

Trabajo final de máster

Máster en Razonamiento Probatorio

Título: “El Contra examen en el Ordenamiento Jurídico Colombiano, ¿Un test de la verdad y una garantía del derecho a la contradicción de la prueba?”

Alumno/a: María Camila Merchán Romero

Tutor/a: Dr. Vitor de Paula Ramos

Convocatoria (mes/año): Enero - Abril 2024

ÍNDICE

1. Introducción

2. Alcance del contra-examen en el marco del sistema penal con tendencia acusatoria en Colombia
 - 2.1. Dos funciones del contrainterrogatorio: test de la verdad y garantía del derecho a la contradicción de la prueba

 - 2.2. Algunos aspectos de la práctica del contra- interrogatorio
 - 2.2.1. Aspectos preliminares
 - 2.2.2. El interrogatorio cruzado y la teoría del caso de las partes
 - 2.2.3. Temas que se permiten abordar en la práctica del contrainterrogatorio
 - 2.2.4. El tipo de preguntas y el contra - examen
 - 2.2.5. El testigo común

3. Problemas de las prácticas actuales del contrainterrogatorio
 - 3.1. Precisiones previas
 - 3.2. Argumentos que aporta la psicología del testimonio
 - 3.3. El diseño del interrogatorio cruzado y los hallazgos de la psicología del testimonio
 - 3.4. Sugerencias para dar un manejo más adecuado al contrainterrogatorio

4. Conclusiones

1. Introducción

El procedimiento penal colombiano con tendencia acusatoria acude a la técnica del interrogatorio cruzado para practicar la prueba testifical en el juicio. Dicha técnica presenta un primer momento en el cual la parte que propone la prueba interroga directamente al testigo sobre los temas que estime convenientes¹ para su teoría del caso. Seguidamente, la contra parte puede optar por conainterrogar sólo sobre determinados aspectos abordados en la etapa anterior. Acto seguido, se da la oportunidad tanto a la defensa como a la Fiscalía, de realizar una nueva ronda de preguntas estrictamente sobre los temas agotados en las etapas previas.

El presente texto se cuestiona si el diseño que el Código de Procedimiento Penal Colombiano -en adelante C.P.P.- ha adoptado para la práctica del examen cruzado, especialmente para el conainterrogatorio, es compatible con el fin institucional del proceso judicial de aproximarse a la verdad y si realmente permite a las partes el ejercicio de su derecho a controvertir las pruebas presentadas en su contra.

Para ello, a partir de una exposición doctrinal y jurisprudencial, se analiza el contra examen como i. una herramienta para desenmascarar la verdad y ii. una expresión del derecho a la contradicción de las pruebas. Más adelante, se profundizan aspectos de la práctica del interrogatorio directo que inciden en el contra examen, conforme a lo establecido en el ordenamiento jurídico colombiano. Además, se expone el procedimiento previsto para escuchar en juicio al denominado testigo común, esto es, aquel declarante cuyo testimonio ha sido solicitado tanto por la Fiscalía, como por la defensa.

Como análisis subsecuente, se estudian, desde el punto de vista de la psicología del testimonio, los obstáculos derivados de la práctica del interrogatorio cruzado. Se precisa por que aquellos tropiezos representan riesgos de cara al fin judicial de aproximarse a la verdad

¹ Usualmente, delimitado por la relevancia de la prueba.

como correspondencia,² así como una barrera al adecuado ejercicio del derecho a controvertir las pruebas de cargo. Por último, se proponen algunos puntos para estructurar una solución al problema planteado.

2. Alcance del conainterrogatorio en el marco del sistema penal con tendencia acusatoria en Colombia

Este apartado tiene como propósito ilustrar algunos fines y características atribuidos al contra-examen. En un mismo sentido busca esclarecer cuál es su alcance legal y jurisprudencial en Colombia.

2.1. Dos funciones del conainterrogatorio: test de la verdad y garantía del derecho a la contradicción de la prueba.

i. Test de la verdad

El proceso judicial está llamado a verificar la verdad de los hechos debatidos en un litigio, “*solo si el proceso judicial cumple la función de determinar la verdad de las proposiciones referidas a los hechos probados podrá el derecho tener éxito como mecanismo pensado para dirigir la conducta de sus destinatarios*”.³ En consecuencia, la actividad probatoria debería ser adecuada para constatar si cierto contexto fáctico se corresponde con aquello que efectivamente ha sucedido en el mundo⁴, siempre y cuando se respeten otros valores imprescindibles del procedimiento⁵.

Ahora bien, es pertinente preguntarse si el contra examen que se lleva a cabo a un testigo, tal como está diseñado en el ordenamiento jurídico colombiano, es una forma adecuada para corroborar los hechos debatidos en el proceso penal, o al menos, para establecer, en la mayor

² Entendida como la correspondencia de los hechos propuestos y la realidad: “La verdad sería, de acuerdo con esta concepción, una relación de correspondencia o conformidad entre el lenguaje, de un lado, y los hechos o la realidad, de otro.” (González Lagier, 2022: 22)

³ Ferrer Beltrán, 2007: 30.

⁴ Ferrer Beltrán, 2021: 17.

⁵ Ferrer Beltrán, 2007: 31.

medida de lo posible, si el relato de un testigo corresponde a circunstancias que han ocurrido en la realidad.

Se le ha atribuido al contra examen la finalidad e idoneidad para conducir a la verdad. Henry Wigmore, conocido como el padre del contrainterrogatorio⁶, ha señalado que es *“más allá de toda duda, el mejor mecanismo legal que se haya inventado jamás para descubrir la verdad”*⁷. Un abogado tiene un gran poder con la técnica del contra examen, que, manejada correctamente con preguntas bien direccionadas, puede poner de manifiesto la verdad⁸. Una postura como esta, se ampara en el hecho de que la confrontación del testigo con las conocidas *“leading questions”*, revelará las debilidades de determinada declaración⁹. En una misma línea Edwar Cox sostiene que el contra examen *“es el test de la verdad más certero que existe, una mejor garantía para alcanzar la verdad”*¹⁰, si a partir de un uso prudente de las preguntas, se evidencian las contradicciones del testigo mentiroso^{11 12}.

Con fundamento en los autores antes referidos, Fajardo Vanegas concluye que el contrainterrogatorio *“es un test de la verdad para la prueba testimonial”*¹³ que evidencia ante el juez la información aportada por el declarante que es realmente fiable y transparente¹⁴. Otra parte de la doctrina colombiana se mantiene en la misma línea, el contra -examen: *“permite controlar la veracidad de la información aportada por el testigo en el*

⁶ Nieva Fenoll, 2019: 239.

⁷ Wigmore, 1904: 1697.

⁸ Wigmore, 1904: 1698: Un abogado tiene un gran poder al contrainterrogar, pues puede manipular su práctica en cualquier sentido, al punto que un mal manejo de la técnica requerida podría afectar sus intereses en el caso o mostrar lo verdadero como falso. El contra examen, por sí sólo, no detecta automáticamente la verdad, ello depende de la forma en que se ejecute.

⁹ Epstein, 2007: 727.

¹⁰ Cox, 1852: 428 y 434.

¹¹ Cox, 1852: 428.

¹² Caso Davis Vs Alaska, 1974: 415. El propósito del contra-examen se alcanza cuando el contra interrogador profundiza en el relato del testigo y pone a prueba su percepción de los hechos, también cuando desacredita e impugna su credibilidad. El Caso United States vs. DiLapiy, define al contra examen como un arma clásica para alcanzar la verdad, en tanto que puede sacar a relucir vicisitudes e inconsistencias en la percepción, la memoria y la narración del testigo.

¹³ Fajardo, 2022: 29.

¹⁴ Ibidem.

interrogatorio directo, esto es, puede haber aspectos que no son precisos o que de manera sustancial son opuestos a la verdad”¹⁵.

Hasta este punto, se observa una alusión a la verdad y al contra examen en el siguiente sentido: se asume que es una técnica que, bien usada, determina cuándo un testigo ha relatado un hecho que efectivamente ha tenido lugar en la realidad.

ii. *Expresión del derecho a la contradicción de la prueba*

Paralelo al planteamiento según el cual el contrainterrogatorio es un filtro para examinar si el relato de un testigo es verdadero, falso, contradictorio o impreciso, se sostiene que también materializa otros aspectos esenciales para el proceso penal¹⁶, como las garantías procesales de las partes. En esta oportunidad, es relevante la relación entre el derecho a la defensa y la prueba¹⁷.

Cuando se habla del derecho a la defensa y la prueba, se suelen considerar dos expresiones fundamentales: (i). El derecho a probar, el cual supone la posibilidad que tienen las partes de solicitar y aportar pruebas que sean de “*crucial importancia para la resolución de cuestiones bajo consideración*”¹⁸ y que las mismas sean admitidas y practicadas¹⁹, para acreditar su propia teoría del caso; (ii) La posibilidad de controvertir las pruebas presentadas por la contraparte, para lo cual es indispensable contar con el acceso pleno a aquellos elementos incriminatorios²⁰.

¹⁵ Parra Guzmán, 2020: 199. “permite controlar la práctica de la declaración para que florezca la verdad, enervando la teoría del caso de la contraparte ... atacando la credibilidad del testigo o al menos generando duda y provocándole al deponente contradicciones o imprecisiones.” Rodríguez, 2012: 119.

¹⁶ Ferrer Beltrán, 2007: 31.

¹⁷ El derecho a la contradicción de la prueba es una de las manifestaciones del derecho a la defensa. Este último “otorga al imputado una amplia gama de derechos que tienden a satisfacer la garantía de la defensa en juicio (...)” (Chiara, La Rosa, y Mariano (2013): 30), como por ejemplo, la posibilidad del imputado ser representado por un abogado, conocer de forma clara los hechos y razones por las cuales es investigado, tener el derecho a recurrir las decisiones que se toman en su contra, derecho a solicitar y aportar pruebas, conocer y controvertir evidencias presentadas en su contra.

¹⁸ Urbano, 2011: 193.

¹⁹ Guerrero Peralta, 2017: 214: la garantía también comprende el derecho a que no se rechacen las pruebas admisibles constitucionalmente que sean decisivas para decisión final.

²⁰ Más adelante se diferencia el contexto en el cual una prueba es compatible con la teoría del caso de alguna de las partes, a aquel en el cual aquella se moldea para el beneficio de sus intereses.

La segunda línea descrita, esto es una garantía efectiva del derecho a la contradicción de la prueba supone que la parte reciba y conozca la prueba que se postula en su contra²¹. Además, obligaría a la parte que emplee dicha prueba en contra de su oponente, a ser *“lo suficientemente explícito en contar los hechos que extrae y los cargos que formula, para que efectivamente se pueda contradecir”*²² Todo lo anterior, es necesario para respetar el núcleo esencial del mencionado derecho, esto es, *“la oportunidad para que la parte o el sujeto procesal a quienes se les opone una prueba puedan (...) discutirla o controvertirla”*^{23 24}.

En el Código de Procedimiento Penal, la contradicción de la prueba es uno de los principios de la actuación penal: el artículo 15 prescribe que *“las partes tendrán derecho a conocer y controvertir las pruebas, así como a intervenir en su formación, tanto las que sean producidas o incorporadas en el juicio oral y en el incidente de reparación integral (...)”*. El numeral 5 del artículo 125, incorpora la facultad de la defensa de *“Interrogar y conainterrogar en audiencia pública a los testigos y peritos.”* Por tanto, el contra-examen del testigo, es una oportunidad para que las partes controviertan su declaración.

La doctrina²⁵ nacional es pacífica en sostener que el contra examen:

*“(...) comprende otro de los principios fundamentales que acompañan a la prueba dentro del nuevo sistema: el principio de contradicción, el cual otorga fundamento a las partes para cuestionar la prueba a través del testigo (...)”*²⁶
*“Durante el juicio la garantía se encuentra en todas las posibilidades de intervención, formulaciones de aclaraciones, interrogación, contra interrogación.”*²⁷

²¹ Parra Quijano, (2006): 76.

