

Trabajo final de máster

Máster en Razonamiento Probatorio

**Título: LA PREPARACIÓN DEL TESTIMONIO: UN FALSO
MANTRA, CARGADO DE RIESGOS EPISTÉMICOS**

Alumno/a: JUAN SEBASTIÁN FAJARDO VANEGAS

Tutor/a: Dr. JORDI FERRER BELTRÁN

Convocatoria (05/2023)

LA PREPARACIÓN DEL TESTIMONIO: UN FALSO MANTRA, CARGADO DE RIESGOS EPISTÉMICOS.

1. Fijación del objeto de análisis: la preparación del testimonio, un novedoso mantra sumido en la ambigüedad.

La incorporación del método de enjuiciamiento criminal “adversarial” anglosajón a los sistemas jurídicos latinoamericanos trajo toda suerte de beneficios para el proceso penal. No sólo en términos de eficiencia y duración de los procedimientos –que no es poco–, sino principalmente en un ostensible aumento de garantías: la contradicción y la publicidad como pilares fundamentales del juicio; la existencia de un juez constitucional de control de garantías encargado de dirimir las cuestiones relativas a la restricción o privación de derechos fundamentales, y un sistema recursivo amplio y omnicomprensivo, son solo algunos ejemplos de los beneficios que las cortes y la doctrina latinoamericana han identificado (Corte Constitucional Colombiana, sentencia C-1194, 2004; Baytelman y Duce, 2016; Sintura et al., 2005).

No obstante, el movimiento reformista también produjo la incursión de un nuevo concepto. Uno tan controversial como peligroso para la búsqueda de la verdad como fin institucional de la actividad probatoria en el proceso judicial: la preparación del testimonio. Un concepto que, como mostraré a lo largo de este texto, viene a constituirse en un problema más, al margen de todos los que ya aquejan a la prueba testimonial (De Paula, 2019). Si el “estado de cosas” sobre la prueba testimonial –sus problemas de fiabilidad y lo sensible que resulta a contaminaciones de todo tipo– que ha encontrado la psicología del testimonio ya es preocupante (Mazzoni, 2019; Manzanero, 2008; Loftus, 1991; Diges, 2011), el panorama se torna aún más sombrío al sumar al balance la posibilidad de que las partes adelanten reuniones de preparación con los testigos, en la más absoluta reserva –lo que incluye la ausencia de registro sobre lo acontecido– y sin ningún tipo de regulación sobre lo legítimo, lo conveniente, y lo que no lo es.

La afirmación según la cual el abogado que pretenda practicar un testimonio en juicio oral en respaldo de su hipótesis “debe” prepararlo previamente, se ha convertido en un mantra que, sin la necesaria reflexión sobre los peligros que representa, se repite en los distintos escenarios académicos y judiciales en los que de una u otra forma se discuten el derecho procesal penal y las herramientas de litigación. La existencia del mantra, en el ámbito latinoamericano, se corrobora al acudir a los principales manuales de litigación penal oral que, producto del esfuerzo reformista, han publicado reconocidos doctrinantes, así como diversas entidades oficiales, con notable éxito en su difusión.

Los 10 manuales latinoamericanos de litigación penal en el sistema adversarial consultados (USAID Colombia, 2003; Fiscalía General de Colombia, 2009; USAID Colombia et al., 2009; Lorenzo, 2013; Espinosa, 2014; Rua, 2015; Baytelman y Duce, 2016; Cadena, 2019; Blanco et al., 2021) –que, curiosamente, incluyen un manual que pretende establecer lineamientos éticos para la litigación oral (CEJA, 2022)– consideran apropiado y legítimo que el abogado adelante reuniones de preparación con el testigo. La mayoría de ellos considera, de hecho, que no se trata de una simple facultad, sino de un auténtico deber que responde principalmente –afirman– a la necesidad de precisar el conocimiento del testigo y prepararlo para brindar su declaración de la forma más eficiente posible.

La postura general se sintetiza en el texto *“Lineamientos para un código de ética de la litigación penal”* del organismo intergubernamental Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), cuando afirma que *“...es un deber profesional y desde luego una práctica fundamental que resulta recomendable para permitir un mejor control de la información que se incorporará ante el Tribunal de Control o Garantías o bien ante el Tribunal Oral”* (CEJA, 2022, p. 88).

Dejando de lado por un instante el análisis doctrinal y descendiendo concretamente al ámbito judicial colombiano, se encuentra que, aun cuando no existe una sola norma en el ordenamiento jurídico sobre la preparación de los testigos, ni pronunciamiento al respecto de la Corte Suprema de Justicia, tribunales regionales del país sí han afirmado que *“...es menester dejar en claro que la Sala no reprocha que las partes preparen a sus testigos sobre*

lo que vayan a declarar en el juicio...” (Tribunal Superior de Pereira, 2014). En un juicio distinto, un tribunal regional diferente también le reprochó al fiscal del caso, sin precisar la fuente de su manifestación: “...es un deber que está en el código preparar, preparar a sus testigos” y, ante la reacción desconcertada del fiscal, se reiteró “...usted entenderá qué quiso decir el legislador cuando facultó a las partes para preparar a sus testigos...” (Tribunal Superior de Bogotá, 2022).

Si bien la doctrina replica a modo de *máxima* el deber de preparación de los testigos, lo cierto es que en ninguno de los 10 textos analizados se cita con precisión el supuesto fundamento normativo, en cada ordenamiento jurídico, de la afirmación –más allá de algunas referencias a la “lógica del sistema penal acusatorio” (Lorenzo, 2013, p. 171)–. No obstante, el origen de la idea puede encontrarse con facilidad en la jurisprudencia, la doctrina y la regulación del ejercicio de la abogacía norteamericana. Tres breves ejemplos sirven como fundamento de esta idea:

Primero. En 1979 la Corte Suprema de Carolina del Norte señaló “*no es impropio que el abogado prepare al testigo para el juicio (...) Esa preparación es la marca distintiva del buen abogado litigante (...) y debe ser recomendada porque promueve una administración de justicia más eficiente y le ahorra tiempo a la Corte*” (State V. McCormick, 1979).

Segundo. En la doctrina anglosajona se encuentran afirmaciones en este sentido “*La preparación del testimonio no solo es aceptada, sino también vista como necesaria para la representación del cliente*” (Henning, 2010, p. 2). Se ha dicho, también, que “*la literatura practica ve la ausencia de entrevista con el testigo antes del juicio como una combinación de incorrección estratégica y marcada negligencia*” (Applegate, 1989, p. 287). El concepto se encuentra desarrollado de forma tan radical en un sector de la doctrina que incluso se ha afirmado que “*a pesar de que tengan una gran carga de casos o compromisos personales, los abogados deben preparar al testigo para su declaración de forma profunda. La omisión de preparar a los testigos de manera efectiva puede resultar, entre otras, en que el testigo proporcione testimonio que afecte el caso del cliente, así como en sanciones en contra del abogado*” (Grenardo, 2013, p. 2). Antes de continuar, vale advertir, por supuesto, que en la literatura norteamericana hay voces marcadamente disidentes. Precisamente esos

razonamientos disidentes servirán como punto de partida para algunos de los análisis epistémicos que realizaré en el acápite III de este trabajo.

Tercero. Algunos cuerpos normativos destinados a regular el ejercicio de la abogacía en el sistema americano muestran un panorama semejante, y me refiero específicamente al “*Third restatement of the law governing lawyers*”. Se trata de una compilación de lineamientos éticos presentados por el *American Law Institute* —a su vez compuesto por prestigiosos profesores, jueces y abogados—. En la sección 116 salta a la vista el lineamiento según el cual “*el abogado puede entrevistar al testigo con el propósito de prepararlo para rendir su declaración*” (Third restatement, 2000, p. 243). Tal disposición se desarrolla, además, en el comentario (b) del mismo cuerpo, y cierra con una afirmación contundente “*desde las prácticas de litigación uniformemente seguidas en Estados Unidos, el abogado puede entrevistar al testigo antes de su declaración*” (Third restatement, 2000, p. 244).

Puede concluirse que, según la posición mayoritaria, en el sistema de enjuiciamiento criminal de los Estados Unidos la preparación del testimonio es concebida como una *práctica de litigación uniformemente aceptada y la marca distintiva de un buen abogado litigante* —el propósito de este trabajo radica en cuestionar esa afirmación, pero de ello me ocuparé en otro acápite— pero por ahora basta con resaltar que el origen del mantra se encuentra en la regularidad de la práctica en el contexto americano.

Lo anterior es problemático, claro, pero considero que más grave aún resulta el hecho de que al importar una práctica foránea no se lleven a cabo esfuerzos rigurosos para delimitarla conceptualmente. Los manuales consultados se han limitado en afirmar que el abogado no puede inducir al testigo a mentir, a tergiversar la verdad, o incorporar información en su memoria. pero esta obviedad es apenas la superficie de la problemática. Nótese, por ejemplo, que de los 10 textos académicos analizados, sólo en uno de ellos se advierte que los abogados “*deben ser conscientes de la posibilidad de influir de manera inapropiada en el testimonio de un testigo sin ninguna intención de hacerlo*” (Blanco et al., 2021), pero sin explicar cuáles son las conductas que, involuntariamente, pueden generar esos resultados, o cuáles son las tipologías de sesgos cognitivos que deberían evitarse en ese contexto.

La invocación de la “facultad/deber” de preparar a los testigos, en semejante contexto de abstracción, no es un “crimen sin víctimas”. Se trata de una problemática muy seria que genera devastadores efectos y graves riesgos en, al menos, dos dimensiones claramente identificables: en primer lugar, en contra de la búsqueda de la verdad (dimensión epistémica) y, en segundo lugar, en contra de los propios abogados litigantes (dimensión sancionadora).

En la dimensión epistémica pueden identificarse dos grandes riesgos. El primero es que las reuniones de preparación del testimonio suponen la generación del escenario propicio –*la tormenta perfecta*– para la contaminación del testimonio. Un riesgo muy intenso aun cuando abogados y testigos actúen de buena fe y sin ánimo fraudulento, pero devastador cuando a los participantes sí los llega a mover tal propósito. Sergey Vasiliev, profesor de la Universidad de Amsterdam, lo explica así:

“En el contexto adversarial, los abogados de la fiscalía y la defensa están concentrados en ganar el caso y tienen fuertes incentivos para instar a los testigos para decorar la Corte con historias convenientes. La alineación de intereses (...) aumenta los riesgos de colusión en el sentido de generar una versión revisionista y mutuamente satisfactoria de los eventos pasados, basándose en *cuasi-hechos* y no en la verdad. (...)se produce una fuerte tentación para ellos de utilizar el conocimiento obtenido durante la preparación del testimonio para hacer más plausibles las historias que les convienen, en un sentido que no necesariamente corresponde con la verdad” (Vasiliev, 2011, p. 53)

Uno de los profesores norteamericanos que con mayor vehemencia, desde hace décadas, ha sentido su voz disidente es Bennet Gershman. Sobre la probabilidad de contaminación involuntaria del testigo, producto del desconocimiento sobre sus riesgos, explica:

“Parece que muchos fiscales no son conscientes de hasta qué punto el genuino interés que ellos expresan de forma verbal o no verbal en ciertos hechos, o la decepción que reflejan cuando un testigo no conoce determinado hecho, puede llevar a invitar a los testigos a decir lo que ellos quieren que diga” (Gershman, 2002, p. 843)

Ahora, el segundo riesgo surge del carácter privado y carente de registro del que gozan las reuniones de preparación del testimonio. Con ello se genera un riesgo enorme para las posibilidades de contradicción de la contraparte. Si la interacción no fue video/grabada, resulta complejo determinar si se produjo alguna contaminación al testimonio, mucho menos su causa o sus efectos. Qué dijo el abogado, cómo reaccionó ante las respuestas del testigo, cómo se llevaron a cabo las “simulaciones de interrogatorio”, qué evidencias le expusieron al testigo, entre otras, son cuestiones que jamás llegarán al conocimiento de la contraparte ni del juez encargado de la causa con mediana fiabilidad.

