

EL USO DE DOCUMENTOS Y ESCRITOS EN LA AUDIENCIA DE JUICIO ORAL

Alejandro DECASTRO GONZÁLEZ*

SUMARIO: I. *Resumen*. II. *Introducción*. III. *Desarrollo conceptual*. IV. *La doctrina de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia*. V. *Conclusiones*. VI. *Bibliografía*.

I. RESUMEN

LA ENTRADA en vigencia del sistema penal acusatorio en buena parte de Latinoamérica, desde finales del siglo pasado y comienzos del presente, plantea cambios fundamentales en la litigación; uno de esos cambios tiene que ver con el uso adecuado de los documentos y escritos en la audiencia de juicio oral, aspecto que no resultaba problemático en los anteriores sistemas procesales mixtos-escriturales con tendencia inquisitiva. El presente artículo aborda esa problemática y plantea la correcta utilización que se le debe dar a los documentos y escritos en la audiencia de juicio oral.

II. INTRODUCCIÓN

El presente escrito parte de la experiencia del sistema acusatorio colombiano (adoptado mediante Ley 906 de 2004) pero la investigación que le sirve de

* Abogado litigante. Coordinador Académico de la Defensoría Pública-Defensoría del Pueblo de Colombia. Diplomado en Derechos Fundamentales. Diplomado en Casación Penal. Especialista en Derecho Constitucional Comparado de la Universidad Autónoma de Madrid en Convenio con la Universidad Autónoma de Madrid. Conjuez de las Salas Penales de los Tribunales Superiores de Medellín y Antioquia, del Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia y del Tribunal Administrativo de Antioquia. Autor del libro *El Contrainterrogatorio*. Estudio sobre la práctica de la prueba testimonial adversa, Medellín, Editorial Comlibros, 2005.

base tiene vocación académica de proyección a todo sistema acusatorio, especialmente a los modelos latinoamericanos; de ahí que sus presupuestos y conclusiones pueden extenderse sin dificultad a los distintos modelos de sistema acusatorio vigentes en la región en lo que a utilización de documentos en el juicio oral se refiere.

Este artículo discurre sobre la debida utilización que corresponde en el juicio oral de ciertos documentos que componen la preparación del caso de las partes, como por ejemplo, los informes oficiales (policivos, ejecutivos, etc.), dictámenes periciales o “resúmenes de la opinión pericial”, exposiciones y entrevistas, entre otros.

Desde los inicios de la práctica forense en el sistema acusatorio colombiano se percibe en los intervinientes un afán por “introducir” al juicio oral *todos* los “documentos” –en sentido amplio– que tienen en su poder y que fueron descubiertos bien en la audiencia de acusación (por la Fiscalía) o en la audiencia preparatoria (por la defensa).

Por ejemplo, es normal que a través del agente de policía que elaboró y suscribió el informe de captura en flagrancia se “introduzca” el mismo; o que se haga lo propio a través del perito respectivo con el dictamen preliminar, o definitivo, en los casos de estupefacientes; e incluso, algunas veces se introduce en el juicio oral la exposición o la entrevista con quien la tomó.

En la audiencia de formulación de acusación el Fiscal descubre en sus partes la carpeta que conforma su caso; pareciera que con el cambio de sistema se produjo una especie de asimilación o equivalencia entre ese legajo de documentos y lo que se denominaba “expediente” en la práctica forense correspondiente a las anteriores regulaciones procesales, lo cual, sumado a una errada concepción del actual sistema, ha contribuido a que los intervinientes perciban el juicio oral como una oportunidad para “reconstruir” esa carpeta mediante la introducción a cuenta gota, y con la aprobación del Juez, de todos los “documentos” que la componen.

Al analizar esta curiosa práctica se denota el deseo de “desarmar” el expediente en la audiencia respectiva donde se deban descubrir uno a uno sus componentes para luego “rearmarlo” en la audiencia de juicio oral mediante la introducción de cada una de sus partes mediante “testigos de acreditación”.

