declaró en este proceso que la sustancia que usted incautó no produce sensación de calor al contacto?

C.-... (la respuesta es indiferente, pero usualmente el testigo dirá que "si le sorprende", o lo que es más importante y sin importar o que diga: se mostrará sorprendido)

P.- De hecho, lo que el perito dijo contradice lo que usted acaba de decirnos acerca de que lo 'quemó' la sustancia, ¿no es así?

C.- ....

Si el perito tuviese que declarar después del "testigo más verosímil" entonces se puede formular la misma línea de preguntas pero de manera hipotética:

Primera opción:

P: Agente, le sorprendería a usted que un químico forense del Cuerpo de Investigaciones viniera a este juicio y declarara que

la sustancia contenida en los galones no produce sensación de calor al contacto humano?

Segunda opción:

P.- Y si un perito dijese que la sustancia contenida en los galones no produce sensación de calor al contacto humano, eso estaría contradiciendo lo que usted acaba de manifestar acerca de que lo quemó la sustancia, ¿cierto?

Las variaciones pueden ser múltiples, pero debe quedar muy en claro que no se están presentando 'minutas' para contrainterrogar. Cada contrainterrogatorio es diferente, cada caso tiene matices propios y requiere siempre del abogado el ejercicio de un criterio fundado en su experiencia para concluir que hacer, que no hacer y como o cuando hacerlo en cada caso.

En esencia, en esta fase de la recusación al testigo simplemente se le pregunta por aquello que la prueba extrínseca acredita en determinado sentido y que confirma las proposiciones fácticas de quien contrainterroga. Ante esto el testigo usualmente sólo tiene dos opciones: responder afirmativa o negativamente. Si sucede lo primero el procedimiento está terminado y el testigo ha sido recusado exitosamente.

Si sucede lo segundo debe presentarse (si aún no se ha hecho) la prueba extrínseca con base en la cual se formuló la pregunta que el testigo nego; en el caso propuesto se deberá convocar a declarar al "testigo más verosímil", el perito oficial.

Al igual que ocurre con la impugnación mediante declaración previa, en los casos de recusación por contradicción siempre hay dos opciones: contrainterrogar al testigo tal y como se viene indicando, o presentar de manera independiente la prueba extrínseca como parte del "caso", evitando la confrontación directa con el testigo adverso.

En el caso de la sustancia prohibida que 'quemó' al agente de policía, es posible elegir no preguntar nada al respecto en el contrainterrogatorio, pues en el examen directo ya el testigo expresó que la sustancia lo "quemó"; se puede entonces proceder simplemente a presentar la declaración del perito para evidenciar la contradicción en los alegatos de conclusión.

Esta es la alternativa que prefiere nuestra práctica forense, por razones que ya se han explicado.

La elección táctica por una u otra alternativa depende de los elementos persuasivos involucrados: si la prueba extrínseca es en sí misma impresionante se aconseja desechar la repregunta. Si el potencial de contradicción es demoledor y el testigo tiene pocas explicaciones quizá se persuada más al juzgador con el enfrentamiento directo. La evaluación dependerá del criterio y la intuición del litigante en el caso concreto.

Un excelente ejemplo de recusación por contradicción se aprecia en el siguiente caso citado por F. Lee Bailey. El suceso es bastante ilustrativo acerca de algo que ya se mencionó antes: cerrar las puertas y comprometer firmemente al testigo con la declaración que será objeto de recusación, en este caso bajo la modalidad de impugnación por contradicción.

Se trataba de un testigo de refutación presentado por la Fiscalía que declaró acerca de un encuentro celebrado cierto día con el acusado en el Estado de Alabama, en el curso del cual éste le pidió el declarante asesinar a determinada persona. El abogado de la defensa tenía en sus manos una historia clínica que probaba que el día del supuesto encuentro señalado por el testigo, así como el día anterior y también el posterior, el acusado se encontraba hospitalizado en una clínica en otro Estado de la unión americana, mientras era sometido a un delicado procedimiento quirúrgico.

Antes de leer el enfoque adoptado por el contrainterrogador en este caso se sugiere detenerse por un momento y meditar como procedería el lector a contrainterrogar al testigo adverso.

Luego de esta reflexión, analícese la forma en que lo hizo el abogado de la defensa Percy Foreman*:

* Percy Eugene Foreman (1.902-1988) fue un abogado penalista nacido en Texas. Obtuvo reconocimiento por sus poco convencionales estrategias de juicio y ejerció la práctica profesional por sesenta años defendiendo a más de mil acusados de homicidio. Era un abogado extremadamente competente: para 1.958 había defendido a 778 acusados de homicidio; uno fue ejecutado; 52 fueron enviados a prisión y los otros 705 fueron absueltos de los crímenes por los que se los acusaba. Diez años después había defendido otros doscientos casos de homicidio, de los cuales sólo un acusado fue enviado a prisión de por vida. Dentro de sus clientes más famosos se cuenta a James Earl Ray, a quien persuadió de declararse culpable del asesinato de Martin Luther King, Jr. para evitar la cadena perpetua. Para más datos de su biografía véase http://www.fansoffieger.com/foreman.htm

Un buen ejemplo de un cierre adecuado ocurrió en Florida, en un caso mencionado anteriormente, el de Candy Mossler y Melvin Powers. El juicio ya estaba avanzado, cuando se presentó un testigo por sorpresa y afirmó que antes de que Jaques Mossler fuese asesinado, Melvin Powers se había aproximado a él en Alabama y le había pedido matar a Mossler. El testigo dijo que jamás olvidará el día porque era la fecha del funeral de su padre.

Durante el contrainterrogatorio, Percy Foreman puso escasa atención a otra cosa que no fuese la fecha de la conversación. Una y otra vez, pidió saber si había alguna posibilidad de error con respecto a la fecha exacta de la supuesta conversación. El testigo insistió en que difícilmente podría equivocarse, insistiendo que era el día en que había enterrado a su padre. Pero Foreman siguió remachando hasta que finalmente el juez instructor dijo "basta".

Foreman avanzó hacia el testigo, con un legajo de papeles en la mano.

- No sabe usted señor-, que el día en que su padre fue enterrado, y el día antes y el día después, Melvin Powers estaba en un hospital de Houston, Texas, sometido a cirugía, como indica este expediente?

El testigo quedo apabullado hasta el punto en que el juez instructor anuló su testimonio y ordenó al jurado hacer caso omiso de todo lo que aquél había dicho. El triunfo de Foreman en el contrainterrogatorio (un ejemplo de que no deben dejarse abiertas ninguna puertas de escape en el momento de la confrontación), probablemente fue lo que inclinó la balanza definitivamente a favor de Powers y determinó su absolución. ¡Ojalá! Fuese posible confrontar con una refutación decisiva y total a cada testigo que mintiera, pero de hecho, esto raramente ocurre.[1060]

Otro ejemplo permitirá comprender con claridad la técnica de cierre. En un caso de accidente de tránsito el testigo adverso

1060 F. Lee Bailey, *Como se Ganan los Juicios...*, op. cit., p. 163-164, resaltado en el texto original.

declaró que el día en que percibió los hechos caía una fuerte lluvia. Pero la investigación previa al juicio arroja que ese día no estaba lloviendo, como lo acredita una constancia expedida por el Instituto Metereológico de la zona geográfica involucrada. Este es también un caso típico de recusación por contradicción. El testigo más verosímil sería en ese caso la constancia del Instituto, y el contrainterrogatorio podría adoptar el siguiente esquema[1061]:

P: Usted declaró que vio las marcas de frenado de un vehículo en el pavimento?

C: Si.

P: Asumo que el pavimento estaba seco, correcto?

C: Si.

P: Las marcas eran claramente visibles?

C: Lo eran.

P: Ellas sobresalían en contraste con la calle seca?

C: Si, así era.

P: Habría sido difícil, o imposible, ver una marca de frenado en una calle mojada, no es así?

C: Cierto, las huellas de frenado no se verían en una calle mojada.

P: No es un hecho que el día del accidente la calle estaba mojada?

C: No, no como yo lo recuerdo.

P: Si yo le dijera que los reportes de la oficina de control clima muestran que no estuvo lloviendo horas antes y al momento del accidente, diría usted que se equivocó acerca del estado seco de la calle?

C: Si el reporte lo dice, podría estar equivocado.

1061 Se sigue a grandes rasgos el ejemplo propuesto por Schwartz, op. cit, Vol. II, p. 2237.

Abogado: Ofrezco como prueba una copia del certificado del reporte de la oficina del control del clima para el día ___ de ___.

En el caso expuesto el vehículo a recusar, o testigo mas verosímil, es la copia del certificado del reporte del tiempo expedido por la oficina del control del clima para el día en que se produjo la percepción relatada por el testigo.

Otro ejemplo de impugnación por contradicción extraído de nuestra práctica forense se presenta en el caso, presentado al inicio de este capítulo, en que la denunciante relata haber sido accedida carnalmente por tres hombres en repetidas ocasiones mediante violencia; el contrainterrogador tiene en su poder un examen médico practicado seis horas después de los hechos, en el cual se indica que no se encontró ningún signo de trauma o lesión en los genitales de la denunciante. La impugnación por contradicción puede adoptar el siguiente formato:

P: Usted dice que la violaron tres hombres, es correcto?

C: Si

P: Usaron ellos preservativos?

C: No.

P: Usaron algún objeto o elemento extraño de cualquier tipo?

C: No

P: Vio si ellos utilizaron cremas o lubricantes?

C: No.

P: Esto, según usted relata, ocurrió contra su voluntad, es correcto?

C: Claro que si.

P: Sintió usted pánico?

C: Si.

P: Se sintió usted a gusto con algo de lo que ocurrió en el curso de esa situación?

C: No.

P: Se sintió usted excitada en algún momento?

C: No, no.

P: Usted dice que fue accedida por tres hombres, le pregunto: actuaron ellos con violencia?

C: Si, mucha.

P: Quiere decir que fue mas violencia de la necesaria?

C: Fueron violentos.

P: Según dijo usted en su interrogatorio fue accedida en cuatro oportunidades, es eso cierto?

C: Si.

P: Actuaron ellos con delicadeza?

C: No.

P: Fueron ellos bruscos?

C: Si.

P: Sintió usted dolor?

C: Ellos actuaron sin consideración, todo pasó muy rápido…

P: Sintió usted dolor?

C: Si.

P: Fue usted examinada por un médico después de ocurridos estos hechos?

C: Si.

P: Cuándo?

C: Ese mismo día.

P: A qué horas?

C: Como cinco o seis horas después.

P: De hecho, usted fue examinada por un médico del Hospital del Municipio de La Estrella a las 8:40 de la mañana de ese día, correcto?

C: Si, no recuerdo exactamente la hora pero así fue.

P: En que consistió el examen?

C: Me examinaron el cuerpo y me tomaron unos datos.

P: Le examinaron sus genitales?

C: Si

P: Sabe cual fue el resultado de ese examen en cuanto a lesiones y signos de trauma en sus genitales?

C: No.

P: Le sorprendería saber que el resultado de ese examen fue que usted no presentaba lesiones ni signos de trauma en sus genitales?

C: No conozco el resultado...

P: Entiendo que no lo conoce. ¿Le sorprende saber que el resultado de ese examen es que usted no presentaba lesiones ni signos de trauma en sus genitales?

C: Ese fue el resultado?

P: Le exhibo el documento que contiene el examen médico y le pido que lea la parte subrayada donde aparece la conclusión (se acerca a la testigo y le entrega el documento)

C: (*leyendo*) "sin signos de lesión o trauma en boca, vagina, ano ni región perineal"

P: Ahora que lo conoce: le sorprende que ese sea el resultado de su examen físico practicado seis horas después de los hechos que usted denuncia?

C: …

Son preguntas de cierre las que se refieren a la no utilización de preservativos y lubricantes. En efecto, estos hechos permitirían a la testigo explicar a posteriori la contradicción de su relato con la inexistencia de lesiones en los genitales.

Son preguntas de ratificación, y a la vez de cierre, todas las relativas al estado de pánico, la violencia del hecho y, sobre todo, la ausencia de cualquier forma de complacencia con lo que ocurría.

El vehículo de recusación es en este caso el informe en que se hace constar el examen médico practicado seis horas después de los hechos y en el cual aparece descrita la inexistencia de lesiones físicas. El vehículo se acredita preguntando a la testigo por las circunstancias que rodearon el examen médico.

Por último, la refutación o contradicción propiamente dicha se presenta cunado se le pone a la testigo de presente el resultado del examen, contrario en términos de experiencia y sentido común con el relato de los hechos narrados. En este caso la contradicción se materializa en la forma de una pregunta que indaga por la 'sorpresa' de la declarante con el resultado, pues es precisamente eso lo que debe causar en la mente del juzgador la contradicción surgida entre las respuestas del testigo y una evidencia física confiable: el examen médico.

Esta técnica de recusación pude presentar un inconveniente en la práctica, ya que en muchos casos puede suceder que el 'testigo más verosímil' no esté disponible para declarar.

En efecto, muchas veces el litigante se enfrenta a situaciones en las cuales un testigo adverso declara sobre cierto hecho que lo perjudica. La investigación determina que existe otro testigo que también percibió el hecho, cuya percepción desvirtúa o contradice, en cierto aspecto, al testigo adverso; este testigo relata su versión extra-proceso pero *no está disponible* para declarar en juicio, bien porque no puede o no quiere hacerlo (a pesar de su deber legal y constitucional).

Cuando ello suceda es posible hacer uso de la denominada *técnica de recusación por un testigo no disponible*.

Esta alternativa de la técnica de refutación por testigo más verosímil, pero no disponible, funciona a la vez como un efectivo método para desarrollar una de las reglas básicas del contrainterrogatorio: mantener el control sobre el testigo adverso.[1062]

En efecto, al hacerle saber al testigo que el contrainterrogador tiene el conocimiento total de los hechos sobre los que versa la

1062 Sobre ello Mauet, op. cit., p. 245.

declaración, se le sugiere que quien lo interroga sabrá inmediatamente cuando le sea dicho menos que la verdad total, lo que impulsará al testigo a decir la verdad por temor a ser descubierto si la oculta o tergiversa.