²² Ibidem.

²³ Cuello, 2008: 677. Devís Echandía, 1984: 36.

²⁴ La contradicción de la prueba supone un requisito de validez: un juez no podrá fallar a partir de evidencias que no hayan sido controvertidas por la parte respectiva. Sólo pueden usarse elementos respecto de los cuales se otorgó la oportunidad de controvertirlos. Véase Devís Echandía, 1984: 37 y López, 2001: 25.

²⁵ La doctrina nacional es pacífica en este sentido, por ejemplo, Ramírez, 2010: 241 y Bernal y Montealegre, 2013: 685.

²⁶ Acosta y Medina, 2019: 55.

²⁷ Pabón Parra, 2020: 65. Igualmente, Rodríguez Chocontá, 2012: 18; Cuello, 2008: 459.

En cuanto a la jurisprudencia²⁸, la Corte Constitucional Colombiana señala que la contradicción otorga la posibilidad al acusado “*de participar en la construcción de la prueba*”²⁹, “*por ejemplo interrogando a los testigos presentados por la otra parte o por el funcionario investigador*”³⁰. La Sala Penal de Corte Suprema de Justicia entiende que el derecho a la contradicción a partir del contra examen, se manifiesta especialmente en la posibilidad de impugnar la credibilidad del testigo³¹. Según esta alta corporación, la parte que conainterroga puede formular preguntas sugestivas y emplear declaraciones previas para cuestionar el contenido del testimonio³². Así, el derecho a la contradicción de la prueba testimonial se protege, si se otorga la posibilidad al contra examinador de poner en duda lo que el declarante ha señalado en el interrogatorio directo, y no cuando aquel pretende abordar nuevos temas que no fueron objeto del directo.

El conainterrogatorio tiene límites³³, pues las partes deben controvertir la prueba testifical adversa, atendiendo ciertas restricciones legales que no deben afectar el núcleo del derecho a la contradicción del testimonio³⁴. La Corte Constitucional destaca: “*algunas garantías procesales, -y entre ellas el derecho de defensa y contradicción- no son absolutas y pueden ser limitadas por el legislador, siempre que (...) no se desconozcan otros derechos fundamentales, como puede ser el derecho a la igualdad*”³⁵. Algunos de los límites al derecho a la contradicción de la prueba testifical³⁶, se traducen en: abstenerse de emplear

²⁸ Corte Suprema de Justicia Colombiana, Sala Penal, 2019.

²⁹ Fierro, 2017: 185.

³⁰ Corte Constitucional Colombiana, 2001. Igualmente en Sentencia C-401 de 2013 con ponencia de Mauricio González Cuervo y el Auto 1087 03 de agosto de 2022, M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najar.

³¹ Corte Suprema de Justicia, radicado 52351 de 25 de abril de 2018. M.P. Patricia Salazar Cuellar.

³² Corte Suprema de Justicia, Sala Penal (2019). Véase también la Sentencia de 28 de junio de 2017, Radicación 47577 con ponencia de Eyder Patiño Cabrera. Sobre la oportunidad de refutar lo señalado por el testigo: Sentencia de 31 de agosto de 2016, radicado 43916, con ponencia de Patricia Salazar Cuellar y la Radicación 61948 de fecha de 17 de agosto de 2022, con ponencia de Luis Antonio Hernández Barbosa.

³³ Por ejemplo, las declaraciones de los testigos no pueden ser sometidas o métodos inadmisibles como la fuerza, amenazas, coacción, torturas o engaños (Almagro, 1995: 1995).

³⁴ Decastro, 2005: 256.

³⁵ Corte Constitucional, Sentencia C 373 de 2011. Igualmente, sentencia C- 475 de 1997: si derechos como la defensa “tuvieren primacía absoluta, no podría establecerse un término definitivo para acometer la defensa, ni restringirse la oportunidad para practicar o controvertir las pruebas, ni negarse la práctica de pruebas inconducentes cuando hubieren sido solicitadas por el procesado, etc. Predicar la supremacía irresistible ... equivaldría ... a someter al proceso a las decisiones del procesado.” Zabaleta, 2017: 180.

³⁶ De castro, 2005: 201.

preguntas capciosas; procurar indagar por hechos específicos; no faltar al respeto al deponente; cuestionar sobre temas que le consten al testigo; aludir a temas pertinentes y conducentes; no tratar temas nuevos que no hubiesen sido abordados en el directo³⁷; no emplear argumentos en el contra-examen, entre otros³⁸.

Desde esta óptica, es relevante la asociación de la garantía de contradicción al contra examen, pues más adelante, a partir de la perspectiva de la psicología del testimonio, se estudia si su práctica actual no restringe desmedidamente su núcleo esencial.

2.2. Algunos aspectos de la práctica del conainterrogatorio

En el presente apartado se identifican las pautas legales y jurisprudenciales para la práctica del interrogatorio directo y el contra-examen, en especial, los temas que se pueden abordar con esta última técnica, la naturaleza de las preguntas que se van a formular, así como la figura del testigo común.

2.2.1. Aspectos preliminares

Es indispensable repasar algunos presupuestos que anteceden a la práctica de la prueba testimonial, cuya comprensión es necesaria para identificar las vicisitudes que se desprenden de la técnica del contra-examen. La primera precisión, resalta que en un sistema de tendencia acusatoria como el proceso penal colombiano, las partes, el acusador/fiscalía y la defensa, actúan con el propósito de demostrar su teoría del caso, por tanto, cada una de sus actuaciones, estarán orientadas a acreditar sus posturas jurídicas. Este es justamente el rol que asumen en un sistema adversarial³⁹, de manera que cada una de ellas no está llamada a

³⁷ Para Decastro, es viable tratar temas nuevos en el contra examen a través de preguntas abiertas, más no preguntas sugestivas. (Decastro, 2005: 267)

³⁸ *Ibidem*: 260 y Ss.

³⁹ “El sistema adversarial (...) supone una suerte de contienda entre dos partes (...) donde cada una expone los elementos de juicio -fácticos y teóricos- que pretende hacer valer ante un tercero encargado de decidir quién tiene la razón.” (Bernal y Montealegre, 2013:685)

defender una posición opuesta a los intereses que representan⁴⁰. De hecho, el mismo Código de Procedimiento Penal⁴¹ habilita a las partes a solicitar pruebas que sean coherentes con sus estrategias de litigio⁴². De forma consonante, la Sala Penal de la Corte se refiere a la pertinencia en los siguientes términos:

“(…) para la parte que demanda allegar un determinado medio de prueba a la audiencia del juicio oral, corre como carga procesal aquella de argumentar en torno de su pertinencia y conducencia, esto es, (…) dar a conocer claramente cuál es su objeto, o mejor, qué se pretende, de manera general, demostrar con ese medio, dentro del espectro preciso de la teoría del caso que sustenta su posición dentro del proceso. (…) se halla inescindiblemente ligado a los intereses, soportados en una específica teoría del caso, de cada parte, los cuales, por razones obvias, las más de las veces reflejan controversia o disonancia entre ellos”⁴³.

Lo anterior cobra preponderancia en la audiencia preparatoria⁴⁴, pues es una fase en la cual las partes deben solicitar al juez el decreto de las pruebas que serán practicadas en la etapa posterior del proceso -juicio oral-. Por lo tanto, en esta sede, tanto la Fiscalía, como la defensa, tienen la carga de argumentar la pertinencia de cada una de sus solicitudes, la cual será congruente con su teoría del caso: *“Las partes en consecuencia tienen la obligación de explicar de manera clara y sucinta la pertinencia de cada prueba en el marco de su teoría del caso”⁴⁵.*

En este punto, se introduce un ejemplo modelo para entender el diseño colombiano de las primeras dos fases del examen cruzado: supóngase que la Fiscalía acusa a un enfermero por

⁴⁰ Se discute el rol de la fiscalía frente a un teoría del caso específica: debería tener una posición imparcial al momento de ejercer la acción penal e indagar por elementos de imputación como de exculpación. (Guerrero, 2017: 212).

⁴¹ En la audiencia preparatoria: “el juez dará la palabra a la fiscalía y luego a la defensa para que soliciten las pruebas que requieran para sustentar la pretensión.” (Artículo 357 del C.P.P)

⁴² Carofligio, 2010: 175.

⁴³ Corte Suprema de Justicia Colombiana, Sala Penal, 2019.

⁴⁴ El artículo 357 del C.P.P. ya citado.

⁴⁵ Sentencias de la Sala Penal de la Corte: radicado 46153 de septiembre 30 de 2015; radicado 45599 de marzo 8 de 2017 y radicado 50696 de diciembre 4 de 2019, radicado 00222 de 15 de abril de 2020, entre otras.

el delito de homicidio culposo, ya que causó la muerte de un paciente al suministrarle un medicamento que ya le había brindado un colega unas horas antes. Se aduce que el acusado no fue diligente y no revisó la historia clínica en la cual constaba que ya se había medicado a la víctima mortal. Por su parte, la defensa conoce que, el día de los hechos, el funcionario que dio en un primer momento la medicina al paciente, sólo consignó la información en la historia clínica hasta el día siguiente, debido a que tuvo que atender una emergencia de un paro respiratorio de otro usuario, situación que le obligó a suspender de inmediato sus actividades.

En el ejemplo propuesto, la Fiscalía, para probar su pretensión inculpatoria, podría solicitar el testimonio del jefe inmediato tanto del acusado como del colega, porque estaba a cargo de coordinar las actividades de sus empleados y se encontraba laborando el día de los acontecimientos. Para ello, el ente acusador argumentaría que la declaración es relevante para demostrar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales el enfermero causó la muerte a su paciente y faltó a su deber de verificar la historia clínica.

2.2.2. El interrogatorio cruzado y la teoría del caso de las partes

Si la Fiscalía y la defensa respaldan la relevancia de una prueba testifical en argumentos que dan fuerza a sus propias teorías del caso, es claro que acudirán a la práctica de esta prueba con el mismo propósito. Para entender el alcance de esta consideración, es conveniente examinar el diseño del interrogatorio directo y el contrainterrogatorio en el artículo 391 del C.P.P:

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

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

El primer inciso alude al interrogatorio directo, el cual debe realizarlo quien ha solicitado el testimonio desde la audiencia preparatoria. Es decir, aquella parte que ha argumentado la pertinencia de escuchar al testigo, desde el punto de vista de los intereses que representa⁴⁶. Bajo esta premisa, el interrogador directo va a direccionar sus preguntas para beneficiar su teoría del caso y va a preparar su intervención de acuerdo con el rol que le corresponde dentro del proceso - acusador o defensor-.⁴⁷

La misma conclusión se predica respecto al enfoque de un conainterrogatorio:

“Los conainterrogatorios no se llevan a cabo de forma aislada. Forman parte del plan total del juicio, cuyo fin último es el veredicto favorable. Usted quiere que el juez y el jurado adopten su teoría del caso y rechacen la de la otra parte”⁴⁸.

A partir del alcance de la pertinencia antes expuesto, se espera que la parte solicitante de la prueba que interroge directamente al testigo realice preguntas acordes con su teoría del caso y ponga a consideración del declarante solamente los temas que estime convenientes para su representado. La misma situación; deberá predicarse del oponente convocado a contra examinar al testigo, en la medida en que la técnica se lo permita.

En el ejemplo modelo, el acusador interrogaría directamente al jefe del acusado con fundamento en la pertinencia que alegó en la audiencia preparatoria, la cual, como ya se señaló procura beneficiar su teoría del caso. En este orden, en el interrogatorio directo se

⁴⁶ En “el interrogatorio (...) el acusador y defensor someten al deponente a una serie de preguntas y contra preguntas, para sustentar su pretensión procesal, que concretan a los temas que consideran importantes.” (Rodríguez, 2012: 87).

⁴⁷ Bajo la condición de usar preguntas abiertas, pues la norma prohíbe usar interrogantes sugestivos, cuya noción se estudia más adelante.