Este afán por *introducir todo* al juicio oral es comprensible por cuanto el “expediente” otorgaba seguridad psicológica a los operadores jurídicos del anterior sistema mixto-escritural; la costumbre de lo escrito y la novedad de la utilización del “registro” para recoger las manifestaciones orales hace que la actual regulación genere inseguridad y poca confianza en el intervi-

niente por la dificultad de consulta del registro, la rapidez de la actuación y la carencia de unas destrezas cognitivas que eran innecesarias en el anterior sistema pero imprescindibles en el actual: buena memoria, rapidez de pensamiento, facilidad de expresión y capacidad de persuasión oral, entre otras.

Y también se percibe en los jueces, las más de las veces, una actitud complaciente con la introducción, por las partes, de la mayor cantidad posible de información documental, la cual se filtra hacia la valoración del testimonio oral, pues junto con éste se introduce un “testimonio documental” que termina haciendo parte de la actuación.

Este enfoque de litigación desconoce abiertamente la esencia del sistema penal acusatorio diseñado en la Ley 906 de 2004, a la par que atenta contra sus principios fundamentales y vigencia efectiva. En efecto, el sistema acusatorio pretende que la prueba ingrese mediante los testigos que declaran *oralmente* ante el Juez, jamás que se sustituyan sus declaraciones orales por escritos o documentos previos. El uso de documentos y escritos en un juicio oral es bastante limitado y sujeto a estrictas reglas técnicas que deben ser perfectamente dominadas por los intervinientes y el juez.

De no ser así, el nuevo sistema habría implicado la continuación del método de enjuiciamiento anterior, con la diferencia de que “La actuación procesal será oral y en su realización se utilizarán los medios técnicos disponibles que permitan imprimirle mayor agilidad y fidelidad, sin perjuicio de conservar registro de lo acontecido.”¹ Un cambio legislativo tan importante no se justifica con algo que ya permitía la regulación anterior.²

A la práctica forense que se cuestiona se refirió la jurisprudencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín³ en estos términos:

Y finalmente tiene razón la parte recurrente en cuanto a la censura que comienza a hacer por la actitud de los fiscales que introducen a la carpeta, incluso desde mucho antes de la audiencia de juicio oral, con riesgo de conta-

¹ Artículo 9 de la Ley 906 de 2004.

² El artículo 147 de la Ley 600 de 2000 permitía grabar las diligencias: “*Requisitos formales de la actuación. Las actuaciones deberán adelantarse en idioma castellano y se recogerán por el medio más idóneo disponible. Si estuvieren en otro idioma o la persona no pudiere expresarse en castellano, se hará la traducción correspondiente o se utilizará un intérprete...*”

³ La estructura de la jurisdicción penal ordinaria en Colombia es la siguiente, en orden descendente: Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia-Tribunales Superiores de Distrito Judicial-Juzgado Penales del Circuito y Juzgados Penales Municipales.

minación del juez, de documentos que sin duda alguna, por lo que son ellos, por lo que contienen, son prueba de referencia.

La Sala observa con preocupación el establecimiento de esa necia y perjudicial costumbre, sin que reaccionen jueces de control de garantías y de conocimiento, pues en su potestad está impedir ese foco de contaminación. El informe de captura en flagrancia y el documento que contiene el examen anticipado de la sustancia incautada (PIPH), que son los que menciona críticamente la defensa, no tienen porqué incorporarse a la carpeta porque en todo caso la parte interesada tendrá que llevar a la audiencia de juicio oral, por la vía testimonial, a aquellos que originan lo uno y lo otro.

De otra manera dicha: lo que contienen esos documentos no vale por lo narrado en su interior sino por lo que de ello testifique su autor. La valoración de sus alcances no se circunscribe a su contenido sino a la credibilidad que merece quien los crea.⁴

III. DESARROLLO CONCEPTUAL

Baytelman y Duce advierten lo siguiente en cuanto a la experiencia adversarial chilena, que resulta aplicable al caso colombiano:

La primera cuestión que es necesario despejar, aun cuando sea un tanto obvia en la lógica de un sistema acusatorio, es que la regla general del sistema sólo considera como testigo a la persona que comparece al juicio a prestar declaración en la audiencia, sometiéndose a las reglas de examen y contraexamen. Su declaración personal no puede ser sustituida o reemplazada por la lectura de actas anteriores en las que consten versiones previas de la misma. En este esquema, un testigo o la prueba testimonial jamás podrá ser la lectura de un acta o protocolo en el cual consta una declaración prestada en forma previa ante algún órgano del sistema (fiscalía o tribunal, por ejemplo). Solo es testigo y puede ser valorada como prueba testimonial la declaración prestada *en juicio* por la persona que comparece al tribunal bajo el formato de presentación de la prueba testimonial (examen directo y contraexamen).⁵

⁴ Sentencia del veintiséis de septiembre de dos mil seis. Acta número 257, radicado 2006-1663 (7559), M. P. JARAMILLO DÍAZ.

⁵ Cfr. BAYTELMAN A., Andrés y MAURICIO DUCE J., *Litigación Penal. Juicio Oral y Prueba*. México, Fondo de cultura económica, 2005, p. 108 (cursivas en el texto original).

Y agregan:

Uno de los mayores desafíos para la real implementación de juicios orales genuinamente adversariales es la correcta comprensión acerca del rol y uso que se puede dar en juicio a las declaraciones previas rendidas por testigos y peritos. Así, existe una tendencia casi irrefrenable de parte de los litigantes que provienen de sistemas inquisitivos de intentar introducir al juicio oral los documentos en los que constan las declaraciones previas, como si fueran esas declaraciones previas las que el tribunal debiera valorar para adoptar su decisión final del caso. Nada más alejado a la lógica del juicio oral en un sistema acusatorio.

La regla general de un juicio oral, en un sistema acusatorio, es que la prueba de testigos y peritos consiste en la comparecencia personal del testigo o perito al juicio y su declaración será aquella que se presenta en el mismo juicio oral. (...) En consecuencia, la única información que el tribunal al puede valorar para efectos de su decisión es la entregada por los testigos y peritos en su declaración personal prestada en el juicio. Toda otra declaración previa prestada por ellos antes del juicio no tiene valor ni puede utilizarse en reemplazo de la declaración personal de los testigos y peritos el día del juicio, salvo algunas excepciones que suele contemplar la legislación comparada en la materia...⁶

Un “documento”, escrito o declaración previa ciertamente pueden hacerse valer en el juicio oral de distintas formas y con variadas finalidades, como pasa a explicarse:

De un lado, un documento puede ser utilizado en juicio *como medio de prueba* propiamente dicho, es decir, con *finalidad probatoria sustantiva* o para probar la verdad de lo contenido en el documento, bien en la modalidad de (i) prueba directa o (ii) *prueba de referencia*, si resultare admisible.

En el primer caso el documento *sustituye la declaración del testigo* porque aquél es *lo que prueba el hecho* al que se refiere; el documento es el fin y el testigo de acreditación –con el que se incorpora o acredita el documento– es el medio; nótese como *no es el testigo quien prueba la verdad del hecho al que se refiere el documento*, sino que con éste se introduce el documento *que es la prueba en sí* de su contenido. Es por eso que el artículo 433 de la Ley 906 de 2004, ubicado dentro de la Parte IV sobre “Prueba Documental” se refiere al evento en que “se exhiba un documento con el propósito de ser valorado como prueba...”

⁶ *Ibidem*, pp. 253 y 254.

Un ejemplo puede explicar más claramente esta situación: un testigo puede reconocer el título valor que firmó y entregó a cambio de una mercancía, evento en el cual el documento será la prueba (documental) de su contenido. En cambio, en el caso del agente de policía que elabora el informe de captura en flagrancia, lo que prueba directamente el hecho allí consignado (la captura) es el testigo que la llevó a cabo; pero si ese mismo informe se aportara al proceso como prueba de referencia⁷ lo que demostraría el hecho allí contenido sería el propio informe, no el testimonio del testigo de acreditación con que se introduzca.