El siguiente ejemplo ilustra el punto:

P.- Usted estaba en la parte de afuera de la tienda cuando ocurrió el incidente, cierto?

C.- Si.

P.- Había otras personas en la parte de afuera de la tienda, correcto?

C.- Si.

P.- Recuerda a un hombre alto, de barba de camisa blanca que estaba sentado en la parte de afuera del bar? *(bajo el entendido de que así ocurrió en realidad)*

C.- Si creo que había alguien así.

P.- Recuerda que esa persona estaba sentado en el muro que está ubicado al lado derecho de la puerta de entrada de la tienda, al lado de un helecho grande que cuelga del techo?

C.- Creo que si.

P.- Sabría a que atenerse si le digo que ese hombre es Guillermo Sánchez?

C.- No, no conozco a esa persona.

P.- Pero esa persona estaba sentado a unos dos metros de distancia de donde usted estaba en la entrada de la tienda, correcto?

C.- Mas o menos.

P.- Usted escuchó perfectamente los disparos?

C.- Claro.

P.- Y como esta otra persona estaba en el mismo lugar que usted probablemente él también escuchó los disparos, correcto?

Fiscal: Objeción, pide una especulación.

JUEZ: Se admite.

P.- Le pregunto: ¿no es verdad que hubo un intervalo como de diez segundos entre cada uno de los disparos?

C: ....

De esta forma, demostrándole al testigo mediante preguntas que el contrainterrogador conoce "todos los hechos" (porque probablemente se entrevistó con otros testigos presenciales o visitó el lugar), se corre menos riesgo de que el testigo responda inexactitudes o falsedades bajo la equivocada impresión de que solamente él sabe lo que sucedió.

Esta técnica 'induce" legítimamente al declarante a decir la verdad bajo la creencia de que el contrainterrogador está en capacidad de convocar a otros testigos que pueden desmentirlo, aun cuando esos testigos no están realmente disponibles.

La naturaleza humana indica que una persona se puede sentir tentada a ocultar información relevante, o a mentir deliberadamente, si siente o supone que es el único que puede declarar acerca del hecho por el que se le pregunta.

Igual cosa sucede con los testigos. Si un testigo advierte que es el único disponible para declarar acerca de cierto hecho, y por alguna razón tiene una inclinación a favorecer o perjudicar a alguna de las partes, es posible que altere el hecho que se le solicita porque presiente que nadie puede refutarlo.

El mismo principio que se expone ha sido admitido por la técnica de interrogatorio de sospechosos en materia criminal:

> El interrogador debe conocer detalladamente los antecedentes de lo que se investiga, las evidencias materiales que existen sobre el delito, el escenario del crimen, los antecedentes del sospechoso o de quien se dice que es autor o partícipe de la infracción, el carácter de este último. **Si el interrogado, por ejemplo, intenta engañar al juez, y reconoce la ignorancia de éste en lo que pregunta, se aprovechará ventajosamente de esta situación.**[1063] (s.n.)

1063 Quintero Ospina, Tiberio, *Práctica Forense Penal. Pruebas*, Librería Jurídica Wilches, Bogotá, Vol. III, 1.982, p. 428.

Esta regla de experiencia es la base psicológica que justifica la institución del careo, pues a las personas se les dificulta mentir en presencia de quienes conocen aquello sobre lo que declaran.

A diferencia de lo que ocurre en el careo, en el caso de esta técnica de recusación el testigo se ve compelido a decir la verdad no tanto por la presencia física de otros que lo observen y puedan eventualmente desmentirlo, sino por la posibilidad de que quien lo contrainterroga pueda aportar otra evidencia que exponga su mentira.

Por eso, "si uno pregunta de un modo que sugiere enérgicamente que puede refutar una respuesta desfavorable, es posible que el testigo se incline mas a presentar una versión eficaz".[1064]

De lo que se trata entonces con esta técnica es de "formular preguntas que evoquen muchos detalles relacionados con el testigo inalcanzable antes de intentar obtener la evidencia que uno necesita. Los detalles pueden convencer al testigo que uno dispone de información concreta".[1065]

Hegland llama a esto apelar al *bluff* durante el contrainterrogatorio. Es lo que se hace cuando quien repregunta no tiene una *verdadera capacidad para demostrar la falsedad* de la declaración:

> Suponga que usted desea demostrar que el testigo estuvo bebiendo mucho en un bar antes del accidente. Es evidente que si se aborda directamente el asunto, él reducirá todo lo posible la cantidad de bebida que consumió. Lo que se debe hacer es convencer al testigo de que uno puede demostrar que es un mentiroso si intenta manipular los hechos. Haga esto *antes* de abordar el tema de la cantidad de bebida que consumió:
>
> "Señor testigo, cuando estuvo en el bar, se sentó al lado de Elmer Duck, ¿no es así?
>
> Y el nombre del mozo de la barra es Hey Buddy, ¿no es así?"
>
> Observe que en realidad no importa si Elmer o Buddy saben cuanto bebió el testigo y en realidad no importa saber si ates-

1064 Bergman, op. cit., p. 160.
1065 Ibid.

> tiguarán. Lo que importa es que el testigo cree que ellos saben y que pueden atestiguar, y eso puede ayudarlo a ser sincero. (...) Visitar la escena ayuda a preparar el bluff (...) El propósito de estas preguntas es alertar al testigo: "Yo estuve allí. No nos mienta, porque le costará caro, estimado amigo.[1066]

Con al apelación al *bluff* se pretende "convencer" al testigo -por la exactitud de las preguntas y el manejo de la información contenida en ellas- de que el otro testigo, realmente inalcanzable, aparentemente si está disponible para declarar y refutarlo.

En esta técnica de refutación, como es obvio, es "necesario abstenerse de revelar que la refutación en realidad es imposible."[1067] De ahí que Bergman sugiera que "la pregunta 'Recuerda a una joven de vestido azul, cuyo paradero actual es un misterio total para mi?' sería muy inapropiada".[1068]

Ninguna actitud poco ética se insinúa en esta técnica de refutación, pues el testigo *inalcanzable* lo es en cuanto a su posibilidad de comparecencia al juicio, pero no en cuanto a su existencia. Como el testigo inalcanzable existe realmente, y la información que nos ha dado es cierta no se altera ni deforma la realidad en ningún sentido.

Distinto sería el caso en que al testigo se le formularan preguntas relacionadas con un supuesto testigo presente en el lugar de los hechos que realmente no estuvo ahí; en ese caso las preguntas son capciosas en cuanto pueden inducir a error al testigo sobre una base falsa o inexistente.

Son más los beneficios que los perjuicios que se derivan de esta técnica, que contribuye a que el testigo se ciña a la verdad por algo más que la simple e ingenua confianza de que respetará un juramento. Esta técnica opera en beneficio de la parte que la ejecuta y, a la vez, en interés de la justicia y la búsqueda de la verdad en el proceso judicial.

1066 Hegland, op. cit., p. 129-130, resaltado en el texto original.
1067 Bergman, op. cit., p. 162.
1068 Ibid.

Cuando el testigo más verosímil no está disponible resulta innecesario aplicar los pasos que componen el procedimiento de impugnación descritos en el modelo teórico ya presentado.

3.2.2. Técnica de impugnación mediante la propia historia.

Esta es otra modalidad de impugnación por contradicción en la cual el vehículo de recusación es la versión de la parte que contrainterroga. Este método no debe subestimarse por el hecho de que la versión de la parte que contrainterroga es *su* versión.

Supóngase un caso en el que se discute quien inició una riña; de ello depende la elección por el juzgador a favor o en contra de una de las dos teorías del caso enfrentadas. El acusado declara que el denunciante lo trató de mentiroso, quebró una botella contra el mostrador del bar y lo persiguió con ella en la mano hasta tumbarlo al piso y patearlo. Pero el denunciante niega esa versión y atribuye la iniciación de la riña al acusado.

El defensor del acusado puede recusar al denunciante mediante *su propia historia*, así:

P.- Antes de que comenzara la riña usted le dijo a Pedro que el era un mentiroso, cierto?

C.- No, no dije eso.

P.- Y después usted partió una botella contra el mostrador de la tienda, no es verdad?

C.- No eso no es verdad.

P.- Y usted salió a perseguirlo con la botella parida, correcto?

C.- No yo no hice eso, eso es mentira.

P.- Y cuando lo alcanzó le empezó a lanzar patadas, verdad?

C.- No.

Piénsese por un momento que objeto tiene este enfoque cuando es presumible que el testigo adverso seguramente negará todos los hechos que se le presentan en las repreguntas.

Las preguntas que originan esta técnica de recusación son, en el modelo de Bergman, de *mediana seguridad*, es decir, involucran más riesgo que las anteriores, y la razón es simple: aun cuando se pueden refutar las respuestas del testigo adverso mediante el testimonio de la parte, o el de los testigos que propondrá quien contrainterroga, lo cierto es la fuente de recusación será, a su vez, recusable por la contraparte, de donde no se puede tener certeza acerca de que el juzgador acepte la versión del testigo adverso o la de los testigos propuestos.[1069]

En estos casos el referente de las preguntas no es "mas verosímil" que aquél a quien se contrainterroga, pues la base de todo el cuestionamiento es la teoría del caso del contrainterrogador apoyada en la versión de los testigos por el mismo propuestos.

En principio, y al menos para el juzgador, los testigos que soportan la historia de quien repregunta y el testigo que sostiene una historia contraria tienen un mismo nivel de verosimilitud. Por esto Schwartz recomienda no contrainterrogar *simplemente* buscando inconsistencias entre la declaración del testigo adverso y las declaraciones de los propios testigos, ya que "el jurado puede preferir la de aquél".[1070]

El hecho de que los testigos adversos digan algo que es contradicho por los testigos que presenta quien los contrainterroga no significa por sí mismo que aquellos estén mintiendo y que éstos estén diciendo la verdad. Las versiones encontradas se neutralizan y el juzgador necesita un punto de toque o 'algo más' para inclinarse por una de ellas.

Esta modalidad de recusación se ubica dentro de la recusación por contradicción en razón a que se ataca al testigo adverso con prueba extrínseca que alimenta la teoría del caso de quien contrainterroga.

Los pasos a seguir en esta modalidad de impugnación se reducen drásticamente. Todo se puede concretar al tercer paso, la controversia directa; se trata de formular la teoría fáctica de la

1069 Ibid, p. 158.
1070 Schwartz, op. cit., Vol. II, p. 1611.

teoría del caso mediante la modalidad de preguntas sugestivas pero con un ritmo creciente, vertiginoso y seguro.

De esta forma, agotado el interrogatorio directo, el juzgador puede escuchar 'el otro lado de la historia' durante la diligencia de testimonio. No hay necesidad de reafirmar al testigo (primer paso de la impugnación) por cuanto no se cuenta con un medio de refutación con un 'valor agregado' de credibilidad.

Tampoco es necesario agotar la ratificación del testimonio a refutar. Como el medio para refutar es la propia versión de los hechos de quien contrainterroga, resulta evidente que el testigo no aceptará dicha versión. Si se pretende que el testigo adverso acredite nuestra propia versión de la historia, seguramente se encontrarán respuestas del tipo "*Eso es lo que dice su cliente, pero está mintiendo.*"

Para resumir a sus justos límites esta técnica de impugnación debe precisarme que ella solo debe concretarse a enfrentar al testigo adverso con la esencia de la teoría fáctica de quien lo contrainterroga. No es muy aconsejable enfrentar al testigo adverso con minuciosos detalles sobre los hechos que éste niega rotundamente. Como se cuenta con escasas posibilidades de refutar la versión del testigo adverso lo más conveniente es no asumir dicha carga probatoria.

Una vez más, como ocurre con las otras modalidades de impugnación, es posible optar tácticamente por no formular esta recusación y presentar la "propia historia" en los alegatos de conclusión.

Pero una vez más se insiste en la necesidad de adoptar una mentalidad diferente frente a la contradicción en la práctica de la prueba testimonial. No es solamente cuestión de estilo. Quizá es preferible abordar esta forma de recusación mediante la propia historia si se tienen en cuenta algunas de sus ventajas:[1071]

a) A pesar de la posibilidad y conveniencia de un contrainterrogatorio silencioso este tipo de repreguntas acerca de la pro-

1071 Se sigue a Bergman, op. cit., p. 159-160.

pia historia "demuestran que uno no acepta la versión del testigo", lo cual es conveniente en vista de que el juzgador podría inferir erróneamente lo contrario a partir del no cuestionamiento del testigo. Para Mauet esta técnica constituye una modalidad de *contrainterrogatorio aparente*.[1072]

En el mismo sentido Romero Soto y Romero Álvarez enseñan que en esta técnica de impugnación son de particular utilidad las preguntas sugestivas:

> Después que un testigo de la contraparte declara en un examen directo, es importante para quien [contrainterroga] recordar al jurado de su concepto sobre el caso. Debe dejar al jurado saber o hacerle saber que existe una duda; que existe otra plausible explicación; que existe otro aspecto de la historia. Si quien contrainterroga no forzosamente transfiere o comunica su concepto al jurado puede éste ser o ceñirse a otra versión que considere que no existe otra (sic). En consecuencia, quien [contrainterroga] debe darle realce, destacar su concepto del caso con el fin de asegurarse que el jurado mantendrá abierta su mente y estará deseoso de escuchar la evidencia que busca presentar.[1073]

Por su parte, Hegland señala que en este estilo de repreguntas, que podrían llamarse *de careo*, porque la acusación se formula al testigo cara a cara, siempre se encontrará una negativa de parte del declarante, pero advierte:

> ¿Y qué? Estas preguntas indican al jurado que uno no acepta el testimonio y mantiene en primer plano su tesis sobre el caso.[1074]

Esta técnica se aconseja para evitar que en los alegatos de conclusión la contraparte insinúe que el testigo por ella presentado fue especialmente contundente al punto que, precisamente por eso no fue contrainterrogado.