⁴⁸ Clark, 2015: 9.

pediría al jefe que aborde los siguientes temas: A. ¿El acusado estaba de turno? y B. ¿Suministró la dosis del medicamento que ocasionó la muerte del paciente?

2.2.3. *Temas que se permiten abordar en el contrainterrogatorio*

El inciso segundo del artículo 391 ya citado, define el alcance del contrainterrogatorio, y delimita los temas que puede abordar el contra-examinador al interrogar al testigo propuesto por su oponente. Esta norma ha suscitado dos interpretaciones jurisprudenciales: la primera de ellas señala, que sólo pueden considerarse los tópicos que el declarante indicó en las respuestas relatadas en directo. La segunda, amplía el contra examen a temas discutidos en general en el directo, sin que se restrinjan estrictamente a las respuestas del deponente:

i. El auto del 26 de octubre de 2007⁴⁹, Radicado 27608, sostuvo:

*“(...)la regla más importante cuando de contrainterrogar se trata, **es la limitación que impone la formulación de preguntas única y exclusivamente relacionadas con los temas tocados por el testigo al responder el directo**, sin que el hecho de que la defensa pueda impugnar su credibilidad mediante la utilización de declaraciones anteriores del deponente, lo legitime para desbordar el contrainterrogatorio.”⁵⁰ (subrayado fuera de texto original)*

Retomando el ejemplo del testimonio del jefe del enfermero, supóngase que la Fiscalía le preguntó por los siguientes puntos: A. Las funciones del acusado como profesional de la salud, B. El acusado suministró el medicamento que causó la muerte y C. La descripción de la tarea de diligenciar las historias clínicas. En este contexto y de acuerdo con la jurisprudencia citada, el contra examinador no podrá preguntar a la testigo sobre el tema C, si este último no dijo nada al respecto en el directo, con independencia de que en esta fase se le hubiese indagado o no por ese tema:

⁴⁹ Obsérvese la misma regla en: Decisión de 28 de noviembre de 2007, radicado 28656 con ponencia de Julio Enrique Socha Salamanca; Sentencia de 18 de abril de 2012, radicado 38364, M.P. Fernando Alberto Castro Caballero; Sentencia de 21 de mayo de 2014, Radicado 42864, MP. José Luis Barceló Camacho.
⁵⁰ Corte Suprema de Justicia Colombiana, Sala Penal, 2019.

<i>Temas preguntados en el directo</i>	<i>Temas contestados en el directo</i>	<i>Temas que puede abordar el contra examinador</i>
A. Funciones del acusado como profesional de la salud	Sí lo aborda	Se puede abordar
B. El acusado suministró el medicamento que causó la muerte	Sí lo aborda	Se puede abordar
C. La descripción de la tarea de diligenciar las historias clínicas	No lo aborda	No se puede abordar

ii. Recientemente, la Corte adoptó una nueva posición más flexible que poco a poco ha tomado fuerza, como es el caso de la sentencia de 15 de abril de 2020⁵¹, con radicación No. 00222:

“(...) el conainterrogatorio se debe limitar a los temas abordados en el interrogatorio directo, (...) y no al contenido de las respuestas dadas por el testigo inicialmente, permitiendo el ejercicio amplio del principio de contradicción y del derecho de defensa en busca de la verdad material como lo exige nuestra Constitución Política (...)”

En el caso modelo, la defensa podrá conainterrogar al testigo sobre los temas A, B y C preguntados, ya sea porque, en el directo, la Fiscalía preguntó sobre aquellos y/o porque el

⁵¹ La Sentencia de 13 de septiembre de 2023, radicado 54937, ya no limita el conainterrogatorio a lo respondido estrictamente por el testigo, se habla de los temas abordados en el interrogatorio directo. La aclaración de voto del Magistrado Ariel Augusto Torres Rojas reitera la posición del auto de 04 de octubre de 2023, radicado 00492, con ponencia de Jorge Emilio Caldas Vera, al igual que el auto de 20 de enero de 2022, radicación 53180.

testigo los mencionó en sus respuestas. No obstante, la defensa estará impedida para interrogar sobre tópicos que no fueron mencionados en ninguna medida en la fase anterior, como, por ejemplo, sobre el hecho de que el colega que medicó previamente al paciente, tuvo que atender la emergencia de un paro respiratorio de otro usuario, lo que le impidió consignar oportunamente en la historia clínica del fallecido, el suministro del medicamento:

<i>Temas preguntados en el directo</i>	<i>Temas contestados en el directo</i>	<i>Temas que puede abordar en el contra examen</i>
A. Funciones del acusado como profesional de la salud	Sí lo aborda	Se puede abordar
B. El acusado suministró el medicamento que causó la muerte	Sí lo aborda	Se puede abordar
C. La descripción de la tarea de diligenciar las historias clínicas	El testigo podría describir cuáles eran las pautas para diligenciar las historias clínicas, pero no explicar cuándo se hicieron las anotaciones pertinentes relacionadas con el paciente fallecido.	Sí se puede contra interrogar sobre el conocimiento que tenga de las anotaciones realizadas en la historia clínica del paciente que falleció, en tanto que se habló del tema de las historias clínicas en el directo. Sin embargo, no se podría abordar el episodio del paro respiratorio del otro paciente, que tuvo que atender urgentemente la colega que ya había medicado al occiso.

En cualquiera de los dos panoramas antes descritos, el contra interrogador se encuentra facultado para impugnar la credibilidad del testigo y de resaltar aquellas debilidades de la declaración⁵², con independencia de que este mecanismo se realice a partir de temas abordados o no en el directo⁵³, pues como lo sostiene la jurisprudencia antes citada⁵⁴, el contra examen es el mecanismo adecuado para detectar los relatos mentirosos o imprecisos. Lo anterior, teniendo en cuenta que el mismo ordenamiento procesal penal restringe la finalidad del contrainterrogatorio a *“refutar, en todo o en parte, lo que el testigo ha contestado”*⁵⁵.

Algunos doctrinantes nacionales no encuentran problemática en este tipo de restricciones al alcance de los temas tratables en el contrainterrogatorio, en tanto que:

*“este ejercicio concentra su esfuerzo en dirigir las preguntas a los puntos en los que se pretende resaltar una contradicción manifiesta. Es una dinámica mucho más corta, en la cual se identifican las debilidades del testimonio y a través de las preguntas se enfatiza en la contradicción o falta de credibilidad de lo dicho”*⁵⁶.

La interpretación jurisprudencial del inciso segundo del artículo 391⁵⁷ del C.P.P, ha evolucionado sustancialmente⁵⁸. En un inicio, un análisis muy literal de la norma entorpecía el desarrollo de los contrainterrogatorios de manera extrema, en tanto que eran objetadas todas las preguntas que desbordaran los temas tratados por el testigo en el interrogatorio

⁵² Acosta Zárate y Medina Rico, 2019: 60. En un mismo sentido Bello, 2016: 437 y 447.

⁵³ Como lo resalta Fajardo Vanegas, el Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia de 23 de mayo de 2014, señaló que el inciso segundo del artículo 391 del C.P.P. debía interpretarse en el sentido de que “la credibilidad siempre podrá ser materia de contrainterrogatorio, así no se haya planteado en esos términos en el directo”. La Sala Penal del Corte acogió este criterio en decisión de 01 de octubre de 2019, Radicación 52394 con ponencia de Patricia Salazar Cuellar.

⁵⁴ Ver notas 33 y 34.

⁵⁵ Art. 393 del C.P.P.

⁵⁶ Acosta Zárate y Medina Rico, 2019: 61. Un punto similar se refiere en Fierro, 2017: 183 y Pabón Parra, 2015: 590.

⁵⁷ Inciso 02 del Artículo 391 del C.P.P.

⁵⁸ Fajardo, 2022: 365.

directo, incluidos aquellos orientados a impugnar la credibilidad del testigo, si este ejercicio relacionaba asuntos diversos a los discutidos en la fase inmediatamente anterior.

Por fortuna, hoy en día, la Sala Penal admite un margen más amplio de la norma objeto de debate, como se advierte en la providencia ya citada de fecha de 01 de octubre de 2019, pues al menos, en asuntos relativos a la credibilidad del testigo, es factible debatir sobre líneas fácticas diferentes a aquellas examinadas en el directo. Sin embargo, aún persisten desafíos en punto a la verdad como correspondencia y el derecho a la defensa, que se discuten más adelante.

2.2.4. El tipo de preguntas y el contra - examen

Un tema crucial respecto a la técnica del contrainterrogatorio, es la naturaleza de las preguntas que se pueden formular al testigo. Los manuales de técnicas de juicio oral no aconsejan realizar interrogantes abiertos, recomiendan realizar preguntas cerradas, asertivas, y sugestivas, atendiendo a la finalidad legal del contrainterrogatorio de refutar lo declarado por el testigo en el directo:

“ (...) las preguntas abiertas no le resultan favorables; por el contrario, las preguntas requeridas en el contrainterrogatorio bien sea directo o redirecto deben ser cerradas, asertivas, conclusivas y sugestivas.

Lo anterior se fundamenta en que en este momento el testigo no debe exponer un relato sobre lo ocurrido, pues esto debió hacerlo en el interrogatorio que es la etapa precisa para este ejercicio. Así entonces, durante el contrainterrogatorio solo deben cuestionarse aspectos puntuales de su narración a los cuales le sobrevenga una respuesta asertiva, esto es, un sí o un no”⁵⁹.

59 Acosta Zárate y Medina Rico, 2019: 64. Igualmente, Fajardo, 2022:246 y Peña, 2020:334.

Uno de los protagonistas, es entonces el interrogante sugestivo⁶⁰, aquel que sugiere o que contiene la respuesta⁶¹. Los manuales de técnicas de juicio oral suelen recomendar que estas preguntas sean “lo más concretas posibles con el fin de evitar las objeciones o la confusión de un testigo”⁶² y procurar, en estos términos, que el deponente acoja el planteamiento que sugiere quien interroga⁶³. Este tipo de fórmulas se justifica en la necesidad de controlar al testigo⁶⁴, “*garantizan que el testigo no se salga del tema (...) permiten evitar que el testigo simplemente las evada (...) disminuyen significativamente el riesgo de obtener una respuesta nociva (...)*”⁶⁵. De forma consonante, la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte, avala el uso de preguntas sugestivas en sede del conainterrogatorio, con el fin de cuestionar la credibilidad del declarante⁶⁶.

Las preguntas cerradas son aquellas en las cuales el interrogador le solicita al testigo escoger entre ciertas opciones⁶⁷. Los interrogantes asertivos son aquellos que requieren exclusivamente del declarante confirmar o negar determinada circunstancia, es decir, responder sí o no⁶⁸. Finalmente, las preguntas conclusivas suponen que la persona que concurre a testificar “acepta las conclusiones que propone quien interroga”⁶⁹. En todo caso, este tipo de preguntas son igualmente sugestivas, en tanto que contienen información, pues el declarante deberá confirmar o negar la conjetura que propone el contra interrogador⁷⁰.

60 “Si se permitiesen las preguntas sugestivas en el interrogatorio o examen directo será en últimas el abogado de la parte que se identifica con el testigo -quien interroga- el que rendirá la declaración” (Decastro, 2005: 140).

61 “(...) terminan habitualmente con cierres como: ¿Verdad? ¿no es cierto?, ¿sí o no?” (Acosta y Medina, 2019:104). Pabón Parra, 2020: 234: “son preguntas dirigidas que tienden o tienen por objeto obtener una respuesta determinada y buscada por el interrogador” (Bello, 2016: 442). Parra, 2020: 220: procuran debilitar la historia que presentó testigo en el directo. Igualmente, Pabón, 2015: 512; Bergman, 1989: 139 y Rodríguez, 2012, 124.

62 Pabón Parra, 2020: 237.

63 La pregunta sugestiva difiere de la capciosa porque la primera sugiere la respuesta y, la segunda, insinúa una respuesta a partir de un engaño o artificio (Decastro, 2005:121).