De otro lado, repárese en que *no todo documento que se usa en juicio tiene vocación de convertirse en prueba en el juicio oral*. Los documentos, escritos y declaraciones previas también se pueden “hacer valer” en el juicio oral pero con finalidades distintas a la ya expresada, como son las siguientes:

- a) Para refrescar la memoria del testigo.
- b) Para impugnar la credibilidad del testigo.
- c) Para fundamentar y aclarar la respuesta del testigo experto.

En estos tres casos el documento no se usa para *hacerlo valer como prueba sustantiva* de los hechos a los que se refiere su contenido *ni para sustituir la declaración del testigo*. Si el documento se usa con esas finalidades estaríamos ante prueba de referencia (artículo 437 de la Ley 906/04), que por regla general es inadmisibile, salvo taxativas excepciones (artículos 379 y 438).

Estos eventos implican, en los términos del artículo 346 de la Ley 906/04, que el documento, declaración previa o escrito no tiene vocación de ser “*aducido al proceso ni convertirse en prueba del mismo, ni practicarse durante el juicio*”.

En los tres casos señalados el documento no se *introduce como “prueba”* en el juicio oral; es mas: *no se introduce*, ya que el documento es un simple medio (con alguna de tres finalidades especificadas) y el fin es el testimonio del testigo que opera como *medio de prueba* para acreditar los hechos del caso, es decir con finalidad de *prueba sustantiva* o “con el propósito de ser valorado como prueba” (art. 433).

⁷ Por ejemplo, porque para el momento del juicio oral el agente de Policía que elaboró el informe y efectuó la captura “padece de una grave enfermedad que le impide declarar”, *cf.* art. 438.c) de la Ley 906 de 2004.

Veamos cada una de estas tres finalidades con que puede usarse el documento en el juicio oral:

1. *Uso de documentos para refrescar la memoria del testigo*

A esta finalidad se refieren los artículos 392.d) y 399 de la Ley 906 de 2004. La primera de las normas dispone:

Artículo 392. *Reglas sobre el interrogatorio.* El interrogatorio se hará observando las siguientes instrucciones:

(...)

d) El juez podrá autorizar al testigo para consultar documentos necesarios que ayuden a su memoria. En este caso, durante el interrogatorio, se permitirá a las demás partes el examen de los mismos;

Por su parte, el artículo 399 expresa:

Artículo 399. *Testimonio de policía judicial.* El servidor público de policía judicial podrá ser citado al juicio oral y público a rendir testimonio con relación al caso. El juez podrá autorizarlo para consultar su informe y notas relativas al mismo, como recurso para recordar.

Se repite que *en estos casos el documento no se introduce como prueba sino que se lo utiliza para refrescar la memoria del testigo*. Nada más. Al respecto E. Chiesa Aponte, refiriéndose a las reglas de evidencia de Puerto Rico y de Estados Unidos, explica lo siguiente, que resulta claramente aplicable a la sistemática probatoria prevista en la Ley 906 de 2004:

Cuando el testigo sólo utiliza el escrito para refrescar memoria, lo que se recibe como prueba de la parte que presenta el testigo es su testimonio, no el contenido del escrito. El escrito, para probar la verdad de las declaraciones contenidas en él, constituye prueba de referencia.⁸

Y agrega:

Se permite al testigo refrescar la memoria por medio de un escrito, y se recibe como evidencia el testimonio del testigo sin que sea necesario usar las

⁸ CHIESA APONTE, Ernesto L., *Tratado de Derecho Probatorio*, tomo I, Publicaciones JTS, 2005, p. 359.

declaraciones en el escrito como prueba sustantiva, por lo que no se suscita un problema de prueba de referencia. Si se utilizara el escrito para probar las declaraciones contenidas en él, habría que hallar alguna excepción a la regla de exclusión de prueba de referencia.⁹

El uso de documentos o declaraciones previas para refrescar o ayudar a la memoria del testigo requiere la previa fundamentación por el interrogador de unas precisas *bases probatorias* que bien pueden resumirse así:¹⁰

- 1) Fundamentar la falta de memoria del testigo sobre un hecho.
- 2) Fundamentar la existencia de una declaración previa en la que el testigo recuerda ese hecho.
- 3) Fundamentar la utilidad de la declaración previa para refrescar la memoria sobre ese hecho.
- 4) Exhibición y reconocimiento de la declaración previa por parte del testigo.
- 5) Que el testigo lea para sí la declaración previa en lo pertinente (ya que el documento no debe sustituir la declaración del testigo).
- 6) Fundamentar que la declaración previa refrescó la memoria.
- 7) Solicitar al testigo el texto de la declaración previa (para evitar que “lea” su testimonio).
- 8) Interrogar para que el testigo declare sobre el hecho no recordado previamente.