1072 Mauet, op. cit., p. 286: "Another technique that can sometimes be effectively used when you have no ammunition for cross-examination, is to use the cross-examination to get your version of the facts before the jury, even though the witness will deny it. At least it tells the jury that there's a second side to the lawsuit they will hear".
1073 Romero Soto y Romero Álvarez, op. cit., 1989, p. 525.
1074 Hegland, op. cit.,
. 115.

La ausencia de contrainterrogatorio sobre los motivos por los que el testigo no debe ser creído o mintió, a juicio de la parte que no lo contrainterrogó, constituye un argumento serio que acusa ante el juzgador una conducta inconsistente en el manejo del caso.

b) Otra ventaja de esta forma de recusación es que hasta cierto punto puede compensar la "disposición mental" que en el juzgador pueda crear el hecho de que el testigo es interrogado en primer lugar por quien lo propuso. Por eso, "las repreguntas referidas a 'su historia' permiten que un acusado recuerde al juzgador que los cañones de la parte contraria aún no han sido disparados, y pueden compensar la 'disposición mental' ".[1075]

c) Por último, hay casos en los que las repreguntas acerca de la propia historia son la única forma de comunicarle al juzgador nuestra teoría del caso durante la práctica de la prueba testimonial. Como es sabido, cuando se opta por la defensa pasiva en los asuntos penales se deja que la acusación asuma la carga de la prueba y no se presenta ninguna prueba de descargos, incluida la versión del propio acusado que opta acogerse al derecho a guardar silencio. En esos eventos la repregunta acerca de la propia historia le comunica al juzgador las proposiciones fácticas de la defensa del acusado al momento de la práctica de la prueba, es decir, entrega anticipadamente una versión diferente de los hechos sobre los que declaran los testigos adversos.

Finalmente cabe recordar con Mauet que el uso de la técnica de recusación mediante la propia historia puede implicarle al litigante la carga probatoria de demostrar "su propia historia".[1076]

La repregunta acerca de "su propia historia" se limita a *los hechos mismos* y deja poco espacio para preguntar acerca de los *detalles,* por la sencilla razón de que si el testigo adverso no acepta los hechos mucho menos concederá los detalles de los mismos.

En suma, ya puede advertirse que esta modalidad de recusación es *una forma de careo* al testigo adverso, aun cuando con

1075 Bergman, op. cit., p. 159.
1076 Mauet, op. cit., p. 287: "Keep in mind, however, that using this technique will probably obligate you to actually produce evidence of your version during your case in chief".

propósitos muy distintos a los de la clásica diligencia de careo imperante en nuestro sistema de justicia penal hasta hace pocos años y aun vigente en el procedimiento cil.[1077]

3.3. La impugnación por inverosimilitud.

En palabras de Paul Mark Sandler:

Usted puede impugnar al testigo demostrando que el testimonio es increíble, llevándolo a exagerar y extender su falsa declaración hacia lo improbable.[1078]

La *impugnación por inverosimilitud* es una de las técnicas más difíciles de dominar en el arte del contrainterrogatorio. En estos casos no se cuenta con ninguna prueba extrínseca con la cual refutar las respuestas del testigo, el único material disponible son esas respuestas.

Por lo tanto, en estos casos el contrainterrogador se enfrenta con el testigo solamente armado con el sentido común y la fuerza lógica de su razonamiento. Se trata de un verdadero duelo mental en el que, del otro lado, podrá encontrarse un testigo que, o bien se engaña o deliberadamente quiere engañar.

Si el testigo 'quiere engañar' el contrainterrogador estará enfrentado a la tarea más difícil de un abogado litigante, como bien lo advierte Wellman:

> ¿Qué puede concebirse más difícil en la abogacía que la tarea de probar por la propia boca de un testigo que él es deliberadamente perjuro, cuando usted puede no haberlo visto ni escuchado antes de que él presente su testimonio en su contra?[1079]

Y si ese testigo perjuro es, además, una persona inteligente las cosas se complican aún más, pues, como ya se dijera antes,"nada en un juicio es tan difícil como exponer el falso testimonio de un testigo cuya inteligencia lo asiste para disimular su falta de escrúpulo".[1080]

1077 Sobre las diferencias del careo y el contrainterrogatorio véase el capítulo sobre *El contrainterrogatorio en la Tradición Jurídica Colombiana*, Num. 2. *Contrainterrogatorio y Careo.*
1078 Sandler, Paul Mark, *Dealing With The Mendacious Witness In A Civil Trial*, documento electrónico obtenido de internet, página no disponible en la actualidad.
1079 Wellman, *The Art of Cross-examination*, op. cit., p. 47, traducción propia.
1080 Ibíd., p. 53, traducción propia.

El poder destructivo de la impugnación por inverosimilitud se fundamenta en la credibilidad y consistencia interna que debe ostentar todo relato que pretenda ser asumido como cierto.

El éxito de esta modalidad de impugnación se basa en la tendencia humana a no creer las historias que chocan con nuestras experiencias acerca del modo en que suelen suceder los hechos.[1081]

Esta modalidad de impugnación aparece regulada por el artículo 403 de la Ley 906, cuando dispone:

> Artículo 403. *Impugnación de la credibilidad del testigo.* La impugnación tiene como única finalidad cuestionar ante el juez la credibilidad del testimonio, con relación a los siguientes aspectos:
>
> 1. **Naturaleza inverosímil o increíble del testimonio**.
>
> (...)
>
> 6. Contradicciones en el contenido de la declaración. (s.n.)

A esta técnica de recusación se refiere Chiesa Aponte cuando afirma que la "naturaleza o carácter del testimonio" es uno de los *medios de impugnación*: ya que "un testigo se autoimpugna con un testimonio inverosímil o contradictorio (…) aunque sea en relación con solo un aspecto o asunto de su declaración [pues], pone en entredicho la totalidad de su testimonio, en cuanto surgen dudas sobre si es una persona veraz".[1082]

Para comprender la impugnación por inverosimilitud es de mucha utilidad la analogía utilizada por Nizer, cuando compara la *veracidad* del testimonio con un cobertor finamente tejido:

> A veces comparo la veracidad de un testigo con un cobertor finamente tejido. Cuando se recortan las orlas, las hebras se desprenden y terminan por destruir el centro.[1083]

Y agrega que el contrainterrogatorio es un "proceso de aflojamiento" de ese fino tejido que termina por afectar "el núcleo de lo narrado por el declarante."[1084] La técnica de recusación por

1081 Bergman, *La Defensa en Juicio…*, op. cit., p. 162.
1082 Chiesa Aponte, op. cit., Vol. III, p. 325.
1083 Nizer, *Mi Lucha en los Tribunales*, op. cit., p. 337.
1084 Ibíd.

inverosimilitud es el instrumento para 'aflojar el tejido'; se trata de someter a cirugía el testimonio con el objeto de desprender las hebras que construyen la credibilidad interna del relato.

En este tipo de repreguntas el contrainterrogador interroga al testigo en el marco de un silogismo[1085] previamente elaborado, cuya *premisa mayor* consiste en una *regla de experiencia* de la que se desprende o infiere un determinado argumento de inverosimilitud; la *premisa menor* son los juicios de hecho, convertidos a preguntas, aplicables al testigo y que, separadamente, prueban en el caso la violación de la regla de experiencia contenida en la premisa mayor. La *conclusión* es que el testimonio analizado no es verosímil por cuanto el relato del declarante se adecua a las reglas de experiencia contenidas en la *premisa mayor*.

Todo esto parece bastante abstracto, pero la verdad es que resulta demasiado práctico al momento de contrainterrogar taladrando sobre la verosimilitud.

Por ejemplo, supóngase que un testigo declara que estuvo presente en una reunión, en un lugar determinado y relata lo que allí escuchó. La declaración sobre lo ocurrido en la reunión es perjudicial, por lo que el contrainterrogador discute la existencia de la misma acudiendo la técnica de la inverosimilitud. Se aconseja al lector reflexionar primero en esta línea de repreguntas para luego analizar su estructura interna:

P.- Usted dice que estuvo en aquella reunión en la oficina de Juan, cierto?

R.- Si.

P.- Y recuerda incluso lo que se habló en esa reunión, verdad?

R.- No hay duda al respecto.

P.- No la hay, bien. Díganos, la oficina de Juan tiene ventanas?

R.- En realidad no recuerdo.

1085 Nizer menciona muy brevemente, sin desarrollarla, la idea según la cual el proceso de repreguntas debe fundarse en un "silogismo simétrico", op. cit., p. 341.

P.- Sabe lo que es un cubículo?

R.- Si.

P.- La oficina de Juan queda en un cubículo o no?

R.- No recuerdo.

P.- Usted dice que se sentó al frente del escritorio. ¿Cómo estaba ubicado el escritorio de Juan respecto de la puerta de entrada?

R.- No recuerdo, la verdad es que eso ocurrió hace bastante tiempo.

P.- Pero el paso del tiempo no le impide ahora recordar en detalle lo que se habló en la reunión, cierto?

R.- …

Lo que hace que este relato se perciba inverosímil es que no se acomoda a las reglas de la experiencia. La estructura del silogismo que orientó éste formato de contrainterrogatorio en el caso expuesto es la siguiente:

La **premisa mayor** esta constituida por una regla de experiencia según la cual *si una persona asiste a una reunión debe estar en capacidad de recordar los detalles* esenciales *del lugar, a menos que exista una justificación razonable que explique el olvido*.

La **premisa menor** la integran la serie de hechos que, sumados, conforman la negación de la regla de experiencia; para el caso expuesto se trata de los *detalles esenciales del lugar* donde se llevó a cabo la supuesta reunión, lo que se traduce en preguntas acerca de la incapacidad del testigo para recordar la existencia de ventanas en la oficina donde se celebró la reunión; la incapacidad para recordar si la oficina era una unidad independiente y la incapacidad para recordar la ubicación básica de los muebles existentes en la oficina, entre otros. A esto se suman las preguntas que cierran las posibles justificaciones a la omisión de recuerdo sobre detalles esenciales.

La **conclusión** del silogismo es la inverosimilitud de lo relatado por el testigo en cuanto no se adecua a las exigencias de la regla de experiencia contenida en la premisa mayor. La sumatoria de hechos que prueban la incapacidad para recordar detalles esenciales *del lugar de la reunión* sugiere la inverosimilitud por contraste con la afirmación exacta del testigo acerca del recuerdo sobre *lo escuchado en la reunión*.

La utilización de la técnica del silogismo es muy útil para darle ritmo y agilidad al contrainterrogatorio, pues al amparo de su estructura lógica es posible "soltarse" mentalmente dentro de cuadros de pensamiento y preguntar con seguridad y propósitos definidos, sin consultar escritos que retrasarían el ritmo del contrainterrogatorio y concederían tiempo al testigo para preparar sus respuestas.

La *rapidez* es fundamental para el contrainterrogador que acude a esta técnica, pues le dificulta al testigo prefabricar sus respuestas y solo le deja el apego a la verdad como única salida posible.

La clave de todo el procedimiento consiste en la fortaleza de la regla de experiencia que conforma la premisa mayor, la cual debe estar firmemente anclada en el sentido común.

Una vez que esa regla de experiencia esta construida adecuadamente se pregunta al testigo de forma que sus respuestas reflejen hechos que contradicen los componentes intrínsecos de la regla de experiencia. El testigo entonces se desmiente a sí mismo y, para cuando pretenda fugarse, ya será demasiado tarde: la *regla de las probabilidades* está en su contra, sin importar lo que diga.

La inverosimilitud puede desarrollarse de varias formas: desde lo más simple y lo más seguro hasta lo más complejo y arriesgado, todo ello según la capacidad de refutar las respuestas del testigo por parte de quien lo contrainterroga. A continuación se exponen las diversas técnicas específicas para recusar por inverosimilitud.

3.3.1. Técnica de yuxtaposición de la inverosimilitud expresada en el examen directo.

Una de la reglas del contrainterrogatorio es *no repetir el interrogatorio directo*. La técnica que a continuación se presenta no desconoce esa regla sino que alude a otra cosa: muchas veces la inverosimilitud de un relato se *disimula* en la historia relatada durante el interrogatorio directo.

Escuchando con atención el interrogatorio directo muchas veces se podrá impugnar al testigo, o a su testimonio, mediante el expediente de desarrollar durante el contrainterrogatorio lo que se acaba de escuchar.

Esto se logra *yuxtaponiendo claramente los fragmentos de la historia que se contradicen entre sí*. Al respecto Bergman explica:

> Al utilizar preguntas sugestivas para yuxtaponer fragmentos de evidencia que en el interrogatorio directo quizá estuvieron separados por hechos intercalados, las preguntas pueden sugerir inverosimilitud sin que uno aporte evidencia nueva.[1086]

Para desarrollar esta técnica de impugnación debe respetarse aquella regla del contrainterrogatorio que sugiere escuchar y observar atentamente la declaración y el comportamiento del testigo durante el interrogatorio directo.

Si no se concentran todos los poderes de atención y observación en el desarrollo del interrogatorio directo, como cuando se clava la mirada en las notas, para copiar retazos de las respuestas del testigo, ocurrirá muy seguramente que no se captará *la esencia de la inverosimilitud* que disimuladamente contiene el relato.

Por eso, cuando un testigo adverso rinda su testimonio bajo interrogatorio directo el contrainterrogador debe clavar su mirada en él, tal y como lo haría un depredador sobre su futura presa.

El caso tantas veces citado de la denuncia por inasistencia alimentaria desarrolla de manera sintética la técnica de impugna-

1086 Bergman, op. cit., p. 163.

ción por inverosimilitud. Retomando el ejemplo, la abogada denunciante, en dramático y extenso interrogatorio, relata las necesidades del hijo, refiriéndose a muchos hechos variados, y en algún aparte, expresa que denunció al padre cuando el hijo cumplió los cinco años de edad, aun cuando el incumplimiento venía ocurriendo desde el momento del nacimiento.