64 Peña, 2020: 334.

65 Fajardo, 2022:246

66 En igual sentido: radicación 50426 de 06 de agosto de 2019, radicación 44819 de 25 de octubre de 2017, radicación 51896 de 04 de diciembre de 2018, todas estas con ponencia de Patricia Salazar Cuellar.

67 “Las preguntas cerradas a las que el declarante debe contestar si o no, dan la impresión al juez de estar ante un interrogatorio dirigido (...) las preguntas cerradas suelen empezar por un verbo, por ejemplo: ¿Actúo usted...?, ¿Quiso...?, ¿Firmó...?, ¿Trabajó usted de...?” (Ramírez, Romero, Florentino, 2011: 113).

68 Por ejemplo: ¿Clara tenía puesto el cinturón de seguridad? ¿sí o no?

69 Castro Ospina, 2005: 96.

70 Fajardo, 2022: 245.

Identificadas las clases de preguntas que se suelen emplear en un conainterrogatorio, en los siguientes acápite, se procederá a determinar si son compatibles con el fin del proceso judicial de aproximarse a la verdad.

2.2.5. *El testigo común*

Del acápite precedente, surge una inquietud: ¿Qué sucede si la parte que contra-interroga al testigo, desea indagar temas que no fueron abordados en el directo y que no tienen relación alguna, con el fin de cuestionar la credibilidad del declarante? Es decir ¿Qué sucede cuando la defensa, quiere escuchar bajo las reglas del interrogatorio directo, a un mismo testigo? En el ejemplo modelo, ¿Qué debe hacer la defensa si quiere preguntar al jefe de su defendido lo que sabe de la emergencia que tuvo que atender la colega que había medicado previamente al paciente, ya que no puede hacerlo en sede de contra- examen? Es en este punto, donde se debe aludir a la figura del testigo común.

En la actualidad, si la parte contraria a aquella a la cual se le ha decretado un testimonio tiene el interés de interrogar al testigo sobre temas distintos a los abordados en el directo, debe solicitar la práctica de esta misma prueba desde la audiencia preparatoria. El declarante que es solicitado por la Fiscalía y, a la vez, por la defensa, es el ya mencionado testigo común, cuya alusión es completamente pertinente ya que tiene un impacto desde el punto de vista de la psicología del testimonio.

A continuación, se refieren dos líneas decantadas por la Sala Penal de la Corte, respecto del testigo común:

- i. La primera plantea los siguientes supuestos⁷¹: i. La solicitud debe ser elevada por la contraparte desde la audiencia preparatoria, ii. Debe estar acompañada de una argumentación

71 Respecto de un testigo común, las partes pueden demandar el interrogatorio directo para demostrar su particular teoría del caso que le permita apoyar su pretensión, “(...) pero debe agotar una argumentación completa y suficiente en la audiencia preparatoria” Corte Suprema de Justicia Colombiana, Sala Penal, 2015. Una misma línea se observa en la radicación 42864 de 21 de mayo de 2014, M.P. José Luis Barceló Camacho. Sentencia AP-9672016 (46569) de 24 de febrero de 2016. Auto de 25 de febrero de 2015, radicación 45011.

completa y notablemente diferente a la pertinencia o relevancia expuesta por su oponente, iii. Dejando especialmente clara la razón por la cual escuchar al mismo testigo nuevamente no resulta repetitivo.

En este marco, la prueba del testigo común se estructura desde la audiencia preparatoria, y en virtud del orden establecido en el C.P.P., en esta etapa del proceso, la Fiscalía es la primera parte llamada a solicitar pruebas y argumentar la pertinencia de cada una de ellas. En consecuencia, la defensa, que tiene el segundo turno para elevar sus solicitudes probatorias, tendrá siempre la carga de argumentar una pertinencia distinta, si quiere interrogar directamente al testigo ya requerido por la Fiscalía, a partir de un enfoque diferente a supuestos inculpatórios.

Repasando nuevamente el ejemplo del enfermero, si la Fiscalía argumenta la pertinencia de escuchar al jefe sólo para que explique en su declaración los temas (A) El acusado estaba de turno. (B) El acusado suministró la dosis de medicamento que causó la muerte. Para que la defensa pueda preguntar a la testigo temas diferentes a (A) y (B), deberá solicitar la práctica de este mismo testimonio en la audiencia preparatoria, argumentando que es pertinente su declaración para abordar otros hechos que rodearon la muerte del paciente, relevantes para su teoría del caso, como por ejemplo, (C) que al momento en el cual el usuario consumió el medicamento, no estaba registrado en la historia clínica que la otra colega ya había medicado al paciente y que esta situación se presentó, (D) porque esta última tuvo que atender una emergencia de un paro respiratorio. Así, la defensa debe fundamentar una relevancia distinta para que el testimonio del jefe se decrete para ambas partes:

<i>Pertinencia expuesta por el acusador</i>	<i>Pertinencia expuesta por la defensa</i>
A. El enfermero estaba de turno	C. Registro en las historias clínicas
B. El enfermero suministró la dosis de medicamento que causó la muerte	D. Emergencia que tuvo que atender la colega que ya había suministrado el medicamento

ii. La otra posición, más reciente, que supera en parte algunos inconvenientes de orden procesal⁷², se plantea en los siguientes términos:

“Aunque la Sala inicialmente sostuvo que la defensa, tratándose de pruebas de interés común, debía presentar una argumentación adicional de pertinencia, conducencia y utilidad a la expuesta por la fiscalía⁷³, en la actualidad se considera que el examen directo de una prueba se justifica en razón a que ambas partes persiguen objetivos antagónicos: la una de responsabilidad y la otra de inocencia.

(...) cuando la defensa solicita una prueba que ya ha sido requerida por la fiscalía, su examen directo «no puede tildarse en términos formalistas y anticipados de repetitivo»⁷⁴, en orden a negar o condicionar su examen probatorio, pues inclusive se ha aceptado el decreto de prueba con homogeneidad de fundamentos de pertinencia entre la fiscalía y la defensa, entendiendo que con su práctica buscan elementos distintos”⁷⁵.

Así, la argumentación de pertinencia que se exigía a la defensa para solicitar una prueba testimonial, ya solicitada por la Fiscalía, era más rigurosa toda vez que debía ser notablemente distinta a la fundamentación de la contraparte. Hoy en día, la jurisprudencia se torna más flexible, pues basta con hacer expresa esta solicitud y argumentar, con base a la teoría del caso propia, indicar la relevancia de escuchar al testigo. Ya no es perentorio un discurso que sea a todas luces diferente al proporcionado por la parte contraria.

72 Sebastián Fajardo Vanegas expone el tema en su canal de Youtube “Hablemos (en serio) de litigación. Capítulo 4. Testigo Común: “yo lo vi primero””.

73 Decisión de la Sala Penal de la Corte, con radicación 42864. SP6361 de 2014.

74 Decisiones de la Sala Penal de la Corte: radicado 45011 de 2015 y radicado 55136 de 2019.

75 Sala penal de la Corte Suprema de Justicia, 08 de noviembre de 2023, radicación 63001, M.P. Carlos Roberto Solórzano Garavito. Decisión de 09 de febrero de 2022, radicación 58087 con ponencia de Myriam Ávila Roldán; auto de 17 de noviembre de 2021, radicación 60130 con ponencia de José Francisco Acuña Vizcaya. Auto de 23 de septiembre de 2020, radicación 57239. Auto de 17 de julio de 2019, radicación 55136. Auto de 03 de septiembre de 2021, radicación 00402, con ponencia de la H.M. Blanca Nélida Barreto Ardila.

Antes cerrar este acápite, es necesario aludir al orden en el cual será interrogado el testigo común por las partes. El artículo 362 del C.P.P. instituye que “la prueba de la fiscalía tendrá lugar antes que la defensa”, por tanto, el testigo común debería acudir en dos oportunidades al proceso, la primera para declarar en virtud de la solicitud del acusador, cuando se estén practicando todas las pruebas requeridas por este último y, en un momento posterior, con el fin de atender el llamado del defensor, en la oportunidad en la que agoten las evidencias que este propuso en la audiencia preparatoria. En el día a día del trámite del juicio oral, se presentan dos situaciones: el testigo en algunas ocasiones comparece una sola vez a declarar y en una misma sesión, responde los interrogantes directos e indirectos de las partes solicitantes. La otra opción adoptada se ciñe a la norma citada, se fijan dos fechas distintas a lo largo del juicio: una en la fase en la cual se están practicando las pruebas de la fiscalía y otra cuando ya es el turno de la defensa.

Hasta aquí, se ha expuesto el tratamiento que el Código de Procedimiento Penal da a la técnica del contra examen, así como a algunos aspectos precedentes que influyen en su práctica. En el siguiente acápite, se analiza este panorama desde la perspectiva de la psicología del testimonio.

3. Problemas de las prácticas actuales del contrainterrogatorio.

Es ahora el turno de explorar los aspectos problemáticos del diseño del contra- examen en el Código de Procedimiento Penal, a partir de los hallazgos de la psicología del testimonio. Para ello, se invita al lector a concebir la memoria del testigo como una escena del crimen a la cual las partes pueden ingresar a través de la “llave” del interrogatorio cruzado⁷⁶.

Con esta analogía, se explicará cómo el diseño de esta técnica expone la mente del testigo a riesgos que podrían contaminar sus recuerdos y sus declaraciones –dicha llave podría desordenar o alterar la mente considerada como la escena del crimen–. En consecuencia, se

⁷⁶ Analogía sugerida por el profesor De Paula Ramos en la dirección del presente trabajo. Véase también la nota 192.

explicará por qué estas vicisitudes podrían incidir en la fiabilidad de la prueba testimonial y la alejarían del fin de aproximarse a la verdad.

De entrada, se aclara que este texto no afirma radicalmente que un testimonio no pueda nunca corresponderse con hechos que han ocurrido efectivamente en la realidad o que, a través de un ejercicio de preguntas al testigo, sólo se obtengan afirmaciones falsas o imprecisas. Este escrito pretende aplicar algunas críticas de la psicología del testimonio a la estructura del contra examen, con el fin de evidenciar que su diseño puede ser mejorado para efectos de alcanzar el propósito de corroborar la verdad como correspondencia y garantizar un adecuado ejercicio del derecho a la defensa.

3.1. Precisiones previas

i. Credibilidad y fiabilidad

Aproximarse a la prueba testimonial puede comprender dos perspectivas⁷⁷: una de ellas apunta al testigo individualmente considerado y, la otra, se enfoca en el producto de su declaración, esto es, en el relato que ha expuesto en su condición de declarante. En la primera, es pertinente hablar de la credibilidad, la cual supone “evaluar al agente”⁷⁸, como individuo que testifica, y a partir, de sus características personales, ponderar si se puede creer en él o no⁷⁹. Por ejemplo, se podría considerar qué tanto se le puede creer a una persona que es conocida por ser mentirosa y que ha sido condenada cinco veces por el delito de falso testimonio.

Cuando lo que se valora es el producto de la prueba testimonial, esto es, lo narrado por el testigo, se debe aludir a la fiabilidad, la cual:

⁷⁷ González-Coulon, 2023: 190.

⁷⁸ Ibidem

⁷⁹ “(...) la credibilidad se presenta como un elemento de valoración totalmente subjetivo, utilizando como factores (...) la posición ocupada por el testigo, su reputación, su trabajo, relación familiar, religión, condiciones físicas o mentales, prejuicios o comportamiento.” (González-Coulon, 2023: 190)

*"guarda relación con la solidez o cualidad epistémica que posee una prueba en estado parcial u objetivo, basada en la valoración de determinados datos que pueden o no estar integrados a priori en ella, o basada en el análisis lógico interno de una narración (...), que trata de lo bien que la prueba demuestra lo que tiende a demostrar"*⁸⁰.