Resulta escalofriante encontrar que algunos manuales surgidos en el seno del movimiento reformista realizan dos afirmaciones preocupantes. Una sobre la posibilidad de hacer preguntas sugestivas y otra, a modo de recomendación, acerca de la ausencia de registro de la reunión. La primera: *La ventaja de este repaso sobre los hechos es que, al no haber límites en la entrevista previa -como ser (SIC) la prohibición de preguntas sugestivas que sí tiene vigencia en el examen directo-, le permite trabajar con mucha claridad sobre lo que realmente sabe el testigo*” (Rua, 2015, p. 186). Y la segunda, que parece el coctel perfecto para la contaminación:

“Usualmente es un acto que no se registra ni se deja copia. Eventualmente un litigante podría registrarlo, situación que lo obligaría a exhibirlo y hacérselo saber a la contraparte para que pueda utilizarlo luego. *Sin embargo, no parece ser aconsejable ese registro, por cuanto ya estaría evidenciando una debilidad* consistente en que estaremos exhibiendo que el testigo ahora recuerda algo que antes de la entrevista no tenía presente, pese a que en esa oportunidad estaba en fecha más cercana a los hechos, Esta circunstancia podría generar ciertas suspicacias sobre la veracidad y credibilidad de ese testimonio” (Rua, 2015, p. 184)

La segunda dimensión en la que se pueden identificar serios riesgos derivados de la preparación del testimonio es la de la responsabilidad disciplinaria –y hasta penal– del abogado. Me refiero justamente a los riesgos que implica para el abogado adelantar una interacción con un testigo sin tener conocimiento preciso acerca de qué puede hacer y qué no, y qué debe hacer y qué no, en el marco de esas reuniones. Ya se vio, a modo de ilustración,

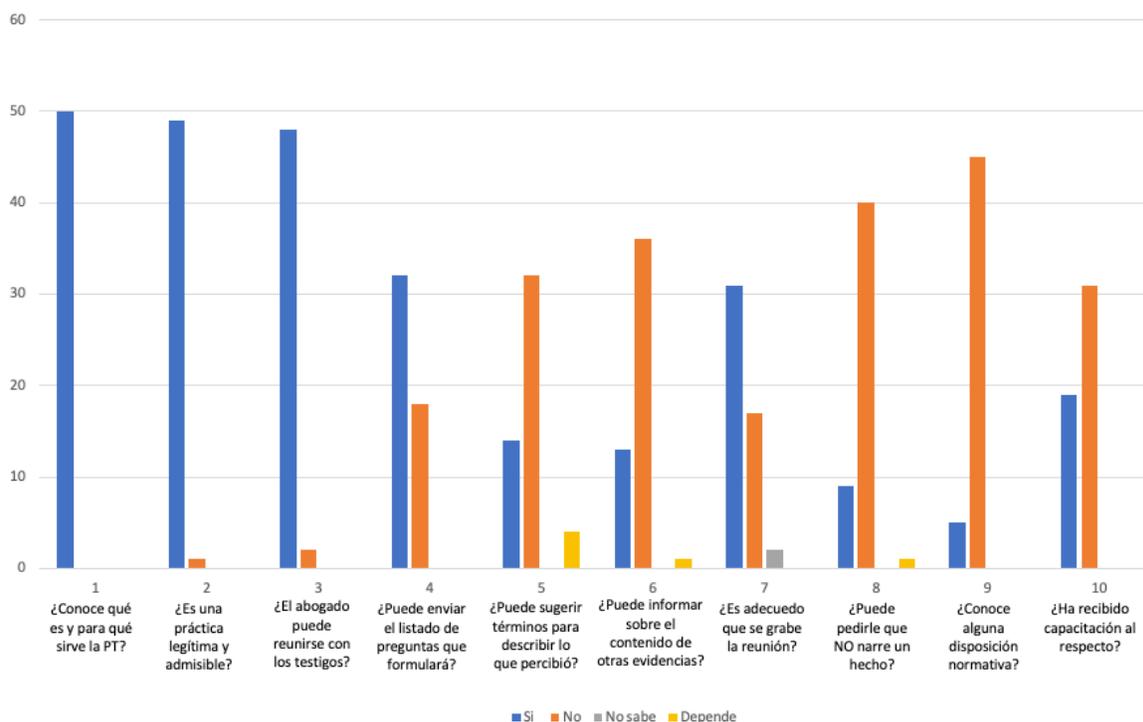
que algún autor llega a aceptar la posibilidad de realizar preguntas sugestivas. Pero hay un ejemplo adicional que ilustra los riesgos disciplinarios a los que se pueden ver supeditados los abogados en este contexto, cuyas causas identificaré inmediatamente después.

El ejemplo se explica a partir de los hallazgos empíricos producto de las encuestas que realizaron los miembros del Semillero de Litigación Penal de la Universidad del Rosario (Colombia) a profesionales del derecho, relacionados desde distintas ópticas y desde distintos roles con del proceso penal. En esa encuesta se formularon preguntas sobre el conocimiento de los abogados respecto de la preparación del testimonio, sus finalidades, límites y riesgos. Las respuestas pueden resumirse así: (i) De los 50 abogados encuestados, 49 considera que la preparación del testimonio es una práctica legítima y admisible; (ii) 32 de ellos cree adecuado que el abogado envíe las preguntas que realizará; (iii) 14 abogados consideran que el litigante puede sugerir los términos que el testigo debe utilizar para describir aquello que percibió; (iv) 13 creen que el abogado puede informar al testigo sobre el contenido de otras evidencias; (v) 17 consideran que no es adecuado que se grabe la sesión de preparación; y (vi) 44 de los encuestados manifestó no conocer alguna ley, decreto o disposición normativa que regule los métodos y límites de la preparación de los testigos. Los 6 que contestaron, curiosamente, que sí la conocían, se limitaron a señalar que se referían a la ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal colombiano) o “el estatuto del abogado”. Normas que, valga aclarar, ninguna mención realizan de la preparación de los testigos.

No obstante, lo preocupante del análisis radica en la pregunta *¿puede el litigante pedirle a un testigo que NO narre un hecho que no le conviene?* Esto es, sin pedirle que lleve a cabo manifestaciones contrarias a la realidad, sin pedirle que mienta, *¿resulta o no legítimo solicitarle al testigo que calle un hecho, circunstancia o detalle determinado?* Casi el 20% de los encuestados contestó afirmativamente.

Aunque en *el enlace* adjunto (Encuestas preparación del testimonio, Semillero de Litigación Penal, Universidad del Rosario, 2023) se encuentra la grabación autorizada de la totalidad de las entrevistas, una visión gráfica de los principales resultados puede retratarse así:

Análisis gráfico de resultados: encuesta sobre preparación del testimonio



Son varias las conclusiones que podrían extraerse de estos resultados, pero por ahora hay una que debe ser resaltada, precisamente por reflejar el riesgo disciplinario al que se ven expuestos un porcentaje de los abogados encuestados –varios de ellos con años de experiencia en el ejercicio profesional–. Me refiero a los que contestaron afirmativamente la octava pregunta. La evidencia empírica –meramente aproximativa, en virtud de la reducida base estadística– parece indicar que varios de ellos se exponen a ser procesados como determinadores de falso testimonio, en el peor de los casos, o a consecuencias disciplinarias, en el mejor. Lo anterior, por cuanto ignoran que pedirle al testigo que omita un hecho, una estrategia aparentemente legítima –pues no implica inducir a mentir ni agregar un dato a su memoria–, en realidad significa que el abogado le está pidiendo al testigo que calle parcialmente la verdad, y ello se corresponde con la descripción típica del falso testimonio en su modalidad conductual omisiva.

La respuesta de este grupo de encuestados pareciera no estar por fuera del límite que en algunos manuales de litigación se ha intentado dibujar entre la preparación lícita del

testimonio y la que no lo es: “*El límite entre la preparación profesional y la preparación ilícita de un testigo se resume en la siguiente fórmula: el abogado no puede incorporar información en la mente del testigo. Puede pedirle que recuerde, puede preguntarle si está seguro, incluso puede decirle que hay aspectos que no le preguntará y que no es información que le interese incorporar en el juicio; pero no puede incorporar información en la mente del testigo*” (Baytelman y Duce, 2016, p. 172).

Los riesgos, entonces, parecen fácilmente identificables. Con John S. Applegate, profesor de la *Indiana University*, podemos sintetizar las causas así:

“Aunque la preparación del testimonio es una práctica que se genera básicamente en todos los juicios, casi nunca es discutida en las facultades de derecho, ni es regulada directamente, sólo en ocasiones es discutida en la doctrina y rara vez es objeto de disputa al interior del litigio. La preparación del testimonio es tratada como uno de los secretos oscuros de la profesión legal. La falta de regulación, guías y discusión académica al respecto ha creado una incertidumbre muy significativa acerca de los tipos y métodos de preparación del testimonio admisibles” (Applegate, 1989, p. 279)

Si en la falta de regulación y enseñanza se encuentran las causas del problema, es hacia allí que deben apuntarse las potenciales soluciones. Este trabajo busca justamente, presentar las bases para un proyecto de regulación detallada de las prácticas relacionadas con la preparación del testimonio, previa distinción de aquellas que pueden calificarse como familiarización del testimonio.

2. En camino a la desambiguación: ¿qué es la preparación y qué es la familiarización del testimonio?

Si los objetivos graduales de este trabajo se han cumplido, para este momento debe estar suficientemente claro que estamos en presencia de un problema –uno más y muy grave– para la prueba testimonial. Ahora, este segundo acápite tiene como propósito central presentar una propuesta de desambiguación del concepto de preparación del testimonio, agregando como facilitador analítico el concepto de la familiarización del testimonio. En estos dos conceptos

se “vaciarán” la totalidad de prácticas que con frecuencia se recomiendan en la literatura jurídica –y en la escasísima jurisprudencia– que aborda el tema.

Antes de ello resulta necesario fijar dos presupuestos indispensables para que el proyecto de desambiguación tenga alguna probabilidad de éxito. El primer presupuesto radica en poner de relieve una circunstancia que seguramente ya se habrá inferido de la lectura del acápite anterior: no existe consenso, en lo absoluto, acerca de cuáles son las prácticas asociadas al concepto de preparación del testimonio que resultan legítimas y recomendables, cuáles son legítimas pero riesgosas, y cuáles derechamente resultan inadmisibles –salvo, como vimos, la prohibición de inducir a declarar falsamente–.

Esta falta de consenso tiene como consecuencia justamente el segundo presupuesto: no resulta sencillo encontrar una definición uniforme, mucho menos precisa o auto-explicativa. Tal es el ejemplo del contexto norteamericano. Sí, hay una cantidad relativamente importante de publicaciones analizando los nefastos efectos de la preparación del testimonio –o defendiendo sus beneficios, según veremos-, pero las definiciones precisas y ricas en descripción brillan por su ausencia.

Uno de los ejemplos claros de esta pobreza descriptiva surge al acudir al manual *“Witness communication training”*, que de entrada promete: *“este libro lo ayudará a preparar sus testigos para juicio”*, y continúa: *“... se basa en un expandido método de entrenamiento: enseñar un concepto de comunicación, discutir el concepto con el aprendiz, crear una oportunidad para que el aprendiz ponga inmediatamente el concepto en práctica, proporcionar retroalimentación y luego dar la oportunidad de que se repita el concepto”* (Stuart et. al, 2016, p. 1). Al margen del escalofrío epistémico que genera la lectura de este fragmento –de lo que me ocuparé en el acápite siguiente–, lo cierto es que ninguna definición se proporciona acerca de *lo que es* la preparación del testimonio. Los autores se limitan, simplemente, a referir algunas de las prácticas –en este caso, supuestos “métodos”– que el concepto integra.