La inverosimilitud puede ser explorada en el contrainterrogatorio bajo el siguiente formato:

P: El padre nunca ha cumplido sus deberes con el hijo, es así?

C: Así es.

P: Y el hijo siempre ha necesitado los alimentos que usted ahora reclama, cierto?

C: Si

P: Y desde el primer momento usted ha sido consciente de eso, verdad?

C: Claro.

P: Es decir, desde que su hijo nació usted ha sabido que el padre no cumplía con sus obligaciones para con el hijo, es correcto?

C: Si.

P: Pero usted solo denunció el incumplimiento del padre a los cinco años de nacido el hijo, cierto?

C: Yo estaba esperando que el cumpliera voluntariamente...

P: Por favor escuche mi pregunta. No le pregunto que estaba esperando usted. Pregunté si usted se demoró cinco años para denunciar al padre de su hijo por no pasarle alimentos desde que nació, fue así?.

C: Si, así fue.

A lo declarado en el interrogatorio directo por la denunciante se ha yuxtapuesto la evidencia de que "*el padre ha incumplido el cubrimiento de las necesidades del hijo desde que este na-*

ció" con la evidencia sobre "*demorarse cinco años para denunciarlo*". La regla de experiencia, que conforma en este caso la premisa mayor del silogismo empleado, indica que quien tiene necesidades apremiantes trata de encontrarles solución lo más pronto posible, especialmente si por su oficio conoce cual es esa solución. Con estos elementos se construye la premisa menor del silogismo mediante las repreguntas.

3.3.2. Utilización de las reglas de la experiencia *para desarrollar* la inverosimilitud que se insinúa en el examen directo.

En estos casos el contrainterrogador avanza un poco más: ya no se apoya simplemente en los fragmentos de evidencia declarados en el interrogatorio directo para yuxtaponerlos.

Escuchando atentamente las respuestas del testigo se procede a confrontarlo con 'información nueva': la experiencia cotidiana derivada de los hechos contenidos en su propio relato.

Mediante esta técnica se aporta información nueva, no contenida expresamente en el examen directo pero derivada del mismo, para *aumentar el efecto de la inverosimilitud*.[1087]

Lo que se denomina "nueva evidencia" en realidad se apoya en los pensamientos y comportamientos probables de una persona en la situación narrada por el testigo durante el examen directo. La inverosimilitud surge al yuxtaponer esa "nueva evidencia" al hecho relatado por el testigo.

La diferencia con la anterior técnica radica en que la información y las inferencias no fueron expresadas en el interrogatorio directo por el testigo; todo consiste en evidenciar la contradicción de la historia mediante desarrollos lógicos e inferencias *surgidas* de lo expresado en el examen directo.

Gracias a esta técnica es que se sostiene que "uno puede utilizar la experiencia también para obtener evidencia nueva en la repregunta, y aumentar el efecto de una inverosimilitud"[1088] me-

1087 Ibíd., p. 164.
1088 Ibíd..

diante la aplicación, al testigo, de inferencias en la forma de preguntas sugestivas.[1089]

De nuevo el contrainterrogador tiene a su disposición la alternativa de evitar los riesgos y proponer esas inferencias en los alegatos de conclusión, demostrando así la inverosimilitud del testimonio.

Es una elección táctica librada al buen criterio y la intuición del litigante. Pero se debe considerar una vez más que al proceder de esta forma se estará sacrificando el *efecto confrontativo de la repregunta*, con el agravante de que posiblemente ya no se modificará la disposición mental receptiva del juzgador hacia un testimonio que él no juzgó inverosímil cuando lo escuchó.

Igualmente, y esto es algo que no hace parte de nuestra tradición forense, debe tomarse consciencia que no es lo mismo confrontar un testimonio adverso desde los alegatos de conclusión que hacerlo por la boca del propio testigo adverso al momento de declarar. El *efecto persuasivo* varía radicalmente en uno y otro caso.

La base de esta técnica es que las cosas suelen suceder de cierta manera en el mundo real. Toda persona tiene acceso al sentido común y a la experiencia ordinaria acerca de como se desarrollan usualmente los acontecimientos. Por eso, "cuando un testigo declara como actuó o lo que pensó, a menudo uno puede utilizar su experiencia para identificar la información nueva que concuerda con el relato del testigo".[1090]

En esta forma de impugnación se deben *cerrar adecuadamente las puertas*. Es esencial anticiparse para anular las posibles explicaciones de la inverosimilitud por parte del testigo. Para ello es aconsejable guiarse por el sentido común y tener siempre como trasfondo la experiencia cotidiana. Conviene, por ejemplo, preguntarse desde la experiencia ordinaria que cosas podrían explicar la inverosimilitud que se piensa contiene el testimonio.

1089 Ibíd., p. 165.
1090 Ibíd., p. 164.

Y "si en efecto uno identifica una o dos explicaciones probables, tratará de negarlas antes de zambullirse en la inverosimilitud. Si el testigo niega de antemano las posibles explicaciones "cierra la puerta" a su súbita aparición después que desarrolló una inverosimilitud".[1091]

En el ejemplo acabado de proponer antes, cabe preguntarse que posibles explicaciones anularían la contradicción que se evidencia en el relato sobre la inasistencia alimentaria.

Así, una probable explicación puede consistir en que la denunciante, por sus ocupaciones, no había tenido tiempo para denunciar al padre de su hijo. Se desarrollará el contrainterrogatorio mostrando la inverosimilitud desde las reglas de la experiencia, creando inferencias, e intercalando en algún momento *preguntas de cierre* frente a esta posible explicación de la contradicción (las preguntas orientadas a *cerrar las puertas* se destacarán en letra cursiva):

P: El padre nunca ha cumplido sus deberes con el hijo, es así?

C: Así es.

P: Y su hijo siempre ha necesitado los alimentos que usted ahora reclama, cierto?

C: Si

P: Y desde el primer momento usted ha sido consciente de eso, verdad?

C: Claro.

P: Es decir, desde que su hijo nació usted ha sabido que el padre no estaba cumpliendo con sus obligaciones alimentarias para con el hijo, es correcto?

C: Si.

P: *Supongo que obviamente su hijo es lo más importante en su vida?*

C: Por supuesto, es mi hijo.

1091 Ibíd., p. 166.

P: Y todo lo que tenga que ver con su hijo es una prioridad en su vida?

C: Claro que si.

P: Mas que su trabajo?

C: Si. Yo ante todo soy madre.

P: A usted le concierne que su hijo se encuentre bien?

C: Si.

P: Y que se le respeten sus derechos?

C: Si.

P: Y que no se vea en la situación de pasar necesidades?

C: Claro.

P: Y supongo que como madre usted ha estado siempre dispuesta a defender los derechos de su hijo?

C: Claro.

P: Y como abogada, ¿sabe bien como hacer valer los derechos de su hijo?

C: Si.

P: Ha sido de su agrado ver que su hijo pase necesidades por culpa de lo que usted llama el incumplimiento del padre?

C: No, no ha sido de mi agrado.

P: Esto de los alimentos para su hijo es una cuestión muy importante en su vida, es así?

C: Es algo importante.

P: (Tras una breve pausa y palabra por palabra, mirando fijamente al testigo) Ahora: Usted solo denunció el incumplimiento del padre a los cinco años de nacido el hijo, eso es cierto o no?

C: (a la defensiva) A mi la Ley no me obliga a denunciar en determinado momento, yo tengo el derecho de denunciar en cualquier momento que lo considere pertinente.

P: Por favor escuche mi pregunta. Yo no le pregunto que derechos le da la Ley acerca de cuando denunciar. Pregunté si usted se demoró cinco años para denunciar al padre de su hijo por no pasarle alimentos desde que nació, eso fue así o no?.

C: Si, así fue.

Las preguntas se desarrollan a partir del modo en que se comportaría ordinariamente una madre que conoce la Ley ante una situación en la que su hijo sufre necesidades por el incumplimiento alimentario del padre. La "nueva evidencia" se origina en los sentimientos y pensamientos de la madre, abogada, ante la situación de su hijo en las condiciones del ejemplo expuesto.

Esa evidencia inferida a partir de la experiencia se yuxtapone al comportamiento de la testigo (denunciar luego de pasados cinco años de incumplimiento alimentario, considerado grave) y eso es lo que acentúa o deja en el ambiente del juicio y en la mente del juzgador una *atmósfera de inverosimilitud* en el relato.

3.3.3. Técnica especial para explorar la inverosimilitud que no se insinúa en el examen directo.

Esto es lo que Bergman denomina "salir de pesca" durante el contrainterrogatorio, es decir, formular preguntas que uno no puede refutar.[1092] Se trata de un verdadero *contrainterrogatorio a ciegas*.[1093] Esta técnica puede llegar a ser necesaria cuando se ha decidido que un testigo adverso debe ser contrainterrogado pero "uno no tiene una zona de indagación en relación con un hecho fundamental".[1094]

Lo que orienta esta técnica -a juicio de quien escribe la más difícil de ejecutar con maestría- es la sutil exploración de *los detalles del contexto* de una declaración que, en principio, no aparenta ninguna fisura.

'Salir de pesca' equivale al denominado contrainterrogatorio exploratorio (*exploratory cross-examiantion*) o aproximación

1092 Ibíd., p. 167.
1093 El término es utilizado por David H. Berg y titula su artículo: *Blind Cross-Examination*, en http://www.bafirm.com/articles/blindcross.html
1094 Bergman, op. cit., p. 167.

indirecta (*indirect approach*), sobre la que Louis E. Schwartz enseña:

> Muchos contrainterrogatorios son explorativos o indirectos, en los cuales el contrainterrogador cautelosamente investiga el punto débil más apropiado en la armadura del testigo. (...) Un contrainterrogatorio exploratorio debe ser dirigido hacia cualquier porción del testimonio que parezca exagerada o improbable. Ni el juez ni el jurado creerán a un testigo que declara acerca de hechos a los que su propia experiencia les dice que simplemente no pueden ser de esa manera.[1095]

De lo que se trata entonces es de buscar o 'pescar' la *inherente improbabilidad o falsedad de testimonio*[1096], utilizando como brújula o criterio de orientación de las preguntas la que L. Nizer sagazmente denominó "regla de las probabilidades" (*the rule of probability*) y que se explica así:

> Ésta [la regla de las probabilidades] me dice que hechos debo buscar. Me lleva a testigos y documentos cuya existencia ignoraba. Señala la zona vulnerable de la declaración del testigo hostil y sugiere preguntas. Es un arma omnipotente para descubrir la verdad. (...) Las virtudes mágicas de esta norma son infinitas. El jurado falla el juicio gracias a la regla de las probabilidades. Acepta tal versión y no tal otra porque concuerda con su propio patrón de experiencia. El juez, al verse confrontado con un testimonio contradictorio, decide basándose en las probabilidades. Hablamos de la verosimilitud de los testimonios, pero lo que queremos decir en realidad es que el testigo ha narrado algo que es sometido a prueba por la regla de las probabilidades y por lo tanto verosímil.
>
> (...)
>
> La regla de las probabilidades funciona mejor cuando la aplica alguien que percibe sagazmente las motivaciones y reacciones de la gente. La educación, la cultura y la buena crianza

1095 Schwartz, *Proof, Persuasion and Cross-Examination*..., op. cit., Vol. II, p. 1608, , traducción propia.
1096 Ibíd., Vol. II, p. 2237.

> poco tienen que ver con ella. Quienquiera que no haya vivido una vida retraída y entrado en contacto con la gente en diversas experiencias, adquiere por fuerza un considerable conocimiento de la conducta común. En realidad se trata, en gran parte, de una adquisición automática y el criterio en que se basa es ejercitado a diario usualmente tanto en asuntos pequeños como en asuntos grandes. La regla de las probabilidades es la que le da al jurado el sexto sentido necesario para decidir con precisión sobre la prueba presentada, como lo saben casi todos los abogados y los jueces. Es la que hace tan sólido el sentido común del hombre medio. Es la razón por la cual la democracia, también sobre la base de los hechos presentados al electorado, funciona tan sabiamente si se la compara con el gobierno de unos pocos, sea que formen una *élite* o no.[1097]

También se puede 'salir de pesca' para *buscar la razón última* del testimonio a fin de demostrar que la conclusión del testigo carece de fundamentos. La esencia de esta técnica es que la conclusión del testigo no tiene la debida confirmación.[1098] En estos casos se trata de explorar cuidadosamente la declaración para determinar si existen otras razones, distintas de las expresadas por el testigo, que sostengan sus conclusiones. En esta técnica es fundamental cerrar las puertas, pues de lo contrario el testigo tendrá instintivamente interés en defender su conclusión primaria. A este respecto Hegland expresa:

> Solo llegando a la razón última uno puede abrigar la esperanza de conmover la superestructura. 'No hay hechos suficientes que justifiquen la opinión'. El peligro de este enfoque es que uno puede descubrir granito, pero quizás el riesgo no es tan grande, sobre todo si uno tiene un antagonista competente. En el interrogatorio directo un adversario competente habrá tratado de apoyar todo lo posible las conclusiones del testigo (...) Por supuesto, a menos que el astuto contrario este tendiéndonos una trampa; en tal caso, no es una persona simpática.[1099]

1097 Nizer, op. cit., pp. 9, 11 y 12, letra cursiva en el texto original
1098 Hegland, *Manual de Prácticas y Técnicas Procesales*, op. cit., p. 122.
1099 Ibíd., p. 124.

El arte del contrainterrogatorio se asimila en muchos aspectos al arte de la guerra. La técnica de impugnación por inverosimilitud se basa en la estrategia que desaconseja atacar frontalmente al enemigo donde es más fuerte, optando por concentrase en sus puntos débiles. En esta técnica, precisamente, lo que se pretende es evitar un *ataque frontal* al testimonio directo cuando el mismo aparece como inexpugnable.