Este concepto, es pertinente en la medida en que *"la actividad de formación de la prueba ha de ser posible (...) mediante un proceso inferencial fiable (...) y mediante fuentes de prueba individualmente sólidas o (...) fiables"*⁸¹. En virtud de lo anterior, las pretensiones de las partes, deberían acreditarse a partir de elementos de calidad⁸² que, al ser parte de un acervo probatorio, sirvan para confirmar o infirmar la ocurrencia de los hechos que alegan, *"y esto solamente es posible si se cuenta con elementos objetivos que permitan dicha determinación"*⁸³.

Mazzoni describe la fiabilidad como la coincidencia entre lo relatado y la realidad⁸⁴. De otra parte, Schum propone tres criterios para el estudio de la fiabilidad⁸⁵ de la prueba testimonial:

- i. La veracidad, que evalúa si la declaración del testigo se corresponde con sus creencias, esto es, si el deponente está convencido de que su relato ha ocurrido. Esta categoría no supone que el acontecimiento efectivamente sucedió, sólo resalta que el declarante estima que su dicho tuvo lugar en la realidad⁸⁶.
- ii. La objetividad, examina si el declarante ha conformado sus creencias de acuerdo con un entendimiento objetivo y preciso de su sistema sensorial o a partir de sus expectativas, esto es, si considera que un acontecimiento tuvo lugar porque así lo percibieron sus sentidos o porque *"deseaba con tanta intensidad que el evento E ocurriera,*

80 De Resende, 2023: 98.

81 De Resende, 2023: 97.

82 Vázquez, 2015: 102.

83 González-Coulon, 2023: 201.

84 Mazzoni, 2010: 24 y 39.

85 Anderson, Schum y Twining: 102.

86 Es posible que el relato no haya ocurrido en la realidad, pero el testigo cree que sí sucedió, *"(...) una persona podría fácilmente ser honesta pero inexacta, no objetiva como observadora (...) cree que la luz del semáforo se encuentra en rojo y nos dice esto, cuando de hecho, aquella se encuentra en verde. Sucede tan solo que ella es daltónica y no deshonesto."* (Schum, 2016: 155)

que él creería que así fue independientemente de lo que sus sentidos le dijeron”⁸⁷ y; iii. La sensibilidad observacional, verifica si el agente tiene buenas condiciones de visión, audición, tacto, olfato y gusto, entre otros factores, toda vez que “*nuestros propios sentidos también están sujetos a engaño. Dadas las condiciones de observación y agudeza de nuestros sentidos, debemos preguntarnos si W pudo haber discriminado entre la ocurrencia y la no ocurrencia de un evento E*”⁸⁸.

Ya para concluir este apartado, es de resaltar que la fiabilidad “*es una cuestión de grado (...) por lo que es posible diferenciar entre el grado de fiabilidad necesario para que una prueba sea admitida y el (...) necesario para que esta avale una hipótesis.*”⁸⁹ En consecuencia, no se puede afirmar que una prueba sea o no fiable, lo adecuado será indicar que aquella tendrá un mayor o menor grado de fiabilidad, el cual “*puede determinarse durante el proceso específico de formación de la prueba; por la relación lógica y de apoyo mutuo y multidireccional entre las declaraciones probatorias; o mediante otra actividad probatoria dirigida a la prueba en sí*”⁹⁰.

La trascendencia de lo expuesto radica en el hecho de que entre más fiable sea una prueba, hará más sólido determinado acervo probatorio y, en este orden, apoyará en mayor medida el proceso de corroborar si la hipótesis fáctica debatida en una actuación es posiblemente verdadera⁹¹. En el presente texto, el análisis de la fiabilidad permitirá estudiar si el diseño del contra examen produce testimonios sólidos, potencialmente capaces de ayudar a confirmar o desestimar los hechos que amparan las pretensiones de las partes⁹².

ii. *Mentiras y errores sinceros*

87 Ibidem, 156. “Las señales portadoras de información, como insumos para nuestros sistemas sensoriales – perceptivos, no se escriben en una tabla mental en blanco. Otras cosas se han escrito en forma de nuestra experiencia, motivaciones, expectativas, e incluso las instrucciones dadas por otras personas.”

88 Schum, 2016: 157 y Anderson, Schum y Twining: 102.

89 Vázquez, 2015: 102.

90 De Resende, 2023: 100.

91 Ibidem, 97.

92 Vázquez, 2015: 102.

También es relevante hablar de una distinción que destaca De Paula Ramos, que ya se ha insinuado en los postulados de Schum: es muy diferente si un testigo miente⁹³ o incurre en un error sincero⁹⁴. En la primera situación, el declarante intencionalmente relata algo que diverge de las percepciones y recuerdos que hay en su memoria. Esta narración mentirosa puede coincidir o no con la realidad. Con independencia de ello, lo importante aquí, es que el individuo realmente desea expresar algún acontecimiento que considera no ha ocurrido.

En la segunda situación, esto es, el error sincero⁹⁵, el deponente está convencido de exponer algo que cree realmente sucedió, sin embargo, aquello que estima que ocurrió no se ha presentado en la realidad. Esto se debe a que la forma en la cual una persona percibe y entiende que un hecho tuvo lugar, puede afectarse por yerros involuntarios y factores propios del funcionamiento de la mente humana que son ajenos a la intención mentir⁹⁶. En otras palabras, el individuo puede manifestar algo que no ha sucedido, no porque quiera mentir, sino por causa de una confusión o una errada percepción de un acontecimiento.

3.2. Argumentos que aporta la psicología del testimonio

La psicología del testimonio explora vicisitudes de la memoria humana que pueden incidir en la construcción y el relato de recuerdos. En este texto, se abordarán aquellas que generan más inquietudes respecto a la técnica del contra interrogatorio contenida en el C.P.P.

3.2.1. Falencias generales en la memoria y la reconstrucción de recuerdos

Es esencial profundizar en aquellas fallas que pueden presentarse en la memoria humana a la hora de recordar. Lo primero que concluye la psicología del testimonio, es que la mente no funciona como una cámara de video que capta con precisión todo lo que percibe⁹⁷. Por el

93 “(...) un individuo que recuerda muchos elementos, pero decide callar o decir cosas diferentes. Este es, al menos respecto a tema de la relación entre testimonio y memoria, el caso de la mentira” (Mazzoni, 2010. 17)

94 De Paula, 2019: 173.

95 Mazzoni, 2010. 17

96 Ibid., 116.

97 Véase De la fuente, 2018: 62, Mazzoni, 2010. 58 entre otros.

contrario, el recuerdo se construye a partir de un proceso de recomposición de fragmentos de información, que no siempre es completa, y en el cual, inciden muchos factores⁹⁸.

Recordar, entonces, no es un proceso impecable y aislado de fenómenos internos y externos a la mente humana⁹⁹, puesto que siempre está expuesta a procesos de percepción y complejidades del pensamiento que permean o dan forma a los recuerdos¹⁰⁰. Por ejemplo, las apreciaciones personales de un individuo, su educación, edad, su crianza, u formación; su forma de interpretar la realidad¹⁰¹. O también, fallas en la percepción de aspectos visuales como la luz, la velocidad, el tiempo; el grado de concentración; el estrés o los efectos de sustancias psicoactivas¹⁰².

Como recordar no supone perfección y exactitud¹⁰³, salta a la vista la necesidad de examinar, a la luz de la prueba testimonial, la técnica del contra examen y su finalidad de alcanzar la verdad como correspondencia, pues los factores que rodean la producción de un recuerdo podrían estar fuera del alcance de agente que interroga y/o percibe la declaración del testigo. Es de esperarse que la Fiscalía y la defensa no hayan presenciado los acontecimientos vividos por el declarante y que tampoco conozcan qué ha sucedido en su mente cuando ha rememorado lo ocurrido, de manera que difícilmente contarán con todas las herramientas psicotécnicas que le permitan evidenciar a través de preguntas, las imprecisiones, impresiones particulares en la memoria del deponente o de verificar si este incurre, por ejemplo, en un error sincero¹⁰⁴.

En conclusión, todos los factores que influyen en el proceso de recordar van más allá de las reglas que se establezcan para interrogar, de la fórmula de las preguntas o del alcance de los temas que pueden ser abordados en el examen cruzado.

98 Mazzoni, (2010): 58.

99 Contreras, 2015: 147.

100 “(...) es posible que una persona recuerde muchas cosas, que las recuerde de un modo muy acertado, (...) lamentablemente, no se da con mucha frecuencia. Son más frecuentes (...) casos en que una persona recuerda poco o nada (...)” Mazzoni, 2010. 17 y Ss.

101 Mazzoni, 2010. 29 y 39.

102 Vitor De Paula (2019. 117y Ss.)

103 Mazzoni, 2010: 24.

104 Contreras, 2015: 147. Nieva Fenoll, 2019: 239

3.2.2. *La memoria es falible y maleable*

A partir del contexto abordado en el numeral anterior, es posible adentrarse en otros aspectos que afectan la reconstrucción de recuerdos. Son componentes que pueden distorsionar o modificar lo que evocan o rememoran los testigos. Como se describe a continuación, la memoria es falible y fácilmente maleable¹⁰⁵.

i. *El olvido*

Es posible que un testigo omita aspectos en su relato cuando olvida cómo se han presentado los acontecimientos.¹⁰⁶ Es entonces pertinente referir los efectos del olvido en los recuerdos, pues es *“la forma más común e instintiva de “fallo” en la recuperación (...) en ese sentido, incluso se afirma que “en nuestra mente, hay más olvido que memoria”¹⁰⁷”¹⁰⁸*.

El olvido puede ser consecuencia de deterioros cognitivos, pero también del paso del tiempo¹⁰⁹. Este último escenario: *“refleja (...) el completo olvido de acontecimientos de lo que directa o indirectamente tuvimos noticia hace mucho tiempo, (...) también la dificultad para mantener un registro claro, preciso y completo de los mismos, lo que redundará en el solapamiento de unos recuerdos con otros o en la imposibilidad de establecer la fuente de la que extrajimos nuestro conocimiento.”¹¹⁰*

ii. *Información post- suceso*

Es fundamental señalar la información a la cual se expone un testigo con posterioridad a los hechos que ha percibido. Hay una variedad de situaciones en las cuales el deponente: *“(...) se verá expuesto a nueva información relacionada con lo que ha observado, a través de las*

105 Mazzoni, 2010.

106 De la Fuente, 2018: 63.

107 Izquierdo, 2010: 10.

108 De Paula, 2019: 173.

109 Vázquez, 2022: 272.

110 Contreras, 2015: 167.

conversaciones con otras personas -... relatando lo sucedido a terceros o intercambiando impresiones con quienes ha compartido la experiencia -, las redes sociales... ”¹¹¹. Este factor expone la susceptibilidad de la memoria a ser modificada, cuando se repasa varias veces un recuerdo a la luz de nuevos datos. Podría cambiar la impresión inicial que el testigo tuvo cuando presencié un hecho, el orden de los sucesos, o incluso incorporar elementos nuevos que no se encontraban en el recuerdo original del testigo¹¹².

Ahora bien, otro aspecto determinante, considerado como información post suceso, es la manera en la cual se elaboran las preguntas, en tanto que *“la forma en que se formula una pregunta puede influir en la respuesta que se da”¹¹³, pues son “un claro vehículo de información posterior, y por ende, capaz de determinar el contenido de las respuestas”¹¹⁴.*

Loftus & Palmer en su artículo *“Reconstruction of automobile destruction”*, relatan un experimento en el cual se interroga a un grupo de personas que observaron siete películas con escenas de accidentes de tránsito. Emplearon diferentes fórmulas de preguntas, en las cuales se modificaron los verbos, las palabras, su orden, entre otros aspectos. Como resultado de la prueba, se detectó que las respuestas de los participantes cambiaban en la medida en que se ajustaban o modificaban los interrogantes¹¹⁵.