Los dos manuales más conocidos sobre preparación del testimonio presentan el mismo problema. Así, en *“Witness preparation: A manual for attorneys”* se lee que el manual permitirá *“determinar lo que el testigo conoce, ayudarlo a pensar en cómo testificar de una forma clara y precisa, y prepararlo para las preguntas que durante la declaración le haga la parte adversa”* (Campo, 2011, pos. 69); y en *“Preparing witness to give effective testimony”* la explicación acerca de lo que es la preparación del testimonio se limita a una serie de argumentos acerca de *“por qué la preparación del testimonio es crítica para el caso: (...) muchos jurados están predispuestos a creerle a algunos testigos y a otros no, debido a su contexto de desarrollo o a sus experiencias vitales (...) por eso, es indispensable crear primeras impresiones positivas sobre el cliente, los testigos y los peritos. La clave para ganar el caso radica en evitar poner en el estrado a un testigo que no ha sido preparado para dar una declaración efectiva, sincera y persuasiva”* (Ryan y Dodge, 2013, p. 17). Como puede inferirse, no presentan una definición o precisión conceptual, siquiera mínima.

Lo cierto es que alguna definición se encuentra, pero no sin una importante dosis de ambigüedad e indeterminación:

“La preparación de los testigos es cualquier comunicación entre un abogado y un probable testigo –sea su cliente o no, sea amigable u hostil– que tenga como propósito mejorar sustancialmente (*improve the substance*) el testimonio o la forma en la que será presentado. La preparación de testigos le permite al abogado presentar declarantes de manera que se encuentren más familiarizados con el objeto de su testimonio y más preparados para contar lo que conocen de una forma clara y coherente.” (Applegate, 1989, p. 278)

Ahora, de los diez manuales de litigación latinoamericanos a los que se ha venido refiriendo este texto, solo dos de ellos presentan alguna definición. Por un lado, en el manual institucional de la Fiscalía General de la Nación colombiana se lee que la preparación del testimonio *“Es la tarea del fiscal, orientada a examinar, con la persona que va a concurrir a la audiencia de juicio oral, la forma como se desarrollará y presentará su versión de los*

acontecimientos.” (Fiscalía General de Colombia, 2009, p. 162). Por otro lado, Rua señala que:

“... es un acto posterior a la declaración prestada durante la investigación penal preparatoria, pero anterior al juicio, que tiene por objetivo preparar al testigo para que se sienta cómodo en la audiencia de debate, de modo que pueda cumplir un papel adecuado y brindar una testimonial satisfactoria, acorde a los objetivos que la parte se propuso (acreditación de las proposiciones fácticas de modo convincente y persuasivo).” (Rua, 2015, p. 182)

Las definiciones citadas tienen varios problemas. Sin embargo, atendiendo a los propósitos del proyecto de desambiguación de este acápite, me referiré solo a uno de ellos: el nivel de abstracción con el que se proponen impide determinar con claridad en qué consiste la preparación del testimonio y, por ende, impide llevar a cabo un análisis riguroso sobre los riesgos de las prácticas que a partir de tal concepto se pueden derivar. Más específicamente, la dificultad que se identifica es la ausencia de diferenciación entre las reuniones encaminadas a discutir aspectos sustanciales del testimonio y su presentación, por un lado, y las reuniones cuyo propósito es familiarizar al testigo con el procedimiento a través del cual se desahogará su declaración y otros aspectos formales relacionados, por otro.

Esta es justamente la dificultad que la Corte Penal Internacional encontró cuando la fiscalía del caso *Lubanga* solicitó su autorización con el fin de realizar la preparación de los testigos de cargo. Ante la solicitud, la Corte Penal Internacional solicitó a la fiscalía que explicara a qué se refería con preparación de testigos –*witness proofing*– y que explicara los fundamentos jurídicos que avalaban tal práctica. La fiscalía presentó sus argumentos y la defensa hizo lo propio oponiéndose y, de forma subsidiaria, solicitando que se registraran integralmente las sesiones empleadas con tal propósito. Además de que reconoció la fuerte ambigüedad que gobierna la discusión, la enorme importancia de la decisión de la CPI radica en que promovió una diferenciación entre dos dimensiones de la preparación del testimonio (Corte Penal Internacional, 2006).

A la primera dimensión la identificó como “*una serie de medidas para familiarizar al testigo con la estructura de la Corte, la secuencia de eventos que probablemente sucederán durante la declaración del testigo, y las diferentes responsabilidades de los partícipes en la audiencia*”, todo esto para que el testigo pueda declarar “... *sin encontrarse en una situación desventajosa, o sin ser tomado por sorpresa como consecuencia del proceso de declarar oralmente en la Corte...*” (Corte Penal Internacional, 2006, p. 8) A esta primera dimensión, en algunos apartados de la decisión, se le dio el nombre de familiarización del testimonio (Corte Penal Internacional, 2006, p. 10) .

Ahora, en una segunda dimensión incluyó aquellas actuaciones tendientes a “*asistir el proceso de rememoración de los hechos (...) comparar la declaración actual con las declaraciones previas rendidas por el testigo para deficiencias y diferencias en la rememoración (...) presentar el testimonio de forma más precisa, completa, estructurada y eficiente (...) informar al testigo de las potenciales preguntas que se le realizarán*”, entre otras (Corte Penal Internacional, 2006, p. 9).

La CPI concluyó que la primera dimensión era legítima, pero no podía ser materializada por los abogados litigantes, sino por los funcionarios de la Unidad de Víctimas y Testigos adscrita a la Corte. Sobre la segunda dimensión, a partir de un análisis de algunos de sus riesgos, concluyó su inadmisibilidad y consecuencial prohibición.

Todo lo anterior nos lleva al eje central del acápite. La distinción empleada por la CPI sirve como base fundante para el proyecto de desambiguación, con algunas notas adicionales. Como recurso analítico, considero indispensable diseccionar el amplio concepto de preparación del testimonio en dos nociones más concretas. Propongo que por familiarización del testimonio se entiendan las reuniones entre abogados y testigos que se realizan para discutir aspectos eminentemente formales y procedimentales del potencial interrogatorio. En cambio, que por preparación del testimonio se entiendan las reuniones entre abogados y testigos cuyo objetivo radica en discutir aspectos sustanciales de la declaración: lo que el testigo conoce, recuerda y cómo lo narrará durante el juicio oral.

Tres notas adicionales son importantes para complementar la distinción propuesta:

- (i) Mientras que en la familiarización se busca que el testigo no sea presa del temor cuando llegue el momento de presentar su testimonio, en la preparación se busca mejorar el contenido de su declaración y la manera en la que será presentado.
- (ii) Consecuencialmente, mientras que la familiarización no implica llevar a cabo ninguna discusión sobre el contenido del testimonio, la preparación pone su énfasis justamente en eso, en lo que el testigo conoce.
- (iii) El objetivo mismo de la familiarización no supone que deba llevarse a cabo por alguien que tenga conocimiento del caso, en cambio, para la preparación del testimonio, en los términos propuestos, el dominio de las particularidades del proceso y de la teoría del caso del litigante juega un rol fundamental.

Entendiendo que aún con el férreo propósito de proponer una distinción más clara y específica puede subsistir alguna indeterminación o confusión acerca de qué prácticas concretas estarían inmersas en cada uno de los dos grandes conceptos esbozados, el próximo acápite se dedicará a estudiar los riesgos epistémicos –o beneficios, si alguno– derivados, no de cada uno de los grandes conceptos, sino de cada una de las prácticas específicas –al margen de que sea viable caracterizarlas genéricamente como familiarización o preparación del testimonio–.

3. Experimento mental epistémico. Riesgos y bondades, si alguna, de la familiarización y la preparación del testimonio.

3.1. Explicación del experimento mental epistémico

El análisis que pretendo realizar se enmarca en el objetivo central de la epistemología jurídica, entendida como: *“el estudio orientado a determinar si los diversos sistemas de investigación (o juzgamiento) que pretenden estar buscando la verdad (en diferentes*

ámbitos) cuentan o no con un diseño apropiado que les permita generar creencias verdaderas acerca del mundo” (Laudan, 2013, p. 23). Siguiendo la metodología propuesta por Laudan en *“Verdad, error y proceso penal”*, este análisis pretende aplicar un “experimento mental” que permita determinar cuáles de las prácticas de preparación o familiarización del testimonio, muchas de ellas reconocidas y hasta recomendadas por la doctrina especializada, resultan coherentes con *“las cuestiones concernientes a la búsqueda de la verdad y la elusión del error”* (Laudan, 2013, p. 26). El resultado del “experimento mental” proporcionará la base fundamental para la propuesta de regulación que se elevará en el último acápite de este texto.

Precisamente porque es un “experimento mental epistémico”, en el análisis no se tendrán en cuenta argumentos genéricos –y ciertamente poco ilustrativos– acerca del espíritu, los principios orientadores, o la tradición de cada uno de los sistemas de enjuiciamiento criminal. Esto es, no porque el estudio se oriente a países latinoamericanos que han adoptado parcialmente reglas del sistema de enjuiciamiento criminal de los Estados Unidos significa que se vaya a tomar como faro regulatorio las prácticas que allí son aceptadas o prohibidas. De hecho, como veremos, en muchos aspectos el resultado será todo lo contrario. Vasiliev lo explica de forma semejante cuando afirma que debe:

“... enfatizarse en que la adherencia al modelo adversarial no restringe a los ordenamientos nacionales de dibujar de forma independiente una línea entre conductas apropiadas o inapropiadas, dependiendo de las preferencias epistémicas de cada país. Esto exige mirar más allá de modelos comparativos vagamente definidos que apenas si son descripciones aproximadas e imprecisas de las realidades normativas de las jurisdicciones nacionales” (Vasiliev, 2011, p. 28)

Tres aclaraciones muy breves son necesarias antes de entrar en el análisis. La primera, la caracterización de las prácticas concretas bajo la rúbrica de preparación o de familiarización del testimonio es propia y la realizo, como advertí, como instrumento analítico. No necesariamente la doctrina que recomienda la practica puntual la encasilla dentro de uno de

esos dos conceptos más generales. Incluso en la inmensa mayoría de publicaciones esa división no existe.

En segundo lugar, no se incluirán dentro del análisis las prácticas entorno a los testigos que resultan derecha y claramente ilícitas. Por ejemplo, la inducción a realizar afirmaciones mentirosas o a descontextualizar los hechos percibidos. No se incluyen sencillamente porque se trata de prácticas ya prohibidas por los ordenamientos jurídicos latinoamericanos y cuyos riesgos epistémicos son sobre-evidentes.

Por último, considero necesario advertir que el “experimento mental epistémico” lo realizaré apelando al siguiente orden: primero describiré cada una de las prácticas de preparación y familiarización del testimonio individualmente. Luego llevaré a cabo el análisis grupal acerca de los riesgos y bondades –si es que alguna– que se desprenden de prácticas incluidas en cada una de las categorías. En otras palabras, la descripción será individual, pero el análisis epistémico será en bloques de prácticas que guardan rasgos semejantes.