Sobre el tema M. McCurley y K.W. Mercier, al tratar el tema del "planeamiento y preparación del contrainterrogatorio", aluden acertadamente al concepto de "ataque de flanco" (*the «flank» attack*):

> Si no hay nada con que recusar al testigo, el contrainterrogador no debe tomar al testigo por la materia del examen directo. En cambio, la repregunta debe atacar sólo los puntos débiles de la historia del testigo y pedir los detalles en áreas donde el testigo no puede estar preparado. Cada vez que haya una inconsistencia, el testigo debe ser confrontado con ese hecho hasta que el jurado sienta que testigo está inventando las respuestas. El jurado empezará a ver las contradicciones y a no creer la historia del testigo.[1100]

La siguiente anécdota ocurrida durante el juicio a Vincent "perro loco" Coll, el célebre asesino a sueldo de la mafia de Nueva York en los años treinta, nos muestra como se puede "salir de pesca" eficazmente durante el contrainterrogatorio de un testigo aparentemente indestructible.

Ocurrió que un auto cruzó rápidamente por una calle de Nueva York, disminuyó momentáneamente la velocidad al llegar a media cuadra y, luego, dos ametralladoras abrieron fuego fuera de las ventanillas del sedán; se intentaba asesinar a un personaje del bajo mundo, quien escapó ileso, pero para cuando el vehículo se alejó cinco niños yacían heridos de bala en el pavimento; uno de ellos murió.

El crimen causó consternación en la época y se ofrecieron recompensas enormes por la captura de los asesinos. Todos que-

1100 M. McCurley y K. W. Mercier, *Cross examination*, en http://www.aaml.org/cross-ex.htm, traducción propia.

rían la captura y condena de los responsables. Finalmente Coll fue arrestado, negó los hechos pero fue identificado por Jorge Brech, un testigo presencial que dijo haberlo visto disparar desde el automóvil en movimiento cuando sacó el cuerpo por la ventanilla.

Como defensor de oficio de Coll fue nombrado Samuel S. Leibowitz, quien para 1.941 era considerado el primer abogado penalista de los Estados Unidos. En el juicio, durante el contrainterrogatorio a Brecht, sucedió lo siguiente, según relata Quentin Reynolds en su biografía sobre Leibowitz:

> Leibowitz martilleó (sic) sobre Brecht toda la mañana, pero jamás hizo perder al testigo su aire de compostura; o estaba diciendo la verdad o había sido admirablemente enseñado y ensayado para aquella ocasión. Leibowitz sentía que algo había malo acerca de Bretch. Un testigo ordinario hubiera mostrado nerviosidad o resentimiento ante algunas de las preguntas. Brecht mantuvo una actitud calmada. Leibowitz preguntó a Brecht en que trabajaba.
>
> El testigo dudó por una fracción de segundo y luego dijo que vendía Pasteles Helados. Leibowitz guardó la respuesta en una de las gavetas de su memoria, y con ella retuvo la impresión de aquella fracción de segundo en que el testigo había dudado antes de contestar. Durante el descanso para el almuerzo, Leibowitz pidió que le trajeran un Pastel Helado. Cuando el Juicio se reanudó, pidió a Brecht que describiera la envoltura de un Pastel Helado. No pudo recordar ni siquiera el sol mañanero de la envoltura. Por la (sic) primera vez, Brecht aparecía nervioso. ¿Se usaba hielo seco para conservar los pasteles helados? El testigo dudo y dijo que no era necesario el hielo seco, que él llevaba aquellas golosinas en una caja de cartón y que la propia condición congelada de ellas les hacía conservarse. Leibowitz lo atacaba sin misericordia, y pronto quedó demostrado que el testigo no sabía más acerca de los Pasteles Helados de lo que conocía acerca de la hipótesis nebular. Leibowitz lo había marcado como un mentiroso pero ni el Jurado ni el Juez Corrigan parecían impresionados. Brecht había contado una mentirilla acerca de

como se ganaba la vida, pero su identificación del asesino seguía siendo buena.[1101]

Hay dos técnicas fundamentales para "salir de pesca" exitosamente. Estas técnicas, brevemente expuestas, son las siguientes:

3.3.3.1. Exploración de los detalles.

La exploración de detalles se fundamenta en lo siguiente:

> Uno abriga la esperanza de demostrar que una historia es inverosímil por una de dos razones: o bien un testigo pretende suministrar tantos detalles que la historia llega a ser irreal. O bien, al margen de la cantidad de detalles, las preguntas que uno formula pueden aportar detalles que chocan con la declaración anterior de un testigo.[1102]

Como acertadamente enseña Hegland, el *examen de los detalles colaterales contradictorios* es uno de los modos para desacreditar el testimonio, y esto es lo que con ello se pretende:

> En lugar de atacar directamente el relato, trate de conseguir que el testigo reconozca las cuestiones colaterales que lógicamente proyectan dudas sobre el testimonio principal. Al planear este tipo de repregunta, piense: *Si* el testimonio es cierto, ¿*qué mas* sería verdadero o lo sería probablemente? Si el testigo reconoce que parte de estas cuestiones colaterales *no* son ciertas, su relato principal se convierte en algo dudoso.[1103]

Se trata de explorar los *detalles fácticos adecuados*, no cualquier detalle. La relación causal entre la incapacidad para recordar detalles -o el aporte excesivo de los mismos- y la inverosimilitud del testimonio dependen, como enseña Bergman, de *la fuerza de los detalles*.

931 Quentin Reynolds, *Sala de Jurados. La Historia de Samuel S. Leibowitz*, Editorial Constancia, México, Catorceava Edición, 1969, pp. 203-204. Reynolds narra como posteriormente Leibowitz lograría demostrar, por una vía distinta a la del pastel helado, que la historia de Brecht era en realidad falsa y que se trataba de un testigo profesional que ya había declarado falsamente a sueldo en diversos Estados de la Unión americana. Tan evidente fue la situación que el Juez a cargo del juicio pidió al jurado inmediatamente que rindiera un veredicto sumario de no culpable, sin deliberar. Dos semanas de su absolución Coll moría ametrallado en una cabina telefónica de Nueva York.

1102 Bergman, op. cit., p. 169.

1103 Hegland, op. cit., p. 287, resaltado en el texto original.

Así, cuando el detalle es demasiado insignificante sería verosímil que el testigo no lo recordara y, al contrario, resultaría inverosímil que lo recordara en la medida en que la memoria del testigo sería demasiado fiel para ser creíble.

De otro lado, la credibilidad del relato saldrá afectada si el detalle es significativo y el testigo no lo recuerda, pues sugiere una memoria demasiado deficiente para ser confiable; por el contrario, el testimonio será creíble si se escucha una respuesta satisfactoria al respecto.

Por lo visto, los *detalles* son una espada de dos filos; deben ser evaluados a partir de un poderoso sentido común aplicado al caso concreto. Cuando se exploran los detalles se cubren simultáneamente dos áreas del contrainterrogatorio: la memoria y la percepción.

La técnica de la exploración de los detalles para calibrar la verosimilitud del testimonio fue adecuadamente aplicada por Lord Broughman en defensa de la Reina Carolina, en el histórico juicio –originado en motivaciones políticas- a que fue sometida en Inglaterra por cargos de adulterio en el año de 1.820.[1104]

La historia indica que entre los varios cargos de intimidad impropia entre la Reina Carolina (luego Princesa) y su sirviente Bergami, durante un tour por Alemania, Austria, Italia y el Mediterráneo, fue formulado un preciso cargo de adulterio ocurrido a bordo del buque Polaca, durante un viaje de la princesa a Palestina.

El testigo de cargo Tehodoro Majocchi, sirviente en la suite de la Reina durante la mayoría de su viaje, declaró específicamente sobre este cargo, bajo las siguientes preguntas:

> P (Lord Copley, Fiscal General): Durmió la Princesa generalmente bajo esa tienda (ubicada en la cubierta) durante el viaje hacia Jaffa?
>
> C: (Tehodoro Majocchi): Ella durmió siempre bajo esa tienda durante todo el viaje a Jaffa hasta el momento en que desembarcó.

1104 Tomado de *The Principles of Judicial Prof. As given by logic, psychology, and general experience and illustrated by judicial trials.* Compiled by WIGMORE, JOHN HENRY, William S. Hein & Co., Inc, Buffalo, New York, Second Printing, 2.000, pp. 603-604, traducción propia.

P: Durmió alguien bajo la misma tienda?

C: Bartolomo Bergami.

P: Ocurrió ésto cada noche?

C: Cada noche.

En el contrainterrogatorio Lord Broughman intentó probar la veracidad del relato del testigo inquiriendo por otros detalles sobre los arreglos para dormir en el buque y en la suite:

P (Lord Broughman): En el viaje, donde durmió en general Hieronimus?

C (Tehodoro Majocchi): No recuerdo *(non mi ricordo)*.

P: Dónde durmió el señor Howman?

C: Yo no recuerdo

P: Dónde durmió William Austin?

C: Yo no recuerdo.

P: Dónde durmió la condesa Oldi?

C: Yo no recuerdo.

P: Dónde durmió Camera?

C: No recuerdo donde durmió él.

P: Dónde durmieron las criadas?

C: Yo no lo se.

P: Dónde durmió el Capitán Flynn?

C: Yo no lo se.

P: No es cierto que cuando usted estuvo enfermo durante el viaje durmió debajo de la cubierta, en la bodega de carga?

C: Debajo de la cubierta.

P: Permanecieron con usted siempre esos excelentes marinos debajo de la cubierta?

C: Yo no puedo recordar si ellos durmieron en la bodega durante la noche o si fueron arriba.

P: Quién durmió en el lugar que usted uso para dormir abajo en la bodega?

C: Yo se muy bien que yo dormí allí, pero no recuerdo quien mas.

P: Dónde durmió el gremio de sirvientes de la suite?

C: Esto yo no lo recuerdo.

P: No era usted mismo del gremio de los sirvientes?

C: Sí.

P: Dónde durmió el Padroni del barco?

C: No lo se.

P: Cuándo su Alteza Real viajó por el mar de Sicilia a Tunes (en otro momento) donde durmió ella?

C: Esto no puedo recordarlo.

P: Cuando más tarde ella fue de Tunes a Constantinopla a bordo del barco, dónde durmió Su alteza Real?

C: Esto no puedo recordarlo.

P: Cuando ella fue de Constantinopla a Tierra Santa a bordo del barco, dónde durmió ella en esa ocasión?

C: Esto yo no lo sé.

Este es uno de los pasajes históricos más célebres que cita la doctrina del contrainterrogatorio para ilustrar la impugnación del testigo perjuro mediante al ataque a los detalles que involucran la memoria. Wigmore expresa que el episodio de Majocchi en el histórico juicio de la Reina Carolina, reiterando la reveladora frase "*non mi ricordo*", se convirtió de hecho en un indeleble episodio de la historia forense inglesa.[1105]

1105 Ibíd., p. 604.

3.3.3.2. Exploración de hechos adicionales que probablemente sucedieron (o no sucedieron) *antes*, *durante* y *después* del hecho declarado.

Esta es una aplicación concreta de la técnica acabada de exponer. En estos casos "generalmente uno pude identificar una serie de hechos que sobre la base de la experiencia cotidiana, concordarían con los hechos descritos por un testigo".[1106]

Con esto en mente se deben identificar "los hechos consecuentes que uno esperaría encontrar 'antes', 'durante' y 'después' de los hechos acerca de los cuales el testigo ha declarado".[1107]

La eficacia de este método se explica por sí sola:"La repregunta debilita el testimonio directo demostrando que no existen los hechos que uno esperaría hallar si la declaración del testigo fuese cierta. Como las preguntas concentran la atención en 'otros hechos' uno evita un ataque frontal al testimonio directo".[1108]

Una forma eficaz de aplicar este método consiste en meditar con sentido común y responderse esta pregunta: si lo que el testigo expresa fuese la verdad, ¿sobre que otros hechos debería estar en capacidad de declarar?

3.4. Impugnación mediante el uso de tratados.

En su forma típica este método de impugnación se utiliza con los peritos o expertos en determinada ciencia, arte o técnica. Los elementos característicos de todo procedimiento de impugnación se presentan también en esta modalidad especial de recusación: *extracción*, *cierre* y *refutación*.

El *cierre* en estos eventos se produce simplemente preguntando al perito por la autoridad científica del tratado, artículo, revista o cualquier escrito donde conste alguna opinión emitida por una persona considerada experta en la materia; en estos casos el "tratado" hace las veces de 'vehículo recusador'.

1106 Bergman, op. cit, p. 172.
1107 Ibíd., p. 173.
1108 Ibíd.

La refutación o contradicción propiamente dicha se reduce a confrontar la opinión del experto con la opinión de la autoridad científica plasmada en el tratado, utilizado en la impugnación.

El artículo 418 de la Ley 906 de 2.004 dispone:

> Artículo 418. *Instrucciones para contrainterrogar al perito.* El contrainterrogatorio del perito se cumplirá observando las siguientes instrucciones:
>
> 1. La finalidad del contrainterrogatorio es refutar, en todo o en parte, lo que el perito ha informado.
>
> 2. En el contrainterrogatorio se podrá utilizar cualquier argumento sustentado en principios, técnicas, métodos o recursos acreditados en divulgaciones técnico-científicas calificadas, referentes a la materia de controversia.

Por su parte, el artículo 420 de la misma Ley señala:

> Artículo 420. *Apreciación de la prueba pericial.* Para apreciar la prueba pericial, en el juicio oral y público, se tendrá en cuenta la idoneidad técnico científica y moral del perito, la claridad y exactitud de sus respuestas, su comportamiento al responder, el grado de aceptación de los principios científicos, técnicos o artísticos en que se apoya el perito, los instrumentos utilizados y la consistencia del conjunto de respuestas.

La impugnación mediante el uso de tratados consiste en utilizar los "principios, técnicas, métodos o recursos acreditados en divulgaciones técnico-científicas calificadas, referentes a la materia de controversia" para impugnar, o bien los "principios científicos, técnicos o artísticos en que se apoya el perito", o "los instrumentos utilizados", o sus conclusiones expresadas en el interrogatorio directo.