Este punto se amplía frente a la técnica del examen cruzado. Sin embargo, hasta el momento, es consecuente entender que los temas propuestos en un interrogante o una pregunta sugestiva, que naturalmente insinúa información en su contenido¹¹⁶, podrían tener alguna incidencia en la memoria del testigo. Aunque algunos autores señalan que, si el declarante es previamente advertido sobre la posibilidad de ser interrogado a partir de información

111 Contreras, 2015: 167

112 Ibidem.

113 Loftus y Palmer (1974): 588.

114 Contreras, 2015: 189. Al respecto: “La declaración será uno de los momentos más delicados del proceso de investigación, (...) es aquí donde se pueden producir las alteraciones más graves de los recuerdos de los testigos porque el interrogatorio afectará a todos los procesos mencionados anteriormente, así como a la exactitud y la calidad de las declaraciones obtenidas.” (Álvarez y Manzanero, 2015: 323)

115 Loftus, Miller y Burns (1978): 587.

116 Ver numeral 2.2.3.

novedosa, sugestiva y/o engañosa, existe un mínimo riesgo de influencia o alteración en su relato¹¹⁷.

Para concluir este apartado, Contreras Rojas refiere dos conclusiones cruciales que plantea un sector de la psicología del testimonio cuando se presente la información post-suceso¹¹⁸: (i) La nueva información será probablemente más aceptada por el testigo cuando la misma se corresponda con un sistema de creencias comunes o compatibles con los conocimientos previos del sujeto¹¹⁹. (ii) La información nueva tendrá una mayor influencia en el declarante, si la misma es retrasada, es decir, si aparece en un tiempo considerablemente posterior a la ocurrencia del hecho presenciado¹²⁰, aspecto este que puede ser relevante en sistemas de justicia lentos y congestionados.

iii. *El número de veces que un testigo declara*

En consonancia con los efectos de la información post suceso, se debe entender que, si un testigo concurre a declarar ante distintos operadores judiciales, en varias oportunidades, su memoria se expone nuevamente a un riesgo de contaminación. Los recuerdos que tenía antes de relatar su historia podrán ser influenciados por las preguntas de los interrogadores y la información que recibe cada vez que repasa lo sucedido. De Paula Ramos advierte esta problemática:

“Cada vez que se somete a la memoria a preguntas (sea por parte de los abogados, policías o cualquier tercero, con o sin malas intenciones), máxime cuando se trata de preguntas directas, feedbacks, expectativas, etc., se vuelve más influenciable, menos pura. En una acertada analogía, MANZANERO¹²¹ señala que la memoria podría compararse con la escena del delito: si alguien “entra”

117 Contreras, 2015: 189. En un mismo sentido, Manzanero, A. L. (2008): 136; Greene, E., Flynn, M. S., & Loftus, E. F. (1982): 209.

118 Ibidem: 170.

119 Ibidem.

120 Loftus, Miller y Burns (1978): 23.

121 A ello hizo referencia durante la estancia del autor en la Universidad de Girona, en junio de 2017, donde pronunció una conferencia en el ámbito del Máster en Razonamiento Probatorio de la Cátedra de Cultura Jurídica.

en ella sin cuidado ya no se podrán obtener de la escena inferencias válidas. Después de uno o dos interrogatorios mal hechos, de la misma forma, la memoria puede volverse inútil para la averiguación de la verdad”¹²²

En este orden, si un testigo, por ejemplo, acude a una diligencia de entrevista en el marco de la investigación penal y posteriormente es llamado a declarar en juicio, corre un alto riesgo de ser influenciado¹²³ en su percepción y versión de los hechos toda vez que, en estas distintas oportunidades, ha sido interrogado por diferentes personas, que lo han abordado desde un rol particular. En este punto, es pertinente aludir a una práctica común por parte de los operadores judiciales que toman declaraciones del testigo en la mencionada fase de investigación: transcriben lo que manifiesta el deponente y, además, este último debe leer el resultado de la transcripción, práctica que *“no solo podría hacernos perder información para siempre, es que también podría ser una fuente importante de errores, incluso de falsos recuerdos”¹²⁴*. Pero, además, que un declarante deba concurrir varias veces a narrar hechos que ha presenciado, supone el paso del tiempo, aspecto que, como ya se señaló, también incide negativamente en la formación de los recuerdos.

3.3. El diseño del interrogatorio cruzado y los hallazgos de la psicología del testimonio

A continuación, se expone cómo las problemáticas anteriormente anunciadas, que se corresponden con los hallazgos de la psicología del testimonio, podrían asociarse desde diferentes perspectivas en la práctica del contra interrogatorio.

122 De Paula, 2019: 152.

123 “(...) en el curso de los interrogatorios, o de las entrevistas, incluso en las llevadas a cabo por psicólogos, se asiste a una interacción entre el modo y el contenido de las preguntas, por un lado, y las características de la memoria humana por otro. (...) la memoria es muy maleable y (...) los contenidos de la memoria son fácilmente modificables mediante una intervención exterior. Y así, es posible inducir a las personas a recordar elementos que no estaban presentes en episodios que, sin embargo, presenciaron y vivieron (...)” Mazzoni, 2010: 80. En un mismo sentido, Vázquez, 2022: 276.

124 Vázquez, 2022: 272. Aunque páginas más adelante, la misma autora precisa que hay documentos que genuinamente ayudan a la memoria del testigo, resalta el deber de la autoridad judicial de verificar qué tipo de información revisa el testigo de forma previa o concomitante a la declaración, pues, podría, por ejemplo, estar visualizando un libreto preparado por un tercero o el contrato que firmó al momento de los hechos y sobre el cual versa su declaración.

3.3.1. *Problemas desde el punto de vista de la pertinencia y el alcance del examen cruzado.*

Como se relató líneas atrás, la práctica de un testimonio se encuentra precedida de la pertinencia que aduce la parte solicitante y que obedece a argumentos encaminados a demostrar una teoría del caso específica. Por tanto, los interrogantes que se formulen en sede del interrogatorio directo estarán acondicionados a los intereses específicos de un extremo procesal plasmados en la relevancia aducida para cada prueba testimonial. Este presupuesto es inquietante, en tanto que es razonable y esperable que cada una de las partes actúen conforme sus estrategias de litigio -de hecho, sería ilógico exigir una actuación contraria-, sin embargo, vale la pena preguntarse si resulta problemático que la Fiscalía, como la defensa, transmitan al declarante, consciente o inconscientemente, sus estrategias de litigio a través del enfoque de sus preguntas y, puedan, permear en alguna medida su percepción de los hechos.

Este texto advierte, que el diseño adversarial, que incentiva a las partes a defender su propia teoría del caso a lo largo del proceso, podría, en la práctica de un testimonio, ser un escenario propicio para transmitir información post suceso al testigo. La memoria, recuerdos y relatos del deponente estarían expuestos a estos intereses particulares de cada parte - que sería entonces aquel factor externo y posterior capaz de influir en la forma original en el cual el declarante ha percibido los acontecimientos, al punto que, inconscientemente, podría inclinarse por una teoría del caso específica-.

La teoría del caso que tendría mayor influencia en el testigo, sería aquella de la parte que ha solicitado la práctica de su declaración, por varias razones: (i). Antes que nada, para justificar la concurrencia del deponente, ha soportado una relevancia dirigida a probar sus pretensiones; (ii). Por ser el solicitante de la prueba, está autorizado a realizar el interrogatorio directo y decidir los temas sobre los cuales indagará al testigo, que desde luego serán aquellos que respalden su estrategia de litigio. (iii). Cuando el oponente tenga el turno de contra-interrogar, no estará facultado para abordar temas diferentes a los ya expuestos por

el testigo -salvo que opte por atacar su credibilidad-, de manera que no tendrá más opción que moverse en la pauta ya demarcada por su contraparte.

En este orden, el testigo se convertirá en un simple aliado de la parte que ha solicitado su declaración:

“(...) si se permite que el testigo solamente hable acerca de lo que le ha preguntado el litigante que lo ha traído al proceso, se corre el riesgo de que se convierta en un simple aliado de la parte, lo que hace que diga medias verdades.”¹²⁵.

Aquí es pertinente, recapitular y ampliar el alcance de las dificultades hasta aquí anunciadas:

i. Hay un riesgo de contaminación o de maleabilidad de la memoria del testigo, en tanto que cualquier pregunta que se le formule, sea en sede del interrogatorio directo o indirecto, es un móvil o expresión de una teoría del caso. Es cierto que los interrogatorios directos deben estar sometidos a cierta técnica y que están prohibidos los cuestionarios sugestivos, capciosos o tramposos, sin embargo, este tipo de prohibiciones no impide o descarta que las preguntas que realice una parte procesal se enfoquen en acreditar sus propias hipótesis sobre los hechos. Al respecto, De Paula Ramos resalta: *“El investigador, el perito o el juez tenderá a formular preguntas que expresen, aunque de forma inconsciente, su criterio sobre el tema.”¹²⁶*

Lo anterior se acentúa aún más en los interrogatorios del sistema adversarial, pues de forma intencional y habilitada por la ley, los actores del proceso procuran que sus preguntas aborden temas que favorezcan su teoría del caso. En consecuencia, se conduce a que la contraparte se encuentre ante el eventual peligro de una “escena del crimen alterada” con la estrategia defensiva del oponente que inicialmente ha solicitado la prueba¹²⁷.

125 Nieva Fenoll, 2019: 239.

126 De Paula, 2019: 137.

127 Es natural que el marco un sistema de procedimiento adversarial, las partes defiendan teorías del caso opuestas en todas las oportunidades procesales pertinentes. “(...) la estrategia que persiguen las partes no es

ii. Como se indicó en la parte introductoria de este texto, la Corte Suprema de Justicia Colombiana, hoy en día, afirma que en el conainterrogatorio, las partes pueden contra examinar sobre los tópicos tratados en el interrogatorio directo, pero, además, tienen la facultad de abordar cualquier punto que esté orientado a cuestionar la credibilidad del testigo. Esta postura resulta más garantista, sin embargo, impide aún acudir a temas que realmente sean relevantes para el litigio en concreto, que no necesariamente tengan que ver con la mencionada impugnación de credibilidad del testigo y que ciertamente sean distintos a aquellos a los discutidos en el directo.

El artículo 391 del C.P.P. limita el contra examen a los temas del directo, los cuales claramente han sido aducidos por el litigante que intervino en esta primera fase. En ese orden, si el abogado que sólo cuenta con la opción de contra examinar tiene la necesidad de cuestionar algún otro tema distinto que tenga que ver con los hechos objeto de litigio¹²⁸, no tendrá más alternativa que solicitar en la audiencia preparatoria el testigo común, quedando expuesto a una problemática que se describe más adelante.

El escenario anteriormente representado, podría configurar una amenaza al derecho a la contradicción de la prueba de aquella persona que debe realizar el conainterrogatorio, en primer lugar, porque se enfrenta a una memoria posiblemente orientada a favorecer una teoría del caso específica -escena del crimen alterada-. En segundo lugar, porque no puede abordar temas nuevos y relevantes para el marco fáctico de la actuación, que no hayan sido acogidos en el directo, como, por ejemplo, aquellos tópicos, que si bien se han anunciado o no en la audiencia preparatoria, han sido omitidos estratégicamente en esta etapa por parte del interrogador directo, al ser potencialmente convenientes para el acusado.

idéntica. Los fines de una y otra son disímiles. Mientras que la fiscalía por razón de su teoría del caso planteará un interrogatorio sobre aspectos de los que en su criterio se derivan fundamentos para estructurar un juicio de reproche contra el procesado, el defensor abordará aquellos sobre los cuales cree surgen elementos favorables para lograr la absolución de su cliente.” Corte Suprema de Justicia Colombiana, Sala Penal (17 de julio de 2019).

¹²⁸ Resulta lógico que la defensa no tenga como propósito convocar a un testigo solicitado por la fiscalía, que naturalmente beneficiaría la teoría del caso del oponente. Sin embargo, no se pueden descartar escenarios, en los cuales, tal declarante tenga conocimiento de temas que puedan ser relevantes para los intereses del acusado.