A modo de panorama global, las prácticas sobre las cuales se realizará el análisis son las siguientes:

No.	Preparación del testimonio	Familiarización del testimonio
1	Simulación sobre la forma y el contenido del testimonio que se rendirá en juicio	Reunión entre el abogado y el testigo para explicar la dinámica del interrogatorio cruzado
2	Envío o comunicación de las preguntas que se le realizarán al testigo	Legitimidad de olvidos, desconocimientos, confusiones y solicitudes de aclaración
3	Explicación de la “teoría del caso” del abogado, las discusiones jurídicas, y de los aspectos más importantes que se requieren del testigo	Comunicación y explicación de aspectos logísticos

4	Recomendaciones sobre lenguaje y terminología a utilizar, o el énfasis con el cual realizar la narración de los hechos	Explicación sobre el decoro exigido
5	Darle la posibilidad al testigo de leer su declaración previa para refrescar memoria antes de juicio	Regularidad de la toma del juramento
6	Análisis de las declaraciones previas con el fin de identificar y explicar contradicciones	Explicación sobre el alcance de los privilegios
7	Transmisión del contenido de otras evidencias o de las manifestaciones que han realizado otros testigos	Limitaciones en la interacción durante el testimonio y promoción de la espontaneidad
8	Preparación colectiva –con varios testigos al tiempo– con el fin de “limar” inconsistencias y unificar los relatos	Advertencia sobre necesidad de abordar temas particularmente sensibles
9	Hacer preguntas sugestivas en preparación del testimonio	Particularidades de la práctica del testimonio a través de conexión remota
10	Solicitar al testigo que NO narre un determinado hecho	Reforzamiento sobre el <i>rol</i> de testigo que tiene la persona

3.2. La preparación del testimonio

3.2.1. Descripción de las prácticas de preparación del testimonio

Práctica1. Simulación sobre la forma y el contenido del testimonio que se rendirá en juicio. Consiste en recrear de inicio a fin el interrogatorio al que será sometido el testigo. La simulación incluye que el abogado que presentará la prueba realice exactamente las preguntas que formulará en juicio oral y que, por su parte, el testigo proporcione las respuestas que considere adecuadas. Dentro de su práctica se incluye que el testigo sea sometido también a un contrainterrogatorio realizado por el mismo o por otro abogado, con el fin de determinar

de qué forma reaccionará a las respuestas que probablemente desarrolle el testigo de la contraparte. Repito, sobre los enormes riesgos de esta práctica discurriré más adelante. Pero por ahora busco recalcar que se trata de uno de los métodos de preparación que con mayor frecuencia recomienda parte de la doctrina anglosajona y latinoamericana (Ryan y Dodge, 2013, p. 19 y ss; Campo, 2011, p. 16; Lorenzo, 2013, p. 173; Baytelman y Duce, 2016, p. 131; Rua, 2015, p. 184; Blanco et al., 2021, p. 176, entre otros). Además, es paradójico que la publicación *“Lineamientos para un código de ética en la litigación oral penal”*, justamente cuyo propósito radica en analizar buenas prácticas en materia de litigación, también recomiende como tal la simulación en sede de preparación del testimonio (CEJA, 2022, p. 89).

Práctica 2. Envío o comunicación de las preguntas que se le realizarán al testigo.

También consiste en transmitirle al testigo cuáles son las preguntas que se le realizarán en juicio oral, pero se distingue de la práctica descrita en el párrafo anterior en que la mera comunicación de las preguntas no conlleva que el testigo proporcione respuestas ni que se recree, en contenido y forma, lo que se estima sucederá en juicio oral. Además del respaldo que a esta práctica proporciona una fracción de la doctrina anglosajona y latinoamericana ya referida, resulta de interés para este trabajo que una publicación oficial estatal, particularmente de la Fiscalía General de la Nación colombiana, la recomiende como buena práctica para la preparación de testigos por parte de los fiscales (Fiscalía General de Colombia, 2009, p. 162).

Práctica 3. Explicación de la “teoría del caso” del abogado, las discusiones jurídicas, y de los aspectos más importantes que se requieren del testigo. La descripción de esta práctica no podría realizarse de una forma más precisa a la presentada por la doctrina:

“Para presentar el caso de una forma clara, persuasiva y organizada, el abogado debe discutir con el testigo la teoría del caso y el rol que el testigo tiene en él, incluyendo cómo el testimonio de cada uno se relaciona con el testimonio de otras personas. Para que esta preparación sea efectiva, el abogado debe ser sincero con el testigo acerca de

las fortalezas y debilidades del caso, las áreas en las que debe enfatizar o evadir, y las vulnerabilidades de la parte contraria” (Applegate, 1989, p. 289).

Además de la promoción de esta práctica por parte de la doctrina norteamericana, un apoyo semejante se encuentra total o parcialmente, dependiendo del caso, en la colombiana (Espinosa, 2014, p. 21), la chilena (Baytelman y Duce, 2016, p. 129 y ss), la argentina (Rua, 2015, p. 187) y en los *“lineamientos para un código de ética”* en la litigación oral latinoamericana (CEJA, 2022, p. 89).

Práctica 4. Recomendaciones sobre lenguaje y terminología a utilizar, o el énfasis con el cual realizar la narración de los hechos. Se trata de recomendaciones encaminadas a que el testigo haga una presentación “más persuasiva” de los hechos que percibió. Con un lenguaje más impactante y mostrándose tan certero –por oposición a dubitativo– como le sea posible. Se ha dicho, en ese sentido, que *“el abogado puede sugerirle al testigo una selección de palabras determinadas para hacer más clara la declaración”* (Vasiliev, 2006, p. 18). En la doctrina latinoamericana se encuentran recomendaciones como *“advertir las expresiones coloquiales usadas por el testigo y que no sean comprensibles o auto explicativas, para solicitarle que pueda entregar una traducción o explicación acerca del significado de estas durante el momento de su declaración”* (Blanco et al., 2021, p. 174).

Práctica 5. Darle la posibilidad al testigo de leer su declaración previa para refrescar memoria antes de juicio. Consiste sencillamente en proporcionarle al testigo la posibilidad de leer una declaración o relato que rindió en cualquier otro escenario sobre los hechos. Bien porque se trate de una declaración rendida ante funcionarios judiciales en sede de investigación, bien porque ya rindió testimonio en otro juicio oral, o bien porque por fuera del ámbito estrictamente procesal proporcionó algún recuento sobre los hechos que percibió. Esto incluye, si el testigo no cuenta con una copia de la declaración, entregársela. Sobre el particular, en la doctrina anglosajona se ha dicho que *“revisar declaraciones previas es una actividad preparatoria recomendable y un derecho del testigo bajo las Reglas Federales de Procedimiento Civil (norteamericanas). Además del obvio sentido de justicia en el hecho de que el testigo no sea ahorcado (hanged) por sus propias declaraciones previas, la regla tiene sentido porque la memoria se desvanece.”* (Applegate, 1989, p. 305). La práctica encuentra

apoyo en la doctrina chilena (Blanco, et al, 2021, p. 175), argentina (Rua, 2015, p. 190) así como en los “*lineamientos para un código de ética*” anteriormente mencionados (CEJA, 2022, p. 89). Como cuestión adicional de gran interés para este trabajo, incluso es permitida por el estricto procedimiento que ha fijado la CPI (Corte Penal Internacional, 2007, p. 21).

Práctica 6. Determinación de contradicciones en el relato del testigo y de posibles justificaciones ante las inconsistencias. Se trata de una práctica complementaria –“un paso más allá”– de la práctica de preparación del testimonio recién explicada. Ya no es la simple lectura por el testigo de sus manifestaciones anteriores, sino que ahora es el análisis conjunto entre aquel y el abogado con el fin de identificar la existencia de contradicciones y las potenciales explicaciones para tales inconsistencias. Un análisis que se puede realizar a través de simulaciones o de un estudio pormenorizado de las declaraciones previas. Se ha dicho que: “*Para el litigante es de suma importancia conocer cabalmente la declaración de los testigos, preguntar varias veces sobre los mismos hechos previamente a la concurrencia al juicio, identificar -si existieran- contradicciones, vacíos, ambigüedades y solicitar a los testigos explicación sobre dichos puntos, de forma tal de no encontrarse sorprendidos por la contraparte ya al momento del juicio.*” (Lorenzo, 2013, p. 172-173).

Práctica 7. Informar al testigo del contenido de otras evidencias o de las manifestaciones que han realizado otros testigos. La afirmación es francamente sorprendente, pero como seguimos en el apartado descriptivo me limitaré a citar la recomendación:

“En la preparación de los testigos el abogado frecuentemente discute con el testigo el contexto de hecho en el que sus observaciones u opiniones encajan. Los abogados frecuentemente informan a los testigos sobre hechos que previamente no conocían informando esos hechos de forma directa o a través de la comparación con otros testimonios que tienen un conocimiento semejante. Hay razones de mucho peso para informarle a los testigos de otros puntos de vista, y la mayoría de la doctrina no cuestiona esta práctica (...) Esta técnica aumenta el nivel de consciencia de los testigos sobre asuntos que, de otra manera, podrían parecerles irrelevantes. Además, los testigos pueden llegar a concluir que en realidad no estaban seguros de algunos hechos o que otros testigos están en lo correcto” (Applegate, 1989, p. 304).

Práctica 8. Preparación colectiva –con varios testigos al tiempo–. Otra de las prácticas identificadas radica en emplear una o varias de las herramientas a las que se refiere este texto con varios testigos a la vez. La profesora de la *Stetson College of Law*, *Roberta Flowers* – quien pertenece al sector de la doctrina más crítica contra la preparación del testimonio– la describe así:

“Un método utilizado de forma rutinaria por muchos fiscales para preparar a los testigos, especialmente a los que pertenecen a las fuerzas del orden, que consiste en reunirse con todos los testigos a la vez. La preparación en grupo junta a todos los testigos de los hechos relevantes. Este método de preparación ahorra tiempo y le permite a los testigos tener un panorama completo de los hechos. Además, este método constituye la forma más certera de evitar contradicciones entre los testigos al asegurarse de que cada uno sepa lo que el otro recuerda” (Flowers, 2011, p. 1019).

Práctica 9. Hacer preguntas sugestivas para “concretar hechos”. La práctica consiste en formular preguntas sugestivas al testigo buscando con ello generar una mayor precisión sobre algunos hechos. Lo anterior, atendiendo a la supuesta inexistencia de limitaciones que en escenarios como el juicio oral, en cambio, sí existen. Como vimos con antelación, el reconocido procesalista argentino Gonzalo Rua explica la idea así: *“La ventaja de este repaso sobre los hechos es que, al no haber límites en la entrevista previa -como ser (sic) la prohibición de preguntas sugestivas que sí tiene vigencia en el examen directo-, le permite trabajar con mucha claridad sobre lo que realmente sabe el testigo. Nada de lo que el testigo nos diga aquí podrá luego ser incorporado al debate, por lo que ningún sentido pudiera tener fijar límites a la forma de dirigirse allí.”* (Rua, 2015, p. 186). De la profunda inconveniencia epistémica de esta práctica, como ya he referido, me ocuparé en el acápite respectivo.

Práctica 10. Solicitar al testigo que se abstenga de narrar un hecho. Se trata de solicitarle al testigo que, al llevar a cabo su declaración, se abstenga de narrar algún hecho o detalle particular que el abogado no busca incorporar a juicio. Para la mejor fijación descriptiva, debe aclararse que cuando la doctrina ha recomendado de alguna manera esta práctica, en

ocasiones lo ha hecho bajo condicionantes o con una formulación ligeramente diferente. Tres notas ayudan a discernir esas propuestas:

Daniel Medwed, profesor de la *Northeastern School of Law* ha señalado: *“La preparación del testimonio es el sello del buen abogado en juicio. Un solo testigo ineficaz o poco preparado puede perjudicar un caso sólido. Entrevistar al testigo antes del juicio le permite al fiscal asentar la fortaleza y base fáctica de su caso, determinar las consecuencias de la presentación del testigo, y alertar al testigo acerca de reglas probatorias que deberían llevarlo a abstenerse de proporcionar información prejudicial (“prejudicial information”)*” (Medwed, 2018, p. 1). Con esto, el profesor Medwed parece referirse a que el testigo se abstenga de incorporar información que, bajo la lógica del abogado, puede resultar inadmisibile. Sobre sus consecuencias discurriremos en su momento. Applegate, como ya hemos visto, señala la posibilidad de explicarle al testigo *“las áreas en las que debe enfatizar o evadir”* (Applegate, 1989, p. 289).