Se debe tener en cuenta que la fuerza de la recusación dependerá en estos casos de la autoridad o reconocimiento del experto cuya obra será utilizada como vehículo recusador; la autoridad del autor del texto y la validez científica del conocimiento utilizado en la impugnación deberá ser probada en el curso del juicio, en el evento en que ella no sea admitida o puesta en cuestión por el experto contrainterrogado.

Esto es relevante en los casos en que se utilice aspectos noveles del conocimiento como vehículo recusador. De ahí que el artículo 442 de la Ley 906 de 2.004 exprese:

> Artículo 422. *Admisibilidad de publicaciones científicas y de prueba novel.* Para que una opinión pericial referida a aspectos noveles del conocimiento sea admisible en el juicio, se exigirá como requisito que la base científica o técnica satisfaga al menos uno de los siguientes criterios:
>
> 1. Que la teoría o técnica subyacente haya sido o pueda llegar a ser verificada.
>
> 2. Que la teoría o técnica subyacente haya sido publicada y haya recibido la crítica de la comunidad académica.
>
> 3. Que se haya acreditado el nivel de confiabilidad de la técnica científica utilizada en la base de la opinión pericial.
>
> 4. Que goce de aceptabilidad en la comunidad académica.

En su estructura básica esta forma de recusación presenta la siguiente estructura[1109]:

> P.- Doctor, usted dijo que ... *(se repite la declaración del experto durante el examen directo y que se pretende recusar)*, es eso correcto?
>
> R.- Si.
>
> P.- Doctor, el texto "Medicina Legal", del doctor Cesar Augusto Giraldo, es reconocido en nuestro medio como una obra autorizada sobre la materia desde hace muchos años, verdad?
>
> C.- Si, así es.
>
> P.- Considera usted la más reciente edición de esa obra como una autoridad en la materia?
>
> C.- Si.

1109 Se sigue, adaptándolo, el esquema propuesto por Mauet, op. cit., p. 281.

P.- Doctor, ésta usted de acuerdo con el siguiente aparte, el cual aparece en la página 222 de la obra "Medicina Legal" del profesor Giraldo, cuarta edición: ... *(se lee el aparte del tratado que contradice la declaración del testigo)*

C.-...

La última pregunta puede adoptar diversas formas, pero en esencia se pretende *confrontar* la declaración del experto con la opinión contraria de quien se considera una autoridad en la materia.

En el evento de que el experto niegue el carácter de autoridad científica de la obra citada se debe proceder a hacer constar, para el acta del juicio, el carácter autorizado de la obra o tratado utilizado, o señalar que se probará posteriormente esa condición.

Véanse algunos ejemplos extraídos de juicios civiles que involucran el uso de esta técnica. El siguiente caso, citado por L. Nizer, ilustra la exitosa recusación de un médico obstetra utilizando tratados autorizados en la materia:

P.- Que es un pelvímetro, doctor?

C.- Es un aparato para medir la pelvis.

P.- Solo la pelvis o también permite medir las dimensiones de la cabeza del niño al mismo tiempo? Se puede hacer eso... verdad?

C.- Antes de que el niño nazca, no.

P.- No?. ¿No es una práctica reconocida, cuando hay dudas sobre la posición adecuada del niño o sus dimensiones, buscar su cabeza?

C.- Si, señor.

P.- Y medirla con un pelvímetro?

C.- Eso, no se puede hacer.

P.- Tal es su opinión... verdad?

C.- Si, señor.

P.- Este es el libro de De Lee titulado "Principios y Prácticas de la Obstetricia". Se trata de una de las obras básicas de la profesión... ¿no es así?

C.- Si.

P.- Creo que usted reconoce que el profesor De Lee es una figura destacada en materia de obstetricia... ¿no es así?

C.- Si.

P.- Encuentro aquí esta afirmación:"La medición directa de la cabeza del feto se ha practicado y Perry ha inventado un cefalómetro con ese fin. Ese instrumento es absolutamente innecesario, ya que el pelvímetro ordinario da resultados igualmente buenos". No está usted de acuerdo con esa afirmación?

C.- Eso puede hacerse en ciertos casos, pero no en todos.[1110]

Y este otro ejemplo, tomado del mismo caso:

P.- En el caso de una mujer que alumbra a su primer hijo..¿Cómo la llaman ustedes? Primeriza?

C.- Primeriza.

P.- Se trata de una palabra de medicina que se refiere al primer niño?

C.- Si, señor.

P.- En el caso de una mujer que alumbra a su primer hijo, cuando existe una posición transversal... ¿no indica eso una contracción pelviana?

C.- No, señor.

P.- ¿Y no indica eso la contracción pelviana como indica la necesidad de una cesárea?

C.- No, señor.

1110 Nizer, op. cit., p. 347.

P.- ... Doctor... ¿Considera usted al profesor Framklin S. Newell, profesor de clínica obstétrica de la universidad de Harvard, una autoridad en materia de obstetricia?

C.- Si, señor.

P.- Usted habrá oído hablar, sin duda, del famoso libro de Newell titulado "Sección de Cesáreas, Monografías Ginecologías y Obstetricias"?

C.- Si, señor.

P.- Permítame que le lea esta frase del mencionado libro: "Las presentaciones transversales en la primeriza ... son una indicación de suficientes contracciones pelvianas para garantizar la presunción de que la sección cesárea es, probablemente, el mejor método de alumbramiento". Discrepa usted con esto, doctor?

C.- Es cuestión de opiniones.

P.- En primer lugar, le pregunto si discrepa con él

C.- Si.

P.- No está de acuerdo con el profesor Newell en eso?

C.- No.

P.- Pero, aunque usted no está de acuerdo con él, ¿practicó realmente una cesárea?

C.- Después de haberle dado suficiente tiempo a la paciente para comprobar que no podía alumbrar por si misma.

P.- Usted consideró que eso era necesario, finalmente... ¿No es eso?

C.- Si.

P.- Hasta ese punto, el profesor Newell parece tener razón... verdad?

C.- Así es.[1111]

1111 Ibíd., p. 340.

Como bien explica Mauet[1112], toda vez que la declaración con que se impugna al perito no fue efectuada por él mismo, sino por un tercero, no queda nada que él pueda decir distinto a "estar de acuerdo" o "en desacuerdo"; por eso el contrainterrogador no tiene que completar la recusación con ningún otro elemento.

En el siguiente ejemplo, se contrainterroga a un psiquiatra oficial que había declarado en el interrogatorio directo que la entrevista personal con la acusada por él examinada duró "aproximadamente 45 minutos". El dictamen concluía que la examinada presentaba rasgos sociopáticos de personalidad, lo que perjudicaba la teoría del caso de la defensa.

El contrainterrogatorio adoptó en esencia el siguiente formato en orden a impugnar las conclusiones del experto, entre otras cosas, por la deficiente entrevista realizada:

P: Usted dijo que la entrevista que usted le practicó a Juliana demoró aproximadamente 45 minutos, es eso correcto?

C: Sí, así fue.

P: No demoró más de una hora, es así?.

C: No.

P: Conoce la obra "Principios de Psiquiatría Forense" de Lisandro Antonio Duran Robles y Maria Idalid Carreño Salazar?

C: Si los conozco a ellos personalmente, es una obra buena, de las poquitas que hay de psiquiatría forense.

P: En la página 406 de esta obra se afirma lo siguiente: "*Si el psiquiatra tan solo siguiera el lenguaje verbal tendría que invertir muchas horas para lograr obtener una idea de la persona que está entrevistando.*" Está de acuerdo o en desacuerdo con esta afirmación?

C: No estoy de acuerdo con eso. Según eso habría que invertir años para uno poder hacer un dictamen.

1112 Mauet, op. cit., p. 281.

P: El motivo por el cual usted no está de acuerdo con ese aparte de la obra es porque de eso se desprende que habría que invertir años en hacer un dictamen, correcto?

C: Pues ...

P: En la obra de la que hablamos no habla de años sino de horas, es eso correcto?

C: Si, es correcto.

P: No está usted acuerdo en que una entrevista que se tome varias horas en dialogar con un paciente puede obtener resultados más confiables que la que se tome menos de una hora?

C: No necesariamente...

P: Quiere decir que para usted es indiferente, en cuanto a la firmeza y fundamentación, que una entrevista se demore diez o más horas a que se demore apenas una hora con el paciente?

C: En muy poco tiempo un psiquiatra experimentado puede llegar a una opinión seria, no necesariamente requiere horas.

P: Yo no le pregunto eso. Le pregunto si para usted es indiferente que en una entrevista se inviertan horas a que se inviertan minutos, es eso para usted relevante en punto a determinar la seriedad y profundidad de la entrevista?

C: Si puede ser relevante, mientras más tiempo pueden observarse más datos.

P: Mientras más horas se invierta en la entrevista mayor posibilidad de obtener un dictamen más completo y confiable del paciente, no doctor?

C: Probablemente sí.

La recusación de expertos suele ser una difícil área de impugnación por cuanto necesariamente le implica al contrainterrogador prepararse en temas y materias que no son de su dominio.

3.5. El comportamiento del testigo durante el contrainterrogatorio como criterio de impugnación.

Uno de los medios para impugnar a un testigo consiste en evidenciar su comportamiento mientras declara. Este criterio es especialmente aplicable a los testigos mendaces.

Al respecto Chisea Aponte enseña que "un testigo se autoimpugna con una mala actuación en la silla de los testigos: inseguridad, nerviosismo, etc. Sin embargo, siempre hay escépticos en cuanto al valor del "demeanor" como indicio de confiabilidad o falta de confiabilidad de un testimonio."[1113]

Este método de impugnación aparece consagrado en el artículo 404 de la Ley 906 de 2.004 cuando dentro de los criterios para apreciar el testimonio dispone que el juez "tendrá en cuenta (...) el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad".

En similar sentido, el artículo 277 de la Ley 600 de 2.000 dispone que "para apreciar el testimonio, el funcionario tendrá en cuenta (...) la forma como [el testigo] hubiere declarado y las singularidades que puedan observarse en el testimonio".

Este método de impugnación puede ser útil en algunos casos, pero debe advertirse que en no pocas ocasiones el comportamiento vacilante al declarar puede obedecer a factores distintos a la intención de engañar. Al respecto, Altavilla recuerda:

> En efecto, a veces una declaración ilógica y contradictoria se cree poco fiel, porque se supone que el testigo no recuerda bien, o se estima insincera, al paso que los testimonios fluidos, hechos con naturalidad, dan la impresión de fidelidad y de veracidad, cuando puede suceder lo contrario, ya que en el primer caso puede tratarse de una dificultad para expresarse o de un fenómeno de timidez, mientras la seguridad y la desenvoltura pueden provenir de una astuta preparación.[1114]

1113 Chiesa Aponte, *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, op. cit., Vol. III, p. 324-325. El autor cita precedentes emanados del Tribunal Supremo de Puerto Rico en los cuales se aprecian las dos posiciones en torno al *demeanor*: la posición escéptica en cuanto indicio de confiabilidad o falta de confiabilidad de un testimonio (Caso *Sanabria v. Sucesión González*, 82 D.P.R. 885, 993-994 –1961-) y la posición favorable frente a este elemento para evaluar la credibilidad de los testigos (Caso *Órtiz v. Cruz Pabón*, 103 D.P.R. 939, 947 –1975-).
1114 Altavilla, *Psicología Judicial*, Temis, Bogotá, 1.975, Vol. II, p. 792.

La utilización de este instrumento de impugnación implicará, en esencia estimular al testigo durante el contrainterrogatorio para que con su comportamiento saque a luz *reacciones, sentimientos* y *actitudes* que soporten la posterior valoración de su testimonio.

Es el caso, por ejemplo, en que se sabe que el testigo alberga una especial hostilidad hacia alguna de las partes. Puede ser útil incentivar al testigo mediante preguntas para que evidencie el resentimiento mediante la exteriorización de actitudes reveladoras.

Del mismo modo, cuando el testigo se comporta de forma evasiva bajo contrainterrogatorio, la impugnación de su comportamiento consiste en subrayar el *carácter evasivo* ante el juzgador, bien repitiendo la pregunta no contestada o convirtiendo la renuencia a contestar en la pregunta siguiente.

En este punto son aplicables las enseñanzas de Framarino Dei Malatesta[1115], quien al referirse a la "apreciación del testimonio en cuanto a la forma" enseña que hay "formas exteriores que sirven para restarle eficacia", tanto "al testimonio" como "al testigo".

Se retoman estos criterios pero no para ser aplicados a la *apreciación* del testimonio, como lo expone Framarino Dei Malatesta, sino para tenerlos en cuenta al momento de *impugnar* el comportamiento del testigo durante el contrainterrogatorio.

En lo que toca con **el testimonio** el ilustre tratadista italiano enseña que las *formas exteriores que le restan eficacia* consisten en lo siguiente:

1. El lenguaje: La precisión y claridad, que se contraponen a los términos equívocos.

2. Las manifestaciones directas del ánimo del testigo. En esta materia son tres "causas formales de disminución de la credibilidad":

- Animosidad Vs. Imparcialidad. La falta de serenidad revela la existencia de pasiones.

1115 Framarino Dei Malatesta, *Lógica de las Pruebas en Materia Criminal*, Temis, Bogotá, 4ª Edición, 1995, Vol. II, pp. 73 y ss...

- Afectación Vs. Naturalidad. El lenguaje afectado es sospechoso. En cambio "el lenguaje de la verdad es siempre natural".

- Premeditada identidad en el texto de varias declaraciones Vs. Ausencia de premeditación de las expresiones. La identidad de forma es poco natural y se reputa sospechosa e indicativa de un convenio anterior y común.