3.3.2. *Las preguntas transmiten información*

Algunas fórmulas de preguntas que se hagan a un testigo podrían alterar aún más la reconstrucción de un recuerdo¹²⁹. Tal como se mencionó anteriormente, los interrogantes que sugieren la respuesta también comportan un riesgo de contaminación de la memoria del testigo, en tanto que pueden ser igualmente una fuente de información post suceso que podrían incidir en los recuerdos y en las declaraciones del deponente.

Es claro que las preguntas sugestivas están prohibidas en el interrogatorio directo y que sólo se encuentran autorizadas en el contra examen, sin embargo, es de resaltar que, en la práctica, las partes no siempre atienden fielmente la técnica exigida, y es justamente por esta razón, que el mismo ordenamiento jurídico, habilita al oponente afectado a objetar las preguntas. De manera que tanto el acusador como la defensa, podrían realizar preguntas sugerentes en sede del directo, aspecto que desde el punto de vista procesal será solucionado con una objeción, pero que, sin embargo, no impiden que el testigo que está presente en esta contienda escuche y perciba aquella pregunta sugerente que representa un potencial riesgo para la forma en la cual ha concebido los hechos sucedidos.

Por otra parte, si bien es cierto que, en sede del contrainterrogatorio, las preguntas sugestivas que realice la parte respectiva pueden llegar a tener un menor impacto de contaminación en la memoria del testigo, si este previamente ha sido advertido de la dinámica del contra examen, habrá escenarios en los cuales la velocidad y la inmediatez con la cual se abarquen las preguntas puedan llegar a impactar y permear sus recuerdos.

3.3.3. *Problemas del testigo común*

129 “(...) obtener una determinada respuesta en lugar de otras posibles (...) depende (...) también del modo como procede quien le formula la pregunta, y del contexto en que lo hace. (...) Ello, en virtud de la influencia que puede tener comunicación y el lenguaje en determinados hechos o información, pues “no se comportan de forma neutral en relación con lo que ordinariamente llamamos realidad.” Carofiglio, 2010: 25. Similar planteamiento en Mazzoni, 2010. 24.

Las conclusiones de la psicología del testimonio también evidencian la problemática de la figura del testigo común, especialmente cuando este debe concurrir en dos oportunidades diferentes a rendir testimonio en el marco del juicio oral, conforme al enfoque que impriman la Fiscalía o la defensa a sus interrogantes. Es pertinente profundizar este panorama:

i. Se parte del supuesto de que el testigo concurre con fundamento en dos argumentos de relevancia distintas, la aducida por la Fiscalía y aquella diferente solicitada por la defensa. De nuevo el panorama es problemático, en tanto que las dos partes transmiten al declarante, consciente o inconscientemente, sus estrategias -opuestas- relacionadas con sus objetivos probatorios por medio de sus interrogantes¹³⁰.

ii. El testigo deberá estar disponible en dos ocasiones distintas para declarar. En un primer momento, a disposición de la Fiscalía, en sede del directo.

iii. En una oportunidad posterior, el testigo nuevamente acudirá al juicio, esta vez, para agotar el interrogatorio directo de la defensa y el contrainterrogatorio que lleve a cabo el ente acusador.

De lo anterior, se advierte nuevamente un alto riesgo de contaminación en la memoria del declarante, esto, sin tener en cuenta otras oportunidades previas en que posiblemente se ha visto en la necesidad de responder preguntas sobre el objeto del litigio¹³¹. Como se señaló en el apartado anterior, el interrogatorio directo de la Fiscalía, que está sustentado en una pertinencia en particular, podría afectar los recuerdos del testigo, de manera que cuando sea el turno de la defensa de agotar la prueba en forma directa, ya podrían existir algunas ideas modificadas o preconcebidas por el deponente que respalden la estrategia de su contraparte.

Así entonces, la forma en la cual está establecido el trámite para escuchar al testigo común tiene un diseño arriesgado que en últimas podría incentivar aún más la contaminación de la

130 El problema no consiste en que cada parte defienda las teorías del caso propias. Las dificultades se presentan cuando la información que el testigo aporta al proceso sólo llega a oídos del juez por medio de interrogantes que realizan las partes que defienden un interés particular.

131 Vázquez, 2022: 276.

memoria del individuo que declara. Además, como la defensa sólo podrá interrogar al testigo en una oportunidad posterior al turno de la Fiscalía, se verá más expuesta a un deponente con recuerdos menos precisos o alejados de la realidad.

Este último escenario, además de entorpecer el fin del proceso de aproximarse a la verdad, comportaría una vulneración al derecho a la contradicción, pues en últimas, se estaría dejando a disposición de la defensa una “escena del crimen” posiblemente más alterada. En otras palabras, como la defensa tendría el último turno de practicar la prueba del testigo común, enfrentará una memoria que ya ha repasado muchas veces los acontecimientos a partir de información post suceso transmitida por su oponente.

3.3.4. *Una justicia lenta*

Uno de los aspectos que aqueja a la administración de justicia colombiana, es la alta congestión y los prolongados lapsos de tiempo en los cuales se lleva a cabo un proceso. Este aspecto cobra relevancia en el análisis de este texto pues, al menos en las actuaciones judiciales en Colombia, es común que transcurran varios años.

En consecuencia, es usual que un testigo concurra a declarar al juicio oral, un tiempo considerable después de acontecidos los hechos¹³². Esta característica nuevamente representa un potencial riesgo en punto a la información que puede ventilar el deponente en sede del examen cruzado, pues el amplio paso del tiempo tendrá efectos en la forma de recordar lo acontecido y propiciará el olvido de detalles que podrían ser relevantes para el litigio.

Lo anterior se acentúa en el contexto del testigo común, en el cual, se prevén momentos distintos en los cuales el testigo debe atender el testimonio solicitado por el ente acusador y, luego, en un momento posterior, que podría ser meses después, la declaración solicitada por la defensa. El tiempo que transcurra entre estas dos oportunidades, podrá representar incluso un desconocimiento del derecho a la igualdad de armas, en tanto que el estado de la memoria que afronte la Fiscalía cuando haga el interrogatorio directo, será sustancialmente diferente,

132 Consejo Superior de la Judicatura, 2022: 180.

a aquellas condiciones que se presenten cuando sea el turno del abogado defensor, quien podría enfrentarse a una memoria un poco más distorsionada o modificada por todo lo transcurrido en el proceso.

La situación se torna menos alentadora, si se tiene en cuenta la conclusión de la psicología del testimonio, según la cual, entre más tarde el testigo sea sometido a la información post evento, sus recuerdos serán más propensos a eventuales alteraciones. De esta manera, la tardanza que caracteriza al sistema judicial colombiano propiciaría este efecto negativo en la memoria del declarante.

3.3.5. *Fiabilidad de la prueba testifical bajo el diseño del examen cruzado y el fin de la verdad como correspondencia*

Todas las vicisitudes hasta aquí analizadas evidencian que la técnica que el Código de Procedimiento Penal ha adoptado para producir una prueba testifical apunta a un bajo grado de fiabilidad, toda vez que el diseño actual del examen cruzado propicia varios riesgos de contaminación para la memoria del testigo, a partir de información post suceso.

La regulación del examen cruzado aleja a la prueba testimonial del fin de alcanzar la verdad como corroboración, en tanto que esta dinámica no atiende a parámetros que salvaguarden la calidad de los relatos¹³³, ni mitiga prácticas que tienden a alterar la memoria. Pero además, hay obstáculos adicionales, pues:

“existen incontables debilidades de la prueba testifical que están muy bien documentadas: numerosas posibilidades de errores de percepción, errores de recuperación de recuerdos y errores causados por mentiras. La prueba testifical por sí sola, por tanto, tiene un grado de fiabilidad muy bajo, lo que le confiere, si no es corroborada, casi ningún grado de corroboración de las hipótesis de los hechos”¹³⁴

133 De Paula, 2019: 35.

134 Ibidem, 171.

Lo anterior resulta predominante en los criterios de la veracidad y la objetividad, establecidos por Schum para determinar qué tan fiable es la prueba testimonial, pues los intereses individuales de las partes en el proceso penal que se transmiten al testigo a través de las distintas modalidades ya descritas podrán: i. Permear sus creencias sobre lo que estiman que realmente sucedió y, ii. Poner en duda lo que el testigo ha percibido objetivamente, con aquello que las partes quieren que este sostenga que ha sucedido¹³⁵.

Así, “*al alejarse potencialmente de la verdad, el derecho estará aumentando el riesgo de adoptar decisiones equivocadas*”¹³⁶. De lo anterior, emerge la importancia de adoptar una posición reduccionista¹³⁷ o al menos, la posición dualista frente a la prueba testimonial, como se amplía más adelante, pues, tal como se ha descrito, es posible que los resultados de un interrogatorio directo o de un contrainterrogatorio conduzcan a información incierta o alterada, lo que se traduce en una declaración poco fiable.

3.4. Sugerencias para dar un manejo más adecuado al contrainterrogatorio

Aunque este texto no procura hallar las soluciones definitivas a la problemática planteada y tampoco sugiere en ninguna medida que se descarte el uso de la prueba testifical bajo la técnica del contra examen, pues, “*solo implica que debemos modificar las prácticas habituales para tomar las cautelas que dicha debilidad exige*”¹³⁸, sí se pretende destacar algunos puntos clave para implementar técnicas más idóneas que permitan que el proceso se acerque a la verdad y a la vez garantice el derecho a la contradicción de la prueba. Se sugiere, entonces, lo siguiente:

1. En primera medida, adoptar una posición reduccionista respecto de la prueba testifical, pues no se puede aspirar, en todos los casos, a hallar la verdad solo a partir de los

135 Como se señaló en la nota 90, las instrucciones o pautas de otras personas pueden alterar la objetividad del testigo.

136 De Paula, 2019: 172.

137 De Paula, 2019: 172. En un mismo sentido, Contreras, 2015: 192.

138 Fernández y Vásquez, 2022: 306.

testimonios y, especialmente, con el uso de la técnica del contra-examen en el marco de un sistema adversarial. Será indispensable contar con otros medios de prueba que soporten o descarten las afirmaciones que surjan de la prueba testimonial practicada bajo esta modalidad.

2. Es oportuno grabar -en video- todas las diligencias de declaraciones previas que atienda el testigo, con el fin tener la posibilidad de evaluar a qué tipo de información post suceso ha sido sometido a lo largo de la actuación¹³⁹. Pero también, será apropiado evitar que un testigo declare varias veces sobre el mismo tema, para disminuir el riesgo de contaminación de la memoria del declarante al ser expuesto a múltiples repasos, comentarios y preguntas sobre lo acontecido.

3. Es pertinente crear una fase dónde el testigo haga inicialmente un relato libre y espontáneo de aquello que sabe¹⁴⁰, siempre limitado a los temas que sean relevantes para el proceso – ya sea que confirmen o descarten los hechos objeto de litigio-. Lo ideal sería que la persona indique todo lo que ha percibido sin la influencia de interrogantes que busquen defender una teoría del caso. Esto evitará o, al menos, disminuirá el riesgo de que el testigo sea contaminado con temas de interés particular de la fiscalía o la defensa¹⁴¹.

4. Una vez se agote ese escenario, en el cual el declarante haga un relato libre, será pertinente darle la oportunidad tanto a la parte solicitante de la prueba como a la contraparte para que hagan las respectivas preguntas, y ejerzan su derecho a la contradicción de la prueba, sin introducir información engañosa.

5. Quien contrainterrogue, además de contar con la oportunidad de impugnar la credibilidad del testigo, debería estar facultado para abordar temas nuevos que sean relevantes para su estrategia de litigio, con independencia de que aquellos no hayan sido tratados en el directo. Esta postura sería más equilibrada respecto a la pertinencia que aduzca cada parte, en tanto que la práctica de la prueba no estaría supeditada estrictamente a la teoría

139 Fernández y Vásquez, 2022: 309.

140 De Paula, 2019: 160.

141 Vázquez, 2022: 308.

del caso de una sola de ellas. Además, sería un escenario más favorable de cara a las problemáticas mencionadas respecto al testigo común.