La más reconocida doctrina latinoamericana ha señalado: *“El límite entre la preparación profesional y la preparación ilícita de un testigo se resume en la siguiente fórmula: el abogado no puede incorporar información en la mente del testigo. Puede pedirle que recuerde, puede preguntarle si está seguro, incluso puede decirle que hay aspectos que no le preguntará y que no es información que le interese incorporar en el juicio”* (Baytelman y Duce, 2016, p. 132). La práctica así descrita no implica, entonces, solicitarle directamente al testigo que se abstenga de incorporar información, sino en hacerle saber que hay información que al abogado no le interesa que se ingrese a juicio –en el siguiente apartado veremos los riesgos y la conveniencia, si es que alguna, de una u otra opción–.

A la descripción de esta última práctica de preparación debe añadirse que, conforme a las entrevistas estructuradas realizadas a abogados y abogadas en ejercicio de la profesión, se encontró que 9 de los 50 los encuestados encontraron que pedirle a un testigo que no narre un determinado hecho constituye una práctica legítima, lo que resulta suficiente para justificar la necesidad de su análisis, con todo y las salvedades planteadas en los párrafos anteriores.

3.2.2. Análisis epistémico de las prácticas preparación del testimonio

Seguramente la lectura del acápite descriptivo ya produjo profundas inquietudes en todo aquel que entienda que la búsqueda de la verdad es un valor importante en el proceso penal y la finalidad institucional de la prueba en el ámbito judicial. Hay que decirlo con claridad: todas las prácticas de preparación del testimonio deben ser prohibidas –la inmensa mayoría a la fecha no lo son– y el incumplimiento a esta prohibición debe ser rigurosamente sancionado. Sobre el detalle de esta propuesta me pronunciaré en el apartado siguiente. Por ahora corresponde explicar el fundamento de la afirmación, y para ello bastan 4 argumentos puntuales:

- (i) El contexto perfecto para la injerencia indebida del abogado en el contenido del testimonio

La totalidad de las prácticas de preparación del testimonio –salvo el envío de las preguntas sin mayor contacto, práctica que tiene sus propios problemas– suponen reuniones en las que se llevan a cabo discusiones acerca del contenido sustancial y material del testimonio. Esto es, propician un contexto dialógico ajeno a las más elementales finalidades de preservar la integridad narrativa del testimonio, donde el abogado con ansias de ganar el caso puede, con suma facilidad, irrumpir voluntariamente en el proceso de recuperación de los recuerdos del testigo. Irrupción cuyos efectos contra-epistémicos pueden ser muy graves, aun cuando el testigo no tenga el propósito de faltar a la verdad. No está de más recordar que la sugestividad y sus graves efectos en la rememoración es uno de los más graves riesgos que, de forma persistente, ha advertido la psicología del testimonio (Manzanero, 2008; Mazzoni, 2019; Diges, 2011, entre otros).

Situémonos en un ejemplo al que recurre la doctrina con frecuencia. El abogado está practicando una “simulación del interrogatorio” –práctica 1– y formula una pregunta al testigo cuya respuesta no resulta coherente con la teoría del caso que el jurista defiende. Bastará con una manifestación de desaprobación –“eso no es cierto”, “creo que está equivocado”– o de dubitación –“¿está seguro de su respuesta?”– para que el testigo empiece a dudar acerca de la veracidad de su afirmación (Medwed, 2018, p. 4). Finalmente el abogado es visto por ese testigo como una figura de autoridad que, se supone, tiene mejor conocimiento sobre los hechos al contar con acceso a todas las evidencias, lo que aumenta

diametralmente el riesgo de contaminación –lo que la psicología del testimonio ha denominado “la credibilidad de la fuente– (Manzanero, 2008, p. 132).

Un efecto semejante puede generar la explicación sobre la teoría del caso del abogado y los aspectos en los que el testimonio del declarante resultan más relevantes –práctica 2–. Solo con que el abogado informe que el testimonio es muy relevante porque le permitirá probar que “el carro era azul”, o la escena de los hechos era “muy oscura”, se presentarán *“sugerencias e informaciones (...) que pueden alterar tanto la declaración de un testigo como su recuerdo”*. (Mazzoni, 2019, p. 105).

Lo mismo puede concluirse de las sutiles recomendaciones sobre la terminología que el testigo debería utilizar o el énfasis con el que debería narrar determinados hechos –práctica 4–. Esas variaciones terminológicas propuestas por el abogado tienen la potencialidad de generar una alteración en la forma en la que el hecho es narrado. Alteración que, dependiendo de las circunstancias, puede ser grave para el proceso de búsqueda de la verdad. Volviendo al ejemplo elemental: imaginemos que siendo un elemento central de su teoría del caso el abogado requiere que el testigo defina la escena de los hechos como “muy oscura”, en lugar de como espontáneamente lo hace, un sitio con “poca visibilidad” –con menor énfasis–. Una sugerencia en ese sentido podría parecer superficial o eminentemente terminológica, pero sin duda puede llegar a alterar la comprensión que de esas afirmaciones tenga el funcionario encargado de tomar la decisión sobre los hechos.

En ese orden, la irrupción en el proceso de recuperación y en la integridad del relato es la misma si el abogado “audazmente” propone una justificación para una contradicción que tiene el testigo –práctica 6–, informa sobre otros testigos que manifiestan que la escena de los hechos también era “muy oscura” –práctica 7–, permite que entre testigos discutan qué tan oscura era la escena –práctica 8–, o directamente formula preguntas sugestivas del tipo *“¿cierto que la escena de los hechos era muy oscura”?* –práctica 9–. Como ha evidenciado la más reconocida doctrina sobre la psicología del testimonio, será casi imposible determinar el apartado del relato que corresponde a lo que el testigo percibió y recuperó, y aquel que corresponde a lo que posteriormente conoció por cualquiera de estas prácticas ampliamente arraigadas. Al respecto, Manzanero explica las discusiones acerca de si este tipo de prácticas

sugestivas generan nuevos recuerdos que reemplazan los anteriores o coexisten con ellos, pero reconociendo en cualquier caso la contaminación (Manzanero, 2008, p. 101). La inconveniencia epistémica de estas herramientas, en ese orden, es difícil de discutir.

El panorama ya es suficientemente preocupante incluso si el testigo no tiene el propósito de “dejarse llevar” por la intención del abogado. Pero, tal y como ha reconocido un sector de la doctrina, la cuestión se agrava cuando el testigo es parcializado o tiene algún interés en el resultado del caso, lo que sucede en no pocas ocasiones (Vasiliev, 2011, p. 53).

(ii) Las prácticas elevan altamente el riesgo de contaminación involuntaria

El análisis de los párrafos anteriores partía de una premisa: el riesgo que se genera cuando el abogado tiene injerencia deliberada en el proceso de recuperación con la finalidad de aumentar las probabilidades de éxito de su caso. Pero conviene preguntarse si estos riesgos epistémicos surgen de la concurrencia de mala fe por parte del litigante, o si surgen de las prácticas de preparación del testimonio —en sí mismas—. En otras palabras, si el riesgo de contaminación permanece incluso en aquellos eventos en los cuales el abogado actúa sin la voluntad de irrumpir en el proceso de recuperación de los recuerdos. Entiendo que la respuesta a este interrogante es afirmativa, por varias razones.

El “efecto retroalimentación” durante las simulaciones —práctica 1— no necesariamente se da a través de afirmaciones tajantes del abogado —“eso no sucedió”, “está equivocado”, “tiene que contarme de mejor manera los hechos”—, sino que también se presenta de una forma mucho más sutil. Gestos o reacciones, incluso silentes, de aprobación o desaprobación ante la respuesta del testigo, pueden generar el mismo efecto contaminante, con el agravante de que el origen de la contaminación será mucho más difícil de determinar. Si el abogado asiente, el testigo puede llegar a entender que contestó correctamente y reafirmará —sin razón— el nivel de seguridad con el que realiza su manifestación. Si, en cambio, niega, guarda prolongado silencio, o presenta cara de desconcierto o preocupación, el efecto potencial es el contrario. De hecho, las solas preguntas indebidas “*pueden distorsionar las descripciones del suceso previamente presenciado*” (Manzanero, 2008, p. 126), ni qué decir de los gestos y reacciones del interrogador. La explicación de los ejes nucleares de la teoría del caso —práctica 3—, las recomendaciones sobre el lenguaje y el énfasis —práctica 4—, el conocimiento

del contenido de otras evidencias –prácticas 7 y 8–, y la utilización de tácticas sugestivas –práctica 9–, denotan su inconveniencia epistémica con independencia del propósito que busca el abogado que realiza la preparación. Dicho en otros términos, inclusive sin la voluntad de contaminar, el ejercicio desprevenido de cualquiera de estos métodos implica, en sí mismo, un grave riesgo de alteración de los recuerdos.

Detengámonos un momento en una de las prácticas que podrían parecer “inofensivas”: la recomendación de narrar los hechos con énfasis, sin dubitaciones, con “seguridad” –práctica 4–. Podría pensarse que es una práctica menos peligrosa debido a que no implica una irrupción directa en el contenido del testimonio, sino solo en la fortaleza con la que se expone. Pero no, la práctica es grave, virtualmente en la misma intensidad que las demás. Y la razón es la siguiente. Si bien es que cierto autores como Giuliana Mazzoni han recalcado que no existe una relación directa entre la seguridad en la exposición del testigo y la veracidad de sus afirmaciones (Mazzoni, 2021, p. 27), también lo es que la evidencia empírica enseña que *“un testigo que habla con más confianza o que dice tener un mayor grado de certeza sobre los hechos relatados, por tanto, con independencia de la veracidad de su relato, tiende a ser considerado más fiable que un testigo que habla con más inseguridad o que afirma no tener mucha certeza”* (De Paula Ramos, 2018, p. 115). Bajo esa óptica, la “inofensiva” sugerencia del abogado litigante, en realidad implica una deformación frente a uno de los criterios que más suele impactar en la consideración –aunque equivocada– sobre la fiabilidad del testigo: el nivel de seguridad proyectado en la declaración.

Tampoco debe entenderse admisible, aunque la CPI lo haya hecho (Corte Penal Internacional, 2007, p. 21), la posibilidad del testigo de leer sus declaraciones previas en el marco de la preparación para el juicio oral. En términos breves, no queremos testigos pensando en “lo que dijeron” en su última declaración, sino en lo que presenciaron. Además, si el testigo ha olvidado algo o no, si recuerda más o menos detalles, hace parte de los “procesos de rememoración” que el juez debe valorar y, por ello, cualquier acceso a declaraciones previas debe realizarse en juicio oral, a través del mecanismo de “refrescar memoria”, y dejando fidedigno registro de las declaraciones a las que el testigo tuvo que acudir. Lo contrario es tanto como suponer que uno de los criterios de valoración de la prueba testimonial –los procesos de rememoración– puede ser alterado sin que el juez ni la

contraparte tengan ningún conocimiento al respecto, debido al carácter reservado de las reuniones de la preparación en las que ello sucedió.

(iii) La preparación genera expectativas irrealistas en los testigos

No podemos dejar de lado el análisis de la práctica 2., enviar al testigo las preguntas que se formularán. Si asumimos que se trata exclusivamente del envío de las preguntas, esto es, sin ningún tipo de reunión en escenarios dialógicos o de análisis de las potenciales respuestas, podemos situar esta práctica un escalón más abajo en el podio de los riesgos epistémicos. Pero no fuera de él. Y no puede quedar por fuera del podio debido a que la mera transmisión de las potenciales preguntas genera tres efectos que resulta necesario valorar.