En cuanto **al testigo**, las formas exteriores que revelan indirectamente el ánimo del declarante, configuran indicios a partir de su comportamiento, aumentando o disminuyendo la credibilidad así:

- Seguridad Vs. Vacilación

- Calma Vs. Turbación (que se nota en el rostro)

- Desenvoltura de quien dice la verdad Vs. Entorpecimiento del que miente

- Gestos y miradas

En el mismo sentido, Altavilla señala con acierto que la *actitud del testigo* es un criterio relevante a la hora de calibrar la veracidad de su relato, pues "la malicia del falso testigo le inspira actitudes especiales para acreditar su mentira"[1116], dentro de las cuales se encuentran la reticencia, el olvido, el hablar con excesiva desenvoltura, el comenzar a hablar antes de que lo interroguen o la muestra de hostilidad extrema con una de las partes ante preguntas que, en justicia, no lo amerita, entre otros comportamientos típicos.

La doctrina probatoria ha reconocido la existencia de una verdadera sintomatología de la mentira que aflora en el curso del interrogatorio cuando los testigos faltan a la verdad. Conviene tener en cuenta esos criterios al momento de aplicar este método de impugnación en el curso del contrainterrogatorio.[1117]

1116 Altavilla, op. cit., Vol. II, p. 866.
1117 Véase la "*Sintomatología del mentiroso*" expuesta por Quintero Ospina, Tiberio, op. cit, pp. 447 y ss..; también el artículo "*Sintomatología de la mentira*", en *Técnicas del Juicio Oral en el Sistema Penal Colombiano. Lecturas Complementarias*, Programa para una cultura de la oralidad desde la universidad colombiana, Comisión Interinstitucional para el impulso de la oralidad en el proceso penal, USAID/Programa de Fortalecimiento y Acceso a la Justicia, primera edición, Bogotá, 2003, pp. 128 y ss..

A continuación, siguiendo a Altavilla, se presentan brevemente algunos comportamientos indicativos de mentira, o *indignos trucos,* que deben ser advertidos especialmente durante el contrainterrogatorio en cuanto a la forma en que declara el testigo:

1. Las actitudes desdeñosas y agresivas del testigo ante cuestionamientos razonables y respetuosos, del contrainterrogador, así cómo las divagaciones sobre temas impropios. Sobre ello Altavilla enseña:

> El falso testigo de ordinario se mantiene en lo que ha dicho, asume actitudes desdeñosas y agresivas contra quien combate sus afirmaciones trata de eludir la respuesta que encierra la pregunta (..) es frecuente que trate de evadirla, desviándose y entregándose a inútiles divagaciones sobre detalles que carecen por completo de importancia, pero que como se relacionan con el conocimiento de personas y de lugares, le dan al testigo la impresión de que pudiendo afrontar un control acreditan su declaración.[1118]

2. Cuando el testigo solicita injustificadamente la repetición de preguntas cortas, claras y precisas. Se ha escrito con razón que "el hacer repetir la pregunta, tanto como el fingir no haberla entendido, son medios para ganar tiempo y reflexionar, cuando no se tiene lista la respuesta".[1119]

3. Cuando el testigo finge el propósito de no declarar para, posteriormente,"ante reiteradas insistencias, como quien pretende que la verdad se le arranque de los labios, [terminar] por decir sus mentiras".[1120]

4. El evidente favorecimiento del testigo hacia una de las partes sobre aspectos triviales a costa de la concesión de aspectos centrales hacia la parte que lo convocó. Sobre estos eventos Altavilla expresa lo siguiente:

> ... se dejan sorprender en insignificantes falsedades, que evidentemente favorecen a una de las partes, y en esta forma con-

1118 Ibid, p. 867.
1119 Ibid, p. 868.
1120 Ibid, p. 866.

> vencen al juez de una especial tendencia espiritual, y cuando a insistencias y amenazas de quien interroga, terminan por decir cosas graves contra aquél a quien parecía que querían favorecer, aparecen seguramente como veraces, y nadie sospecha lo indigno del truco.[1121]

5. El mostrarse los testigos "como invadidos por un sentimiento de compasión, preocupados por su amistad, hasta el punto de que parece que hablan con dolor, que se resignan con angustia a cumplir el lastimoso deber de decir la verdad, y no son sino desvergonzados mentirosos".[1122]

6. Cuando el testigo durante el contrainterrogatorio, al ser cuestionado sobre determinado aspecto crítico, adopta un comportamiento consistente en mirar repetidamente hacia el sitio donde se encuentra ubicada la parte que lo convocó. Frente a este comportamiento del testigo adverso el abogado puede pedirle respetuosamente al testigo que mire a quien lo contrainterroga. Esta solicitud respetuosa tiene el propósito de asegurar que el juzgador capte el incidente.[1123]

Al respecto, F. Lee Bailey recuerda que cualquier mirada del testigo hacia el lugar donde se encuentra el abogado que lo examinó directamente "será advertida y se interpretará como una petición de una señal", ante lo cual el contrainterrogador puede proceder asestando un golpe en la forma de una pregunta como esta:

> - Señor testigo, veo que usted mira continuamente al abogado después de que le hago las preguntas; ¿sería tan amable de decirme por qué le parece necesario hacerlo?[1124]

Por último debe decirse que la impugnación mediante el comportamiento del testigo debería reservarse para casos en los cuales se tenga el convencimiento de que el testigo esta mintiendo deliberadamente.

1121 Ibid, pp. 866-867.
1122 Ibid, p. 867.
1123 La aplicación de éste método se aprecia en Nizer, op. cit., p. 336: "El demandado miraba con evidente angustia hacia donde estaba su abogado, como un pugilista acosado que busca consejo en su rincón del ring. Cuando le dije rápidamente que me mirara a mí, lo hizo. Eso, obligó al jurado más aún a notar el incidente".
1124 Bailey, *Como se Ganan los Juicios*…, op. cit., p. 150.

Esto por cuanto no parece razonable convertir en foco de ataque a un testigo por las vacilaciones e inseguridades de su comportamiento, cuando ello puede ser producto de un error honesto o del simple nerviosismo que le produce el acto de declarar.

Al respecto son sabias las advertencias de Wellman al tratar el tema del testigo perjuro:

> Permitámonos primero estar seguros de que tenemos razón en nuestra estimación de que él piensa cometer falso testimonio. La turbación es uno de los síntomas del perjurio, pero no significa siempre eso. La novedad y dificultad de la situación - ser llamado para testificar en una sala llena de personas, con abogados en todas partes listos para ridiculizar o abusar-a menudo turbará al testigo de la más alta integridad. Además algunas personas son constitucionalmente nerviosas y nada podría hacerse al respecto cuando testifiquen en una Corte abierta. Permitámonos estar seguros de que nuestro testigo no es uno de éste tipo antes de que lo sometamos a esa particular forma de tortura que tenemos reservada para el perjuro.[1125]

3.6. Otras 'técnicas' de Impugnación.

Algunos autores[1126] se refieren a otras técnicas o métodos de impugnación distintas de las aquí enunciadas, como las siguientes:

- La recusación o impugnación demostrando el interés, prejuicio o parcialidad.

- La recusación mediante prueba de malas acciones, antecedentes penales o en general el carácter o la conducta inmoral del testigo.

- La recusación en cuanto a percepciones, memoria y comunicación.

1125 Wellman, *The Art of Cross-examination*, op. cit., pp. 47-48, traducción propia.
1126 Así, Chiesa Aponte, op. cit., Tomo III, p. 325; T. Mauet, op. cit., pp. 279 y ss.

El artículo 403 de la Ley 906 de 2.004 refiere estos métodos de impugnación cuando señala los aspectos sobre los que se puede cuestionar la credibilidad del testigo:

> Artículo 403. *Impugnación de la credibilidad del testigo.*
>
> La impugnación tiene como única finalidad cuestionar ante el juez la credibilidad del testimonio, con relación a los siguientes aspectos:
>
> (...)
>
> 2. Capacidad del testigo para percibir, recordar o comunicar cualquier asunto sobre la declaración.
>
> 3. Existencia de cualquier tipo de prejuicio, interés u otro motivo de parcialidad por parte del testigo.
>
> (...)
>
> 5. Carácter o patrón de conducta del testigo en cuanto a la mendacidad. (...)

Metodológicamente es conveniente diferenciar *las áreas* que pueden ser objeto de impugnación de *la técnica* de impugnación en cuanto tal.

Pueden aplicarse muchos criterios a la hora de clasificar los tipos de impugnación. Por ejemplo, es posible elaborar una clasificación de las técnicas de recusación atendiendo a las áreas a tratar.

En realidad, nótese que no se trata en sí de distintos *métodos* de recusación, sino de *áreas* o *materias* que pueden ser objeto de exploración al poner en marcha el procedimiento de impugnación.

El método de la recusación ya ha sido aquí explicado; básicamente puede sintetizarse que toda recusación responde al esquema de *extracción*, *cierre* y *refutación*.

Los materiales o áreas sobre los que pueda recaer el método de la recusación no son el método mismo. La diferencia entre lo

uno y lo otro es la misma que existe entre el procedimiento de aprender a disparar un arma de fuego y los tipos de munición con que puede cargarse. El método de la recusación es el procedimiento para aprender a disparar el arma; las áreas del contrainterrogatorio son la munición.

Por eso, en cuanto a las *áreas* que pueden ser objeto de impugnación el lector debe remitirse al capítulo correspondiente.[1127]

Leibowitz, Editorial Constancia, México, Catorceava Edición, 1969, Título del original ingles: "Courtroom".

1127 Véase el capítulo sobre *Las Áreas del Contrainterrogatorio.*

BIBLIOGRAFÍA

Adams, James R.; Gilmore, Horace G.; Sawyer, Loren L.; Whinery, Leo H., *Evidence Reference Book*, The National Judicial College – American Bar Association, Reno (Nev.), 1983, USA.

Adip, Amado, *Prueba de Testigos y Falso Testimonio*, Depalma, Buenos Aires, 1977.

Alcaraz Varo, Enrique y Huges, Brian. *Diccionario de Términos Jurídicos*. Ingles – Español Spanish - English, Ariel, Barcelona, 2ª Edición.

Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

Altavilla, Enrico, *Sicología Judicial*, Temis, Bogotá, 1975.

Alzate Noreña, Luis, *Pruebas Judiciales*, Editorial ABC, Bogotá, 1.944.

Arciniegas Martínez, G. Augusto, *Investigación y Juzgamiento en el Sistema Acusatorio*, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2.005.

Autores varios, *Oraciones Forenses Colombianas*, Editorial Temis, Bogotá, 1.971.

Autores varios, *Memorias del Plan Nacional de Entrenamiento para Defensores Públicos*, Tomos I y II, Defensoría del Pueblo – Programa Justicia USAID. MSD, Bogotá, 1999.

Autores varios, *Garantismo, Eficiencia y Reforma Procesal Penal en Colombia*, Corporación Excelencia de la Justicia, Editorial Tercer Mundo Editores, Bogotá, 1999.

Bailey, F. Lee, *Como se ganan los juicios. El abogado litigante*, Editorial Limusa – Grupo Noriega Editores, Novena reimpresión, México, 2002, Título del original ingles: "To Be Trial Lawyer".

Bentham, Jeremy. *Tratado de las Pruebas Judiciales*, Editorial Jurídica Universitaria, México, 2001.

Berg, David H., *Blind Cross-examination*, en http://www.bafirm.com/articles/blindcross.html

Bergman, Paul, *La Defensa en Juicio. La defensa penal y la oralidad*. Abeledo Perrot, Segunda Edición, 1995, Título del original ingles: "Trial Advocacy in a Nutshell".

Bernal Cuellar, Jaime y Montealegre Lynett, Eduardo, *El Proceso Penal*, Externado de Colombia, 3ª edición, Bogotá, 1997.

Brown, Kenneth S. & Blakey, Walker J., *Evidence*, Black Letter series, West Publishing Co., St.. Paul, Minn., 1984.

Brownlee, E. Gardner, *Objections to evidence. Trial Judges Guide*, National College of the State Judiciary, Montana, 1974.

Burke, P. M. y Pietrafesa, G. A., *An Introduction to Cross-examination*, en http://www.crelaw.com/crossexamination.pdf.

Cabrera Polanco, Omar y Cabrera Zuleta, Luz Helena, *Procedimiento Penal Aplicado (defiéndase usted mismo)*, Leyer, Primera edición, Bogotá, 1995.

Camargo, Pedro Pablo, *Manual de Enjuiciamiento Penal Colombiano. Sistema Acusatorio y Juicio Oral y Público*, Ed. Leyer, Bogotá, 2004.

Carrió, Genaro R., *Como estudiar y como argumentar un caso*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999.

Cleary, Thomas, *El Arte de la Estrategia*. Ideas creativas basadas en la antigua sabiduría china, Edaf, Arca de sabiduría, Madrid, 12ª edición, 2002

Concha, José Vicente, *Elementos de Pruebas Judiciales*, Librería Americana, Quinta edición revisada, Bogotá, 1.929.

Couture. *Vocabulario Jurídico*, Segunda reimpresión, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1983,

Cueto Rua, Julio Cesar, *El Common Law. Su estructura normativa su enseñanza*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 136.

Checchi and Company Consulting Colombia, *Técnicas del Juicio Oral en el Sistema Penal Colombiano. Libro del Discente*, Comisión Interinstitucional para el impulso de la Oralidad en el proceso penal, Quebecor World, Bogotá, 2003.

Checchi and Company Consulting Colombia,T*écnicas del Juicio Oral en el Sistema Penal Colombiano.Lecturas Complementarias,* Comisión Interinstitucional para el impulso de la oralidad en el proceso penal, documento elaborado por, Bogotá, 2.003

Checchi and Company Consulting Colombia, *Técnicas del Juicio Oral en el Sistema Penal Colombiano. Guía del Docente*, Comisión Interinstitucional para el impulso de la Oralidad en el proceso penal, Quebecor World, Bogotá, 2003.

Chiesa Aponte, Ernesto L., *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, Ed. Forum, Bogotá, 1995, 3 Vols.

Defensa del Coronel Rafael Uribe Uribe., Tipografía industrial de Medellín, Segunda edición, Medellín, 1930.

Devis Echandía, Hernando, *Teoría General de la Prueba Judicial*, 3ª Edición, 1974, 2 Vols.

Escobar López, Edgar, *Temas de Derecho Probatorio Penal*, Leyer, Bogotá, 1.999.