6. Por último, será siempre indispensable procurar el cumplimiento del principio de concentración, en virtud del cual, la prueba testimonial debe realizarse en sesiones sucesivas y consecutivas¹⁴², a la mayor brevedad posible. Lo anterior, resulta apremiante frente a la congestión judicial que se vive en Colombia, en tanto que usualmente los declarantes testifican muchos años después de acontecidos los hechos y en fechas que no siempre son continuas.

4. Conclusiones

Es esencial preguntarse si el diseño de una técnica procesal es idóneo o compatible con el fin institucional del proceso de acercarse a la verdad. Si la respuesta es negativa, es apremiante reevaluar los esquemas establecidos y ajustar las fallas para procurar el objetivo mencionado.

A partir de este cuestionamiento, podría plantearse que el tratamiento establecido en el ordenamiento procesal penal para el conainterrogatorio y al testigo común, debería tener una aproximación más cercana a los postulados de la psicología del testimonio. El diseño actual parece no tener en cuenta aspectos como la fragilidad de la memoria del testigo a la hora de reconstruir recuerdos o los riesgos de contaminación a partir de la exposición a información post suceso.

Todo este panorama apunta a una baja fiabilidad de la prueba testimonial que se practica bajo la técnica del conainterrogatorio cruzado. Esta conclusión es problemática frente al fin institucional de procurar la búsqueda de la verdad, a causa del alto riesgo de alteración de los recuerdos con la técnica del contra examen y aquellas otras que lo rodean. Además, se genera una gran incertidumbre frente al derecho a la contradicción, porque la parte respectiva ejercerá su derecho a controvertir la prueba en una escena del crimen posiblemente alterada

142 Fernández, 2022: 236. En sentido semejante, Urbano, 2011: 193. “la prueba debe practicarse en un solo acto, esto es, sin solución de continuidad.”

con los postulados de su oponente, sin contar con la posibilidad de detectar con precisión errores sinceros o las influencias que aquella teoría del caso particular pueda generar en los recuerdos del testigo.

En consecuencia, deben procurarse ajustes que, en primer lugar, no condicionen la práctica de la prueba testimonial, en todo momento, a la teoría del caso particular de una de las partes. Se deben diseñar espacios o fases previas que procuren obtener las declaraciones de los testigos sin una influencia o información externa que provenga de aquellas. Para ello, es indispensable permitir al declarante rendir relatos libres de los acontecimientos que ha presenciado y, luego de ello, dar la oportunidad a la Fiscalía y la defensa de elevar preguntas acordes a sus estrategias jurídicas.

BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA ZÁRATE, LAURA y MEDINA RICO, RICARDO (2019): Manual de Oralidad y Técnicas de Juicio en el Sistema Penal Acusatorio, Bogotá: Ibáñez & Cesjul.

ALMAGRO, PAUL (1995): Derecho Procesal, tomo II - Proceso penal, vol. I, Madrid: Trivium.

ÁLVAREZ, MIGUEL ÁNGEL y MANZANERO, ANTONIO (2015): La memoria humana, aportaciones desde la neurociencia cognitiva, Madrid: Ediciones Pirámide.

ANDERSON, TERENCE; SCHUM, DAVID y TWINING, WILLIAM (2015): Análisis de la prueba, Madrid: Marcial Pons.

BERGMAN, PAUL (1989): La defensa en juicio, Buenos Aires: Abeledo Perrot.

BERNAL CUELLAR, JAIME y MONTEALEGRE LYNETT, EDUARDO (2013): El Proceso Penal, Tomo I, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

BELLO TABARES, HUMBERTO (2016): Tratado de derecho probatorio, Tomo II, Vol I, Bogotá: Ibañez.

CAROFIGLIO, GIANRICO (2010): El arte de la duda, Madrid: Marcial Pons.

CASTRO OSPINA, SANDRA (2005): Cinco estudios sobre el sistema acusatorio, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

CONTRERAS ROJAS, CRISTIÁN (2015): La valoración de la prueba de interrogatorio, Madrid: Marcial Pons.

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA y CORPORACIÓN EXCELENCIA EN LA JUSTICIA (2022): Resultados del estudio de los tiempos procesales, tomo I.

CLARK, R, et al (2015): Cross-examination Handbook. Persuasion, Strategies and Techniques, New York: Aspen Coursebook Series.

CHIARA DÍAZ, CARLOS - LA ROSA, MARIANO (2013). Derecho Procesal Penal 1, Buenos Aires – Bogotá: Astrea.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA:

- (1997). Sentencia C 475-1997. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, 25 de septiembre de 1997.
- (2001). Sentencia SU 014-2001. M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez, 17 de enero de 2001.
- (2011). Sentencia C 371-2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, 11 de mayo de 2011.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA COLOMBIANA, SALA PENAL:

- (2007). Auto con radicación 27608. M.P. Sigifredo Espinosa Pérez; 26 de octubre de 2007
- (2012). Auto con Radicación 27608. M.P. Fernando Alberto Castro Caballero; 18 de abril 2012.
- (2015). Sentencia con radicación 45011. M.P. Eugenio Fernández Carlier; 25 de febrero de 2015.
- (2019). Sentencia AP 2901-2019, M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa; 17 de julio de 2019.
- (2019). Sentencia SP4135-2019, M.P. Patricia Salazar Cuellar; 01 de octubre de 2019.
- (2020). Sentencia con radicación 00222. M.P. Ariel Augusto Torres Rojas; 15 de abril de 2020.

COX, EDWARD (1852). *The Advocate. His Training, Practice, Rights and Duties*, Londres: John Crockford Law Time Office.

CUELLO IRIARTE, GUSTAVO. (2008). *Derecho probatorio y pruebas penales*, Bogotá: Legis.

DECASTRO GÓNZALEZ, ALEJANDRO. (2005). *El Contrainterrogatorio*, Medellín: Comlibros.

- (2008): El alcance del contrainterrogatorio. *Revista Criterio Jurídico*, V.8, No. 2, 171-200. <https://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/949>

DEVIS ECHANDÍA, HERNADO (1984). *Compendio de la prueba judicial*, Tomo I: Rubinzal y Culzoni.

DE LA FUENTE, JAVIER. (2015). *La memoria de los testigos*, Barcelona: Editorial UOC.

DE PAULA RAMOS, VITOR. (2019). *La prueba testifical*, Madrid: Marcial Pons.

DE RESENDE SALGADO, D. (2023). Fundamentos à admissibilidade da metaprova no processo penal. *Quaestio Facti. Revista Internacional Sobre Razonamiento Probatorio*, (5), 95–124. https://doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i5.22908

EPSTEIN, JULES. (2007). The Great Engine that Couldn't: Science, Mistaken Identifications, and the Limits of Cross-Examination. *Stetson Law Review*, Vol. 36, No. 3, 2007, Widener Law School Legal Studies Research Paper No. 08-23, Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1100090>

FERRER BELTRÁN, JORDI. (2007): *La valoración racional de la prueba*, Madrid: Marcial Pons.

- (2021): *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*. Madrid: Marcial Pons.

FAJARDO VANEGAS, JUAN SEBASTIÁN. (2022): *Manual de Contrainterrogatorio. Paso a paso para un contra ideal*, Bogotá: Tirant Lo Blanch.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, MERCEDES. (2022). *La conformación del conjunto de los elementos de juicio III. Principios generales de la práctica de la prueba. Manual de razonamiento probatorio*, Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, MERCEDES y VAZQUÉZ, CARMEN. (2022). *La valoración de la prueba I: La valoración individual de la prueba. Manual de razonamiento probatorio*, Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.

FIERRO MÉNDEZ, HELIODORO (2017). *El testigo en el proceso penal acusatorio*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.

GARCÍA RAMIREZ, JULIO; ROMERO SANTOS, LUIS; GARCÍA GONZÁLEZ, FLORENTINO. *La técnica del interrogatorio*, 2ª edición, Madrid: Rasche.

GREENE, E., FLYNN, M. S., & LOFTUS, E. F. (1982). Inducing resistance to misleading information. *Journal of Verbal Learning & Verbal Behavior*, 21(2), 207–219.

GONZÁLEZ-COULON, MARÍA. (2023). Una increíble, aunque verosímil historia de las palabras: fiabilidad, credibilidad y testimonios. *Revista de derecho (Valdivia)*, 36(2), 187-204. <https://dx.doi.org/10.4067/s0718-09502023000200187>

GONZÁLEZ LAGIER, DANIEL (2022): Pruebas, hechos y verdad. Manual de razonamiento probatorio, Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.

GUERRERO PERALTA, OSCAR (2017): Fundamentos teórico-constitucionales del nuevo proceso penal, Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.

HAACK, SUSAN (1997). Evidencia e investigación: hacia la reconstrucción en epistemología (trad. de M. Á. Martínez García). Tecnos.

LÓPEZ BLANCO, HERNÁN (2001). La prueba, Bogotá: Dupre.

LOFTUS, E. F., MILLER, D. G., & BURNS, H. J. (1978). Semantic integration of verbal information into a visual memory. *Journal of Experimental Psychology: Human Learning and Memory*, 4(1), 19–31.

LOFTUS, E. F., & PALMER, J. C. (1974). Reconstruction of automobile destruction: An example of the interaction between language and memory. *Journal of Verbal Learning & Verbal Behavior*, 13(5), 585–589.

MANZANERO, ANTONIO. (2008). Psicología del testimonio: Una aplicación de los estudios sobre la memoria. Editorial Pirámide.

MAZZONI, GIULIA. (2010): ¿Se puede creer a un testigo? El testimonio y las trampas de la memoria, Fernández Ciudad SL: Editorial Trotta.

NIEVA FENOL, JORDI. (2019). - El art. 708 LeCrim: una limitación inexistente al interrogatorio cruzado. Teoría & Derecho. Revista De Pensamiento jurídico, (26), 235–250. <https://doi.org/10.36151/td.2019.022>

- La discutible utilidad de los interrogatorios de partes y testigos (Algunas reflexiones sobre la oralidad en tiempos de pandemia). Ius et Praxis [online]. 2020, vol.26, n.3 pp.157-171. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122020000300157&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0012. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122020000300157>.

PABÓN PARRA, ALFONSO. (2015). Oralidad, Testimonio, Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.

PARRA GUZMÁN, MAURICIO. (2020). Litigio y juicio oral en el sistema penal acusatorio, Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.

PEÑA GONZÁLES, OSCAR. (2020). Técnicas de litigación oral. Teoría y práctica, Lima: Ibáñez.

PARRA QUIJANO, JAIRO. (2006). Manual de derecho probatorio, Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda.

RAMÍREZ BASTIDAS, YESID. (2010). Sistema Acusatorio Colombiano, Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.

RODRÍGUEZ CHOCONTÁ, ORLANDO. (2012). El testimonio Penal y su práctica en el juicio oral y público, 3ra edición, Bogotá: Temis.

SALGADO, DANIEL. (2022). A metaprova no processo penal: seu perfil conceitual e funcional e o controle racional da fiabilidade da prova. Dissertação de Mestrado, Faculdade

de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. doi:10.11606/D.2.2022.tde-02022023-190000. Recuperado em 2024-04-20, de www.teses.usp.br

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. Davis v. Alaska, U.S., 27 de febrero de 1974.

UNITED STATES COURT OF APPEALS, Second Circuit. United States v. DiLapi, 9 de junio de 1981.

URBANO MARTÍNEZ, . (2011). La nueva estructura probatoria del proceso penal, Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.

VAZQUÉZ, CARMEN. – (2015). De la prueba científica a la prueba pericial, Madrid: Marcial Pons.

-(2022). La conformación del conjunto de elementos de juicio: la práctica. Manual de razonamiento probatorio, Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.

WIGMORE, John Henry (1904): A Treatise on the System of Evidence in Trials at Common Law, vol. II, Boston.

ZABALETA ORTEGA, Carmen. (2017). La contradicción en materia probatoria, en el marco del proceso penal colombiano. Rev. CES Derecho., 8(1), 172-190.