En primer lugar, genera una expectativa irreal en el testigo, pues este entenderá que son justamente las preguntas que se le envían aquellas que se le formularán en el juicio oral. Pero no es así. Las específicas preguntas que se formulan en el juicio dependen en gran medida de las respuestas que progresivamente proporciona el testigo. De hecho, las buenas prácticas de entrevista muestran que es a partir de información ya proporcionada que se desarrollan los detalles requeridos (Mazzoni, 2019, p. 110-111). De allí que un “libreto predeterminado” de preguntas que se remite al testigo, no será más que una ilusión. Y si se supone que el fundamento para enviar tales preguntas –así como para muchas otras prácticas– radica en disminuir el temor del testigo ante un escenario desconocido, lo cierto es que esta práctica puede generar un efecto contraproducente: el testigo espera una específica formulación de preguntas que necesariamente variará de manera súbita y en medio del juicio, lo que bien podría reforzar aquellos temores que se buscaban evitar.

En segundo lugar, esta práctica puede llevar al testigo a sentirse forzado a memorizar las respuestas que debe proporcionar ante cada una de esas preguntas. Si esto sucede, el testigo en juicio oral, en lugar de presentar un relato espontáneo sobre lo que recuerda, estará esforzándose al extremo por recordar las respuestas que para cada una de las preguntas habría planeado. Así, entendiendo –como veremos– que la psicología del testimonio ha promovido que una posición de tranquilidad del declarante es lo deseable para una presentación más fiable de la información, no parece justificado que, buscando lo contrario, el testigo sea

llevado a forzar su memoria para presentar las respuestas que había preparado, y no a responder los hechos como los recuerda.

Por último, el conocimiento anticipado de las preguntas que –supuestamente– se le formularán, puede enfrentar al testigo con que no recuerda o no conoce algún hecho relevante. Consciente de ello, el testigo puede sentirse forzado a “llenar los vacíos” de su memoria o de su conocimiento, y lo cierto es que de ese propósito nada bueno puede surgir. Cualquiera que sea la solución que ocupe el testigo para “llenar los vacíos”, seguramente pasará por una fuerte contaminación del relato que, otra vez, resultará muy difícil de determinar.

Las ideas expuestas con antelación encuentran eco en los planteamientos de la psicología del testimonio acerca de los efectos nocivos de llevar al testigo a pensar y repensar, una y otra vez, sobre los hechos percibidos:

“... lo normal es que los testigos y víctimas de un suceso delictivo se dediquen a dar “vueltas” a lo ocurrido, pensando en lo que fue y en lo que podía haber sido, en lo que hicieron y en lo que debieron haber hecho; en ocasiones con pensamientos recurrentes sobre el suceso (no se les va de la cabeza), e incluso soñando con ello (...) A veces, además, los testigos, con toda su buena intención, “preparan la declaración” antes de ir a poner la denuncia o a declarar al juzgado. Con todo ello, no sólo se perderá en espontaneidad, sino que además se contribuye a distorsionar los recuerdos” (Manzanero, 2008, p. 139).

Si, como mostraré, no hay ningún beneficio real que justifique la necesidad de enviar las preguntas de forma anticipada, no puede sino concluirse que la práctica debe ser prohibida, de forma semejante a todas las demás que hemos situado en el rubro de “preparación del testimonio”.

(iv) Mención aparte: “no narrar un hecho” raya con la ilicitud

Como advertía en la fase descriptiva, el análisis de esta práctica debe hacerse en 3 dimensiones distintas, atendiendo a las diversas maneras en las que se encuentra reflejada en

la literatura especializada. Primero, frente a la manifestación directa en el sentido de no narrar un hecho respecto de áreas que el testigo debe “*evadir*” (Applegate, 1989, p. 289). Segundo, frente a realizar tal manifestación con el fin de evitar que el testigo incorpore al juicio información inadmisibles (Medwed, 2018, p. 1). Y tercero, frente a la viabilidad –o no– de que el abogado le informe al testigo que determinado aspecto “*no es información que le interese incorporar en el juicio*” (Baytelman y Duce, 2016, p. 132).

La primera dimensión es francamente inadmisibles. El inocultable riesgo epistémico se percibe, con absoluta facilidad, al verificar que se trata de una solicitud que implica que el testigo calle la verdad, aunque sea parcialmente. Tan nociva resulta la idea que su materialización puede configurar la conducta típica de falso testimonio o perjurio, en la que el sujeto que crea la idea criminal –determinador– es justamente el abogado que eleva la solicitud de “*evadir*” determinado tema.

El análisis frente a los riesgos de la segunda dimensión es semejante, aunque arribar a la conclusión no es tan sencillo como en la primera. Podría parecer “loable” que el litigante busque evitar que el testigo proporcione información inadmisibles o irrelevante, pero lo cierto es que la determinación acerca de qué es admisible y qué no lo es le corresponde al juez, no al litigante. No puede este último cercenar la información que se presentará en juicio abrogándose la toma de decisiones que se encuentran dentro del ámbito de competencia del juez. Un breve ejemplo ilustra el razonamiento que pretendo exponer. Simplemente imaginemos lo que sucedería si el litigante solicita al testigo que se abstenga de proporcionar determinada información que entiende inadmisibles: ¿qué garantiza que el juez hubiese adoptado la misma decisión? ¿no era un asunto que debió haberse sometido a un análisis de admisibilidad por parte del juez antes de que el litigante decidiera sustraerlo del juicio? Sin duda, se limita uno de los valores centrales del proceso, como lo es la búsqueda de la verdad, sin que medie una decisión judicial que lo amerite.

La tercera dimensión es mucho más compleja de analizar. Por un lado, no existe una solicitud de callar la verdad hacia el testigo al informarle que determinado aspecto no corresponde a información que al litigante le interese incorporar al juicio. La ausencia de solicitud nos sitúa en un escenario distinto. Sin embargo, considero razonable afirmar que la sola posibilidad de

que el testigo interprete esa manifestación como una “invitación”, “consejo” o “sugerencia” en el sentido de no incorporar la información ya hace necesario concluir la inadmisibilidad de la práctica tal y como ha sido sugerida en la literatura especializada. Es cierto, puede que no se interprete así –como una invitación–, pero también es cierto que el riesgo en ese sentido es palpable. Y considero que la sola existencia del riesgo, con las implicaciones que puede tener, debería inclinar la balanza hacia la prohibición de esa tercera vertiente de la práctica en comento.

Analizados los riesgos –que ni son leves ni son pocos– conviene pronunciarse acerca de los supuestos beneficios que traen consigo las prácticas de preparación del testimonio. Los más difundidos manuales de litigación en Latinoamérica, a los que ya hemos hecho referencia, fijan el fundamento de unas u otras prácticas de preparación –las que cada uno defiende– en la necesidad de conocer con precisión los hechos que el testigo conoce y, por ende, la potencial declaración que rendirá (Lorenzo, 2013, p. 171; Baytelman y Duce, 2016, p. 129; Rua, 2015, p. 179; Blanco et al., 2021. P. 171).

Al respecto, hay que ser claros: la necesidad existe, y por supuesto que ese conocimiento previo sí debe ser el rasgo distintivo de un abogado diligente. Sin embargo, las prácticas de preparación del testimonio no resultan indispensables para la materialización de esa finalidad. Tal necesidad se solventa a través de las declaraciones judiciales a las que pueden recurrir las partes para que de forma previa al juicio y cumpliendo los protocolos normativos –de existir– así como las recomendaciones de la psicología del testimonio, se le tome declaración al potencial testigo. Y como es un método de investigación, y no de preparación, debe quedar debidamente videograbada, de tal manera que cualquier quebrantamiento del protocolo sea verificable. Ahora, si un determinado ordenamiento jurídico no contempla la facultad para que la defensa tome ese tipo de declaraciones –pues normalmente sí la contemplan para la fiscalía–, lo que procede es llevar a cabo una interpretación amplia del derecho a la defensa para que ello sea permitido o, idealmente, una reforma normativa que contemple con claridad tal derecho. Pero no abrir la puerta a riesgos epistémicos tan importantes como los advertidos al permitir las diversas prácticas de preparación del testimonio.

Se ha dicho que las preguntas sugestivas permiten fijar con mayor precisión los hechos durante las sesiones de preparación (Rua, 2015, p. p. 185). Pero la afirmación es equivocada. La fijación de detalles fácticos, de conformidad con las mejores prácticas de entrevista, se realiza a través de preguntas de seguimiento (Manzanero, 2008, p. 142; Mazzoni, 2019, P. 110) que, a partir de las respuestas de los testigos, permiten profundizar en los pormenores de la declaración, sin que para ello sea necesario acudir a tácticas sugestivas como algunas de las descritas en los párrafos anteriores.

Veámos también que hay quienes sostienen que la preparación del testimonio es necesaria para conocer las contradicciones del testigo y buscar explicaciones y justificaciones para ellas. Pero, otra vez, si hay o no contradicciones, es algo que se conoce con una declaración judicial. Y sobre el propósito de “buscar explicaciones” para las contradicciones, debe dejarse claro que la única respuesta de valor epistémico radica en afirmar que las explicaciones debe proporcionarlas el testigo en juicio, sin injerencia externa. Las contradicciones no se maquillan, no se esconden, las contradicciones se valoran, y esto es algo que parece perderse de vista cuando se eleva esta razón como justificación para las peligrosas prácticas de preparación del testimonio.

A modo de conclusión parcial, las prácticas de preparación del testimonio presentan muchos y muy graves riesgos epistémicos, mientras que virtualmente ningún beneficio. En ese orden de ideas, aquellos beneficios que por la literatura jurídica se identifican, pueden ser igualmente alcanzados por métodos de investigación menos riesgosos. Vale la pena advertir, antes de continuar, que he dejado por fuera del análisis la finalidad de reducir el temor y la incertidumbre de los testigos, atendiendo a que constituirá el núcleo de la discusión frente a las prácticas de familiarización del testimonio.

3.3. La familiarización del testimonio

3.3.1. Descripción de las prácticas de familiarización del testimonio

Aunque las técnicas de familiarización del testimonio tienen más características en común que las de la preparación, bien vale continuar el esfuerzo descriptivo con el fin de individualizar lo que cada una de ellas implica y, sobre esa base, poder determinar sus riesgos y beneficios desde el punto de vista epistémico.

Práctica 1. Explicación sobre la dinámica del interrogatorio cruzado. El método de desahogo de la prueba testimonial adoptado por múltiples ordenamientos latinoamericanos producto del movimiento reformista resulta complejo y, en ocasiones, desconcertante para los testigos. En ese orden, la primera práctica de familiarización implica la explicación sobre quiénes le realizarán preguntas al testigo; cuáles serán las fases de la práctica del testimonio (directo, contraexamen, re-directo, contraexamen, dependiendo de la jurisdicción); la obligación de guardar silencio cuando una de las partes suscite controversia acerca de la legitimidad de las preguntas (objeciones); la diferencia entre el tipo de preguntas que se pueden realizar en las distintas fases, etc. Se trata de una práctica que goza de alta aceptabilidad en la comunidad jurídica, incluyendo los restrictivos pronunciamientos de la Corte Penal Internacional –aunque, valga aclarar, en dicha jurisdicción se entiende que debe ser desplegada por la Unidad de Víctimas y Testigos, y no por las partes– (Corte Penal Internacional, 2006, p. 11).

Práctica 2. Advertencia sobre legitimidad de olvidos, desconocimientos, confusiones y solicitudes de aclaración. Consiste en explicarle al testigo que es admisible que si en realidad no recuerda algo o no lo conoce, puede manifestarlo con perfecta tranquilidad, sin temor a represalias. En otras palabras, que no está obligado a *idear* aquello que no recuerda o que no conoció. En el mismo sentido, esta práctica implica comunicarle al testigo que puede solicitar aclaraciones cuando una de las preguntas no sea comprensible o cuando sienta que está confundido. La necesidad de este tipo de apoyo para el testigo es apoyada, incluso, por la más crítica doctrina anglosajona (Gershman, 2002, p. 856).