Escobar Mejía, J. Guillermo, *Conceptos Fiscales por los que nacen procesados,* Temis, Bogotá, 1985.

Escudero Alzate, Maria Cristina; Ruiz Salazar, José Armando; Rivera Martínez, Alfonso; Leal Pérez, Hildebrando; Isaza Cadavid, Germán; Gómez Sierra Francisco; Arboleda Vallejo, Mario, *Práctica General del Derecho*, 17ª edición, Leyer, Bogotá, 2005.

Espinoza Rausseo, Alexander, *Derecho Constitucional en Alemania y Austria. Principios constitucionales y derechos fundamentales,* Tipografía Principios, Caracas, 1997.

Eymeric, Nicolau, *Manual de Inquisidores*, Editorial Planeta, Bogotá, 1999.

Falcón y Tella, Maria José, *Concepto y Fundamento de la Validez del Derecho,* Civitas, Madrid, 1.994.

Falcón, Enrique M., *Como se ofrece y se produce la prueba. La audiencia preliminar.* Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001.

Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal,* Ed. Trotta, 2ª edición, Madrid, 1997.

Ferri, Enrico, *Defensas Penales*, Temis, Traducción de Jorge Guerrero, 2ª edición, Bogotá, 1.969.

Fierro-Méndez, Heliodoro, *Manual de Derecho Procesal Penal. Sistema Acusatorio y Juicio Oral*, Leyer, 3ª edición, Bogotá, 2005.

Florian, Eugenio, *De las Pruebas Penales. De la Prueba en General*, Temis, Bogotá, Tomo I, 1968.

Forero Bautista, José M., *Práctica Forense Penal*, Ediciones Jurídica Colombiana, Bogota, 1992.

Framarino Dei Malatesta, Nicola, *Lógica de las Pruebas en Materia Criminal*, Temis, Bogotá, 4ª Edición, 1995.

Gaitán, Jorge Eliécer, *Defensas Penales*, Temis, Bogotá, 1976.

Galeano Rey, Juan Pablo y Bernate Ochoa, Francisco, *Técnicas Penales del Juicio*, Edición textos de jurisprudencia, Universidad El Rosario, Bogotá, 1ª edición, 2002.

Gavara de Cara, Juan Carlos, *Derechos Fundamentales y Desarrollo Legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.

Goldberg, Steven H. *Mi Primer Juicio Oral: ¿Dónde me siento y que diré?*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1994, título original: "THE FIRST TRIAL: Where Do I Sit? What Do I Say?".

Gómez Jiménez, John Jairo, *Las Pruebas en el Nuevo Código de Procedimiento Penal*, Librería Jurídica Sánchez, Medellín, 2001.

Goode, Steven & Wellborn III, Olin Guy, *Courtroom Evidence Handbook*, Second edition, Student edition, Wets Group, St. Paul, Minn., 1997.

Gorphe, Francois, *La Crítica del Testimonio*, Reus, Madrid, 1985,

Gorphe, Francois, *Apreciación Judicial de las Pruebas. Ensayo de un método técnico. Temis, Bogotá, 1985,*

Grimes, William A., *Grimes Criminal Law Outline 1998-1999*, The National Judicial College - American Bar Association, University of Nevada, Reno, 1998, USA.

Guzmán Díaz, Carlos A., *Procedimiento Penal Aplicado*, Temis, 8ª edición, Bogotá, 1.984.

Hegland, Kenney F., *Manual de Prácticas y Técnicas Procesales*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1995. Título original: "Trial and Practice Skills in a Nuthsell".

Hoyos, Arturo, *La Interpretación Constitucional*, Temis, Bogotá, 1993.

Hoyos Botero, Consuelo, *Manual de Psicología Jurídica*, Señal Editora, Primera edición, Medellín, 1999.

Isaza Cardozo, Jorge, *Manual de las Pruebas Judiciales*, Editorial ABC, Primera edición, Bogotá, 1969.

Inchausti, Miguel Angel y Desimoni Luis María, *El Plenario Oral en el Nuevo Proceso Penal*, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1995.

Iturralde, Norberto Juan y Büsser, Roberto A., *El Juicio con Debate Oral*, Rubinzal-Culzoni editores, Buenos Aires, 1993.

Jiménez Vargas, Nancy y Vargas Jiménez, Pedro Pablo, *215 Preguntas Claves sobre el Sistema Penal Acusatorio. Críticas al proyecto de procedimiento penal*, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 2.004

Londoño Jiménez, Hernando, *El Homicidio Ante Jurado*, Editorial Temis, 1976.

Londoño Jiménez, Hernando, *Confesiones de un Penalista. Ensayos sobre Práctica Forense Penal*, Temis, Bogotá, 1.979.

López Medina Diego Eduardo, *El Derecho de los Jueces*, Legis, primera reimpresión, Bogotá, 2001.

Marín, Adriana y Murcia, Lizette Adriana, *Elaboración de la Línea Jurisprudencial sobre Defensa Técnica en la Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Penal*, en *La Defensa*, Revista de la Defensoría Pública de Colombia.

Mauet, Thomas A. *Fundamentals of Trial Techniques*, Little, Brown and Company, Boston-Toronto, 1980.

Megargee Brown, Peter, *The Art of Questioning.Thirty maxims of cross- examination*, Macmillan, 1987, USA.

Mesa Prieto, Guillermo, *Código Judicial Colombiano (Ley 105 de 1931) y disposiciones adicionales*, Editorial Cromos, 5ª Edición, Bogotá, 1944.

McCurley, M. y Mercier, K. W., *Cross-examination*, en http://www.aaml.org/cross-ex.htm

Mira y López, Emilio, *Manual de Psicología Jurídica*, El Ateneo, Buenos Aires, 1961.

Miranda Estrampes, Manuel, *La Mínima Actividad Probatoria en el Proceso Penal*, Bosch, Barcelona, 1997.

Mittermaier, C.J.A., *Tratado de la Prueba en Materia Criminal*, Octava Edición, Reus, Madrid, 1929.

Nations, Howard L., *Cross-Examination*, en http://www.howardnations.com/crossexamination/cross_ex.htm

Nizer, Louis. *Mi Lucha en los Tribunales*, Editorial de Ediciones Selectas, Buenos Aires, Traducción del Ingles de León Miras, 1963. Título del original ingles: "My Life in Court".

Núñez Cantillo, Adolfo, *Práctica Forense Usual*, Librería del Profesional, Bogotá, 1981.

Olano Valderrama, Carlos Alberto, *Tratado Técnico Jurídico sobre Accidentes de Circulación y Materias Afines*, Editorial Andes, Bogotá, 1975.

Olano Valderrama, Carlos Augusto, *Audiencias Célebres de Todos los Tiempos*, Imprenta de las Fuerzas Militares, 1ª edición, Vol. I, Bogotá, 1.977.

Ortiz Rodríguez, Alfonso, *Lecciones de Derecho Probatorio Penal. Análisis de las Pruebas en el Nuevo Código de Procedimiento Penal*, Impresos Baena Garcés, 1ª edición, Medellín, 1987.

Osorio Isaza, Luis Camilo y Morales Marín, Gustavo, *Proceso Penal Acusatorio. Ensayos y Actas*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2.004.

Pabón Gómez, Germán, *De la Casación y la Revisión Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Doctrina y Ley, Bogotá, 1999.

Parra Quijano, Jairo, *Tratado de la Prueba Judicial. El Testimonio*, Librería del Profesional, 5ª Edición, Bogotá, Vol. I, 1996.

Peces-Barba, Gregorio, *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Eudema Universidad. Madrid, 1988.

Peláez Vargas, Gustavo, *Manual de Pruebas Penales*, Colección Jurídica Bedout, Primera edición, Medellín, 1.975.

Pérez, Luis Carlos, *La práctica Jurídico Penal. Estudios sobre casos concretos,* Ediciones Universidad Libre. Colección Benjamín Herrera – Volumen 4º, Bogotá, 1964.

Platón. *Diálogos*. Estudio Preliminar de Francisco Larroyo, Ed. Porrúa, 25ª edición, México, 1998, pp. 6-9.

Prieto Sanchis, Luis, *Estudios sobre Derechos Fundamentales*, Editorial Debate, Madrid, 1990.

Puyana García, Germán, *¿Cómo somos? Los Colombianos. Reflexiones sobre nuestra idiosincrasia y cultura*, Bhandar editores, Bogotá, Segunda edición, 2.002

Quintero Ospina, Tiberio, *Práctica Forense Penal. El Nuevo Código de Procedimiento Penal en la Teoría y en la Práctica*, Ed. Abc, 1ª edición, 1972.

Quintero Ospina, Tiberio, *Práctica Forense Penal. Pruebas*, Librería Jurídica Wilches, Vol. II, Bogotá, 1982.

Ramírez Bastidas, Yesid, *El Juicio Oral en Colombia*, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 2004.

Reynolds, Quentin, *Sala de Jurados. La Historia de Samuel S. Leibowitz*, Editorial Constancia, México, Catorceava Edición, 1969, Título del original ingles: "Courtroom".

Reyes Medina, Cesar; Solanilla Chavarro, Cesar Augusto y Solórzano Garavito, Carlos Roberto, *Sistemas Procesales y Oralidad Procesal (Teoría y Práctica)*, Ediciones Nueva Jurídica, Primera edición, Bogotá, 2003.

Rivera Martínez,Alfonso,Alfonso,*Práctica Forense Civil*,Leyer, Bogotá, Primera edición, 1994.

Rocha,Antonio,*De la Prueba en Derecho*,Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1949.

Rodríguez, Orlando Alfonso, *El Testimonio Penal y sus Errores*,Temis, Bogotá, 1985.

Rodríguez R. Gustavo Humberto, *Pruebas Penales Colombianas*,Tomo II,Temis, Bogotá, 1970.

Romero Soto, Julio, *Psicología Judicial y Psiquiatría Forense*, Editorial Presencia, Bogotá, 1973.

Romero Soto, Julio y Romero Álvarez, Rocío, *Técnica Jurídica de Investigación e Interrogatorio*, Librería del Profesional, 1ª edición, Bogotá, 1989.

Romero Soto, Julio y Romero Álvarez, Rocío, *Técnica Jurídica de Investigación e Interrogatorio*, Ediciones Librería del Profesional, 3ª Edición actualizada, Bogotá, 2003.

Salazar Pineda, Gustavo, *Guía Forense para Fiscales y Litigantes. Manual de Práctica Forense Penal*, Editora Jurídica de Colombia Ltda., Primera edición.

Sandler, Paul Mark, *Dealing With The Mendacious Witness In A Civil Trial*, documento electrónico obtenido de internet, página no disponible en la actualidad.

Schwartz,Louis E.,*Proff, Persuasion and Cross – Examination. A Winning New Approach In The Courtroom*, Executive Reports corporation, Englewwod Cliffs, New Jersey, 1978, Vols. I y II.

Scriche, Joaquín, *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, Editorial Temis, Bogotá, 1977, edición corregida y aumentada por Juan B. Guim, 4 Vols.

Solano Sierra, Jairo Enrique, *Práctica Forense Administrativa*, Librería del Profesional, Quinta edición, Bogotá, 1996.

Sosa Aedita, Enrique A. y Fernández, José, *Juicio Oral en el Proceso Penal*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1994.

Suárez Sánchez, Alberto, *El Debido Proceso Penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.

Sun Tzu, *El Arte de la Guerra*, Introducción de F. Arbelaez, Electra, 3ª edición Bogotá, 1993.

Taruffo, Michele, *La Prueba de los Hechos,* Editorial Trotta, Madrid, 2002.

Valencia Correa, Alonso, *Práctica Forense,* Editorial Universidad del Cauca, 1950.

Vanegas González, David, *Estructura del Proceso Penal. La Investigación y el Juzgamiento en los Delitos en el Proyecto de Código de Procedimiento Penal*, Dike, 3ª edición, Bogotá, 2004.

Voorhees, Donald S., *Manual on Recurring Problems in Criminal Trials*, Federal Judicial Center, 4th edition, Edited by Genevra Kay Loveland & Kris Markarian, 1996, USA.

Wellman, Francis L., *The Art of Cross-examination*, Dorset Press, New York, Fourth Edition, 1986.

Wenke, Robet A., *Making and Meeting Objections II*, Ritcher Publications, California, 1986, USA.

Wigmore, John Henry, *The Principles of Judicial Prof.As given by logic, psychology, and general experience and illustrated by judicial trials,* William S. Hein & Co., Inc, Buffalo, New York, Second Printing, 2000.

Yaya Martínez, Carlos, *Práctica Forense Administrativa*, Editorial Legis, Primera edición, Bogotá, 2002.

Zuleta Estanislado, *Arte y Filosofía*, Editorial Percepción, Primera edición, Medellín, 1986.

Este libro se termino de imprimir,
En junio de 2005, en la planta industrial de
Legis S.A.
Av. Calle 26 N° 82-70 Tel. 4255255 A.A. 98888
Bogota, D.C.- Colombia

El Contrainterrogatorio

Estudio sobre la práctica de la prueba testimonial adversa

La obra expone los fundamentos constitucionales del derecho fundamental al contrainterrogatorio de los testigos de cargo. Se ocupa de contextualizar el ejercicio de esta garantía procesal en la práctica forense, presentando los diversos aspectos, matices y variantes que caracterizan el trascendental arte del contrainterrogatorio.

Alejandro Decastro González

El autor es abogado egresado de la Universidad de Medellín, Especialista en Derecho Constitucional Comparado de la Universidad Externado de Colombia en convenio con la Universidad Autónoma de Madrid, abogado litigante, defensor público, profesor universitario de pregrado y postgrado, asistió al entrenamiento en juicios orales en el *National Judicial College* en Reno (Nevada, USA), conjuez de la Sala Penal de los Tribunales Superiores de Medellín y Antioquía, de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia y del Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia.

ISBN 958-33-7828-3

9 789583 378287 >

LIBRERÍA JURÍDICA COMLIBROS