Práctica 3. Aclaración sobre aspectos logísticos. Para muchas personas la experiencia de rendir testimonio es novedosa, en todo sentido. Esto implica que desconocen los laberintos de la administración de justicia, en sentido figurado y literal. Tampoco conocen cuánto tiempo deben estar disponibles para rendir su testimonio, si deben tomarse horas o días para ello, etcétera. Así, esta práctica consiste en expresarle al testigo cuándo se realizará el testimonio; en qué lugar; la posibilidad de que la Corte expida certificación de la asistencia al testimonio (cuando sea requerida para justificar inasistencias laborales o académicas); duración aproximada del procedimiento y otras similares (Gershman, 2002, p. 857; Flowers, 2011, p. 1020; Waites, 2009, p. 20; Baytelman y Duce, 2016, p. 131).

Práctica 4. El decoro exigido. Precisamente por lo novedosa de la experiencia, es altamente probable que el testigo desconozca las “normas de conducta procesal” que debe acatar durante su declaración. La explicación del decoro exigido implica transmitirle la inadmisibilidad de promover o caer en discusiones personales con el juez o los abogados; la prohibición de consultar el teléfono durante la declaración, o de consultar con otras personas presentes el sentido de la respuesta y la obligación de dirigirse a todas las partes con el más absoluto respeto, suceda lo que suceda. Conlleva incluso, se ha dicho, asesorar al testigo acerca de la forma en la que debe vestirse para mostrar el debido respeto ante la majestad de la justicia (Gershman, 2002, p. 857; Flowers, 2011, p. 1020; Vasiliev, 2011, p. 17).

Práctica 5. Regularidad de la toma del juramento. La doctrina ha reconocido con razón el efecto intimidatorio que la toma agresiva u hostil del juramento puede tener en los testigos. Sobre todo, porque en muchas legislaciones el juramento viene acompañado de la lectura del delito de falso testimonio y hasta de la pena con la que es sancionado. En ese orden, la explicación consiste en que la persona conozca que a todos los testigos les toman juramento y les advierten que al faltar a él pueden ser condenados e ir a prisión. Con ello se disipa el temor que puede surgir en algunos testigos al pensar que se trata de una amonestación que se realiza sólo frente a ellos por alguna predisposición del juez en su contra. Sobre esta práctica vale la pena resaltar que la Corte Penal Internacional, en el “*Unified protocol on the practices used to prepare and familiarise witnesses for giving testimony at trial*” aceptó lo profundamente estresante que puede resultar la admonición que acompaña al juramento, señalando: “*La Sala reconoce que puede ser muy estresante para el testigo ser advertido, en el inicio de la declaración y personalmente por el juez que preside la audiencia, sobre las consecuencias del falso testimonio*” (Corte Penal Internacional, 2010, p. 11).

Práctica 6. Explicación sobre el alcance de los privilegios. Radica en que el testigo conozca cuándo se presenta uno de los privilegios para no declarar, cuál es su alcance y cuál debe ser el trámite a cumplir al alegarlo. Se trata de una práctica especialmente pensada para aquellos casos en los que la aplicabilidad o alcance del privilegio no resulta sencilla de discernir, sobre todo para los testigos que cuentan con nula formación en materia jurídica.

Estas explicaciones han sido entendidas como admisibles por la doctrina latinoamericana (Rua, 2015, p. 185; Baytelman y Duce, 2016, p. 131).

Práctica 7. Limitaciones en la interacción durante el testimonio y promoción de la espontaneidad. Consiste en explicarle al testigo que durante el testimonio el abogado no puede responderle ningún tipo de preguntas o dudas que puedan surgir y que, de formularse tales preguntas por el testigo, el abogado deberá ignorarlas. La aclaración supone, además, que la ausencia de respuesta por parte del abogado ante la pregunta que formule el testigo no debe entenderse como una actitud hostil o irrespetuosa de parte de aquel.

Práctica 8. Advertencia sobre necesidad de abordar temas particularmente sensibles. Implica que el testigo sepa que algún tema especialmente delicado para él va a ser abordado, y su finalidad radica en que tal advertencia evite que la pregunta tome al testigo desprevenido y lo descomponga emocionalmente. Se trata de una práctica pensada particularmente, por ejemplo, para la declaración de la víctima de un delito sexual o violencia de género, o para el testigo que debe recordar un evento traumático como el homicidio de un familiar o semejantes. En otras palabras, la herramienta consiste en explicarle al testigo que, aun cuando altamente sensibles, todos esos temas deben ser abordados con un profundo grado de detalle.

Práctica 9. Particularidades de la práctica del testimonio a través de conexión remota. Supone la explicación sobre la necesidad de mantener la misma compostura, decoro y actitud que en la presencialidad, en primer lugar. Además, la advertencia acerca de la inadmisibilidad de abrir otras aplicaciones en sus dispositivos, de leer documentos sin autorización, ni de forma evidente ni soterrada. También impone transmitirle al testigo la importancia de contar con su documento para su identificación y una conexión a internet estable o, de no contar con ella, la necesidad de comunicarlo anticipadamente para buscar alguna alternativa, entre otras.

Práctica 10. Reforzamiento sobre el rol de testigo que tiene la persona. Básicamente consiste en recordarle a los testigos que tienen alguna relación con las partes que su papel radica exclusivamente en contar aquello que percibieron de la forma más espontánea y sincera posible, *no* en defender o intentar ayudar a la parte con la que tienen esa relación o

cercanía. También implica explicarle que el ánimo de defensa o colaboración “a toda costa”, lejos de beneficiar a la parte a la que pretende ayudar, en realidad puede terminar perjudicándola por la afectación a la fiabilidad de la prueba que supone una marcada parcialidad en el testigo. En otras palabras, que el testigo logre “evitar el ansia de querer ayudar” (De Paula Ramos, 2019, p. 177).

3.3.2. Análisis epistémico de las prácticas de familiarización del testimonio

El análisis de la familiarización del testimonio impone realizarse, ciertamente, en una dimensión distinta, por una razón de peso: las prácticas referidas no implican ningún tipo de irrupción sustancial en el contenido del testimonio. No suponen ningún tipo de sugerencia sobre lo que el testigo presencié, la forma en la que debe llevar a cabo la narración de los hechos, la seguridad o confianza con la que debe evocarlos, ni mucho menos la sugerencia directa o indirecta en el sentido de no incluir determinadas circunstancias en su narración.

El propósito subyacente a las prácticas descritas con antelación radica en eliminar o, cuando menos, disminuir tangencialmente los temores irracionales que pueden sentir los testigos, particularmente aquellos que se enfrentan por primera vez a la experiencia de rendir declaración en juicio oral. La incertidumbre acerca de concretamente qué sucederá, cómo debe comportarse durante la audiencia, qué tipo de derechos tiene e, inclusive, el temor a sufrir consecuencias de índole judicial ante olvidos o confusiones en las que naturalmente puede incurrir.

Lo anterior no quiere decir, y en esto debe hacerse énfasis, que las prácticas de familiarización del testimonio no traen consigo ningún riesgo epistémico. Sin embargo, los que se logran identificar derivan de su uso abusivo o del traspaso de las fronteras hacia la preparación del testimonio, y no de las prácticas de familiarización propiamente dichas. Por ejemplo, que en la explicación de la dinámica del interrogatorio cruzado –práctica 1– el abogado aproveche para emplear tácticas sugestivas que afecten los procesos de recuperación

del testigo. O que al hacerle saber la legitimidad de informar que algún hecho ha olvidado – práctica 2–, termine por inducirlo a señalar que no recuerda un hecho que el abogado considera perjudicial. Lo mismo podría pensarse de la explicación de los privilegios –práctica 6–, pues es un escenario en el que el abogado puede hacer creer al testigo que es titular de un privilegio que en realidad no tiene.

Los riesgos existen, reitero, pero se derivan de la aplicación indebida de las prácticas de familiarización, y no de las prácticas en sí mismas. Sin embargo, su sola existencia impone verificar si la finalidad buscada por estas prácticas, a la luz de la psicología del testimonio, es lo suficientemente importante como para justificar los riesgos. De ser así, convendrá además pensar en los mecanismos que permitan disminuir tales riesgos.

Entonces, de conformidad con los hallazgos de la psicología del testimonio ¿resulta relevante el nivel de temor o estrés que tiene el testigo al momento de llevar a cabo la recuperación de los recuerdos? La respuesta es enfáticamente afirmativa. En primer lugar, Elizabeth Loftus ha explicado la relación que existe entre el funcionamiento de la memoria y los niveles de estrés. Cuando los niveles de activación del estrés son moderados *“el funcionamiento es óptimo”*, sin embargo, cuando son elevados *“la capacidad de recordar empieza a decaer y a deteriorarse”* (Loftus, 1991, p. 96). En otras palabras, *“cierto grado de estimulación mejora la percepción y la memoria, pero el estrés la empeora. Cuando el miedo lleva a la histeria, se produce un efecto negativo de la memoria”* (Loftus, 1991, p. 97). También se ha dicho que *“cuando la gente tiene miedo, los recuerdos se vuelven escurridizos, se pierden detalles y se recomponen los hechos”* (Loftus, 1991, p. 83).

Manzanero ha llamado la atención sobre la necesidad de *“romper la ansiedad de la situación”* comoquiera que el testigo *“debe sentirse cómodo”* para generar un relato más fiable (Manzanero, 2008, p. 142). Si bien no lo hizo hablando de familiarización del testimonio –como tampoco lo hizo Loftus– los parámetros propuestos para las entrevistas cognitivas resultan de utilidad para nuestro análisis. Los efectos nocivos del temor, la

ansiedad y el estrés frente a los procesos de recuperación también son reconocidos por Giuliana Mazzoni (Mazzoni, 2018, p. 103), y Margarita Diges (Diges, 2011, p. 211), en términos semejantes.

Si el temor, la ansiedad y el estrés del testigo juegan un papel determinante en la calidad de sus procesos de rememoración, y si las prácticas de familiarización del testimonio se muestran idóneas precisamente para disminuir la ansiedad derivada de la incertidumbre –a veces total– con la que los testigos afrontan su potencial declaración, bien vale la pena concluir, como lo hizo la Corte Penal Internacional (Corte Penal Internacional, 2006, p. 9) que las prácticas resultan legítimas. Además, que su buen empleo parece resaltar valores epistémicos que promoverán una narración tranquila y espontánea del testigo y, por ende, la búsqueda de la verdad como finalidad institucional de la prueba en el proceso judicial.

Además, prácticas como familiarizar al testigo con la dinámica del conainterrogatorio –práctica 1– encuentran respaldo en los hallazgos de la psicología del testimonio de conformidad con los cuales advertir a los testigos de potenciales preguntas sugestivas o engañosas –como las que indebidamente suelen realizarse en algunos conainterrogatorios– disminuyen la probabilidad de que los recuerdos del testigo se vean contaminados (Manzanero, 2008, p. 131).

Pero advertíamos que hay riesgos derivados del uso abusivo de las prácticas de familiarización del testimonio, de allí que resulte indispensable que, al regular la institución –que sin duda debe ser regulada–, se diseñen también algunos mecanismos de prevención o sanción frente a ese tipo de extralimitaciones.

4. Propuesta de regulación de las prácticas de preparación y la familiarización del testimonio

Aceptando algunas bondades de la familiarización –no exenta de riesgos derivados de su uso abusivo–, así como aceptando los gravísimos riesgos que se generan con las prácticas de

preparación, realizaré una propuesta de regulación que busque maximizar las bondades; disminuir los riesgos y solucionar algunos de los problemas derivados de las figuras que se entienden admisibles, así como prohibir las que, como resultado del análisis del acápite anterior, se entienden abiertamente inaceptables.

La propuesta de regulación, con su respectiva justificación, consta de 8 puntos:

- (i) Permitir las prácticas de familiarización del testimonio, pero imponiendo la indeclinable obligación de grabar todas las interacciones con los testigos. De esta manera, o se emplean adecuadamente las prácticas de familiarización, lo que no supone graves riesgos epistémicos, o si se llegan a emplear de forma errada o abusiva, de ello quedará un registro fidedigno que permita una adecuada valoración. Una propuesta semejante se encuentra en el trabajo de Vitor de Paula Ramos (2019, p. 176) y, aunque el análisis que da lugar a la propuesta se da en un contexto distinto, resulta de utilidad para el problema en cuestión.
- (ii) Prohibir diametralmente todas las prácticas descritas en el rubro de preparación del testimonio, comoquiera que representan serios riesgos para la búsqueda de la verdad y virtualmente ningún beneficio que las justifique.
- (iii) Contemplar sanciones disciplinarias en contra del abogado que, por un lado, incumpla con las condiciones bajo las cuales se permitiría la familiarización del testimonio y, por otro lado, imponer sanciones disciplinarias –sin perjuicio de las penales ya existentes para los casos relacionados con omitir la verdad– en contra del abogado que viole la prohibición de adelantar la preparación del testimonio.
- (iv) Diseñar una regla de exclusión aplicable a *casos graves de contaminación* derivados de una indebida familiarización o preparación del testimonio, así como una regla de exclusión aplicable a todos aquellos casos en los que la interacción se haya adelantado sin el debido registro.

La debida comprensión y delimitación de esta propuesta impone el análisis de tres argumentos. En primer lugar, no cualquier extralimitación en la familiarización, ni cualquier práctica de preparación, supone la materialización de un riesgo epistémico. De allí que la solución *por default* no debería ser la exclusión, ya que esta estaría verdaderamente justificada en aquellos eventos en los que las prácticas produzcan contaminación en el testimonio. Así, contando con un registro fidedigno de las interacciones abogado-testigo, podrá determinarse con precisión si tal contaminación se produjo.

En segundo lugar, si la interacción se hizo con incumplimiento del deber de guardar registro adecuado, resultará imposible determinar si las prácticas se emplearon adecuadamente o si, por el contrario, algún tipo de contaminación se produjo. La contraparte, al no participar en esas reuniones, tampoco estará en la posibilidad de acreditar que sí se produjo alguna alteración en el proceso de recuperación. Por eso entiendo que lo procedente, en esos eventos de ausencia de grabación, con independencia de que se determine contaminación alguna o no, es la exclusión de la evidencia.

En tercer lugar, considero relevante resaltar que la cláusula de exclusión que propongo se enmarca en aquellas que tienen una finalidad epistémica, por oposición a las contra-epistémicas. Me explico. Comparto la idea de Laudan según la cual “...cada regla que conduce a la exclusión de pruebas relevantes es sospechosa desde el punto de vista epistémico” (Laudan, 2013, p. 46). Sin embargo, considero que la propuesta que elevo encuentra respaldo en los propios planteamientos de Laudan cuando afirma que “en algunas ocasiones tales exclusiones epistemológicamente tienen sentido. Si, por ejemplo, descubrimos que existe un determinado tipo de pruebas relevantes (V.gr. el testimonio de oídas) puede ser sobreestimada por el jurado, entonces su exclusión sería apropiada...” (Laudan, 2013, p. 177).

Si los problemas de las prácticas de preparación del testimonio y el uso abusivo de las relativas a la familiarización generan problemas serios de fiabilidad frente a la

prueba testimonial –como espero haber acreditado que los genera– resulta razonable concluir que estamos en presencia de uno de esos casos que, por vía de excepción, ameritaría una regla de exclusión con respaldo epistémico (que *epistemológicamente tiene sentido*, para utilizar los términos de Laudan), sin que ello implique que nos estemos distanciando de la “*tierra prometida de los epistemólogos: la reducción del error*” (Laudan, 2013, p. 176), sino lo contrario.

- (v) Incluir en las facultades de derecho, así como en las escuelas de formación de defensores, jueces y fiscales, núcleos de capacitación relacionados con las buenas prácticas, límites y riesgos en materia de familiarización, y con la prohibición de la preparación del testimonio. Lo anterior, de forma indispensable, de la mano con una robusta formación en psicología del testimonio y sus hallazgos. El fundamento de la propuesta radica en el ejercicio preventivo que, considero, debe acompañar al sancionatorio propuesto en los dos numerales anteriores.
- (vi) Si el ordenamiento jurídico específico no contempla ya esta posibilidad, debe permitirse una investigación profunda y un contrainterrogatorio profiláctico sobre la forma en la que se adelantó la familiarización del testimonio, o sobre si se realizó de cualquier manera preparación del testimonio. Como consecuencia de lo anterior, debe facultarse a la contraparte para que, antes de juicio, tome declaraciones judiciales, debidamente registradas, en las que, entre otros tópicos, pueda indagar acerca del tema que nos ocupa. Con la implementación de esta propuesta se pretende fortalecer el derecho a la confrontación y, de esa forma, aumentar las probabilidades de identificar la comisión de algunas de las malas prácticas estudiadas en acápite anteriores.
- (vii) La regulación de la familiarización y preparación del testimonio de los acusados (cuando deciden ser testigos) no puede ser la misma. Se trata de casos que demandan mayor interacción entre el abogado y el testigo/acusado, que además no pueden ser objeto de grabación forzada en virtud del privilegio en las comunicaciones abogado-cliente. Si bien las obligaciones éticas generales deberían llevar al abogado a

abstenerse de incurrir en prácticas sugestivas o contaminantes hacia su cliente, lo cierto es que una regulación que limite esas interacciones, o que imponga el deber de registrarlas y descubrirlas, entraría en contravía de una de las manifestaciones más importantes del derecho a la defensa y dejaría en situación de vulnerabilidad manifiesta al procesado.

- (viii) Por último, junto con la Corte Penal Internacional (Corte Penal Internacional, 2010), debemos aceptar que la regulación de las interacciones con los peritos también debe ser diferente. Comoquiera que testificarán sobre el análisis que realizaron y no sobre un hecho que hayan presenciado, los riesgos de alteración de la espontaneidad parecieran morigerarse levemente. Esto no significa que esas interacciones no deban ser reguladas. Deben serlo. Pero la especificidad de este tipo de prueba demanda una regulación diferente que, como puede inferirse con facilidad, escapa a los alcances de este trabajo.

Referencias

- AMERICAN LAW INSTITUTE, *Third restatement of the law governing lawyers*. (2000).
- APPLEGATE, J. (1989). *Witness preparation*. Articles by Maurer Faculty. 847.
<https://www.repository.law.indiana.edu/facpub/847>
- BAYTELMAN, A. y Duce, M. (2016). *Litigación penal. Juicio oral y prueba*. Grupo editorial Ibañez.
- BLANCO, R., DECAP, M., MORENO, L. y ROJAS, H. (2021). *Litigación penal estratégica en juicios orales*. Editorial Tirant lo Blanch.
- CADENA, R. (2019). *Manual de interrogatorio y contrainterrogatorio*. Ediciones nueva jurídica.
- CAMPO, A., STUART, S., y BETANZOS, T. (2011). *Witness Preparation: A manual for attorneys*. CreateSpace, Amazon.
- CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS –CEJA–. (2022). *Lineamientos para un código de ética en la litigación penal oral*. CEJA
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C-1194 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; 22 de noviembre de 2005.
- DE PAULA, V. (2019). *La prueba testifical. Del subjetivismo al objetivismo, del aislamiento científico al dialogo con la psicología y epistemología*. Marcial Pons.
- DIGES, M. (2011). *Testigos sospechosos y recuerdos falsos*. Editorial Trotta.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, pre-trial chamber I. Decision on the practices of witness familiarization and witness proofing ICC-01/04-01/06, Judge Claude Jorda; 8 de noviembre de 2006.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, trial chamber I. Decision regarding the practices of witness familiarization and witness proofing ICC-01/04-01/06, 30 de noviembre de 2007.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, trial chamber III. Decision on the unified protocol on the practices used to prepare and familiarize witnesses for giving testimony at trial ICC-01/05-01/08, Judge Sylvia Steiner; 18 de noviembre de 2010.

ESPINOSA, D. (2014). *Las técnicas de juicio oral*. Ediciones jurídicas Andrés Morales.

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, Colombia. (2009). *Manual de Procedimientos de la Fiscalía en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano*. Fiscalía General de la Nación.

FLOWERS, R. (2011). *Witness Preparation: Regulating the Profession's 'Dirty Little Secret'*. Hastings Constitutional Law Quarterly, Vol. 38, n°. 4, p. 1007, 2011, Stetson University College of Law Research Paper n°. 2012-9, Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2039480>

GERSHMAN, B. (2002). *Witness Coaching by Prosecutors*. Cardozo Law Review, Vol. 23, 2001 – 2002.

GRENARDO, D. (2013). How Low Can You Go? Analyzing Deposition Misconduct and Avoiding Common Deposition Mistakes. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2212204>

HENNING, P. (2010). *The pitfalls of dealing with witnesses in public corruption prosecutions*. The Wayne State University Law School Legal Studies Research. Disponible en: <http://www.ssrn.com/link/Wayne-State-U-LEG.html>

LAUDAN, L. (2013). *Verdad, error y proceso penal*. Marcial Pons.

LOFTUS, E. F., y Ketcham, K. (1991). *Juicio a la memoria. Testigos presenciales y falsos culpables*. Editorial Alba.

LORENZO, L. (2013). *Manual de litigación*. Ediciones Didot.

MANZANERO, A. (2008). *Psicología del testimonio: Una aplicación de los estudios sobre la memoria*. Ediciones Pirámide.

MAZZONI, G. (2019). *Psicología del testimonio*. Editorial Trotta.

MEDWED, D. (2018). *Coaxing, Coaching, and Coercing: Witness Preparation by Prosecutors Revisited*. Northeastern Public Law and Theory Faculty Research Papers Series No. 326-2018.

RUA, G. (2015). *Examen directo de testigos*. Ediciones Didot.

RYAN, J. y DODGE, A. (2013). *Preparing Witnesses to Give Effective Testimony: The Attorney's Essential Guide*. Dodge Consulting & Publications LLP.

SEMILLERO DE LITIGACIÓN PENAL. (2023). Encuestas sobre preparación de testigos. Universidad del Rosario, Colombia. <https://www.dropbox.com/sh/uu0x8nf0o8pkiz5/AADzu0eO9frLTXVplfd-QwAxa?dl=0>

SINTURA, F., LOMBANA, J., FORERO, J., BERNATE, F., DÍAZ, L., GALEANO, J., SÁNCHEZ, R., RODRÍGUEZ, A., HENAO, L. y MARTÍNEZ, W. (2005). *Sistema Penal Acusatorio*. Editorial Universidad del Rosario.

STUART, S., BETANZOS, T., y CAMPO, A. (2016). *Witness Communication Training: Helping Witnesses Learn to Deliver and Defend the Truth Under Adverse Examination*. CreateSpace, Amazon.

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. State of North Carolina v. Timothy Lane McCormick. 4 de diciembre de 1979.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA, Sala Penal. Proceso 2014-05146.

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, Sala Penal. Proceso 2017-44079. Audiencia de juicio oral 3 de marzo de 2022.

U.S. AGENCY FOR INTERNATIONAL DEVELOPMENT –USAID–. (2003). *Técnicas de juicio oral en el sistema penal colombiano*. USAID Colombia.

U.S. AGENCY FOR INTERNATIONAL DEVELOPMENT –USAID–. (2009). *Técnicas del proceso oral en el sistema penal acusatorio colombiano. Manual general para operadores jurídicos*. USAID Colombia.

VASILIEV, S. (2011). *From Liberal Extremity to Safe Mainstream? The Comparative Controversies of Witness Preparation in the United States*. International Commentary on Evidence: Vol. 9: Iss. 2, Article 5.

WAITES, R. (2009). *Helping Reluctant Witnesses to Give Effective Testimony*. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1520809>