Un ejemplo ilustra la situación:

El testigo recuerda el accidente de tránsito pero olvida el detalle de las placas del vehículo que pasó el semáforo en rojo y arrolló la motocicleta, pero la Fiscalía y el testigo saben que él anotó el dato en un papelito que luego le entregó al guarda de tránsito que se hizo presente en el lugar de los hechos. El interrogatorio puede adoptar este formato para refrescar la memoria del testigo sobre el detalle de las placas:

- P. Y estando allí ubicado, díganos exactamente que vio usted.
 C. Vi cuando el vehículo rojo se pasó el semáforo en rojo y atropelló a la motocicleta.

⁹ *Ibidem*, tomo II, p. 688.

¹⁰ *Cfr.* BAYTELMAN A., Andrés y Mauricio DUCE J., *op. cit.*, pp. 258-270.

- P. ¿Puede describir más exactamente al vehículo rojo?
- C. Si, era un Mazda color rojo, tenía los vidrios polarizados y estaba en mal estado.
- P. Desde el lugar en que usted se encontraba, según ya nos explicó en el plano, ¿podía usted observar las placas de dicho vehículo?
- C. Si.
- P. ¿Vio usted las placas de dicho vehículo?
- C. Si.
- P. ¿Nos puede decir cuales eran las placas de ese vehículo?
- C. Pues, en este momento no recuerdo con exactitud, me parece que era... no, sinceramente no recuerdo ese detalle pero yo sí las vi. *(Aquí se han sentado los fundamentos de la falta de memoria del testigo).*
- P. ¿Recuerda usted haberle entregado algo a un guarda de tránsito momentos después de los hechos?
- C. Si, claro, aproximadamente 15 minutos después del accidente llegó un guarda de tránsito y yo le entregué un papelito pequeño que tenía en mí poder. *(Esta respuesta fundamenta la existencia de la declaración previa).*
- P. ¿Que papelito era ese?
- C. Uno en el que anoté las placas del vehículo.
- P. ¿Porque las anotó?
- C. Para que no se me fueran a olvidar, en cuanto las vi sólo pensé en anotarlas.
- P. Si le mostrara ese papelito, ¿le ayudaría ello a recordar las placas del vehículo? *(Esta pregunta así como la respuesta a la misma, sienta fundamentos sobre la utilidad de la declaración previa para refrescar la memoria del testigo).*
- C. Si, claro.
- P. Por qué.
- C. Porque yo fui el que anoté ahí las placas del vehículo.
- P. Permiso señoría para acercarme al testigo. ¿Podría decirle al señor Juez que es lo que le exhibo a usted en este momento? *(Aquí se cumple lo relativo a la exhibición y reconocimiento de la declaración previa por parte del testigo).*
- C. Es el papelito que yo le entregué al guarda de tránsito.
- P. ¿Cómo sabe que es ese papelito y no otro?

- C. Porque tiene la misma forma, el mismo color y las anotaciones que yo hice con mi puño y letra.
- P. Podría leer para usted en silencio lo que aparece escrito ese papelito.
- C. Si. (*El testigo lo lee para sí a fin de evitar que el documento reemplace –no refresque– la memoria del testigo y su declaración oral*)
- P. ¿Lo leyó usted?
- C. Si
- P. ¿Recuerda ahora, o no, cuales eran las placas del vehículo?
- C. Si. (*Esto fundamenta que la declaración previa refrescó la memoria*).
- P. Es tan amable y me regresa el papelito. Permiso señoría para acercarme al testigo y recoger el documento (*Se retira el documento de las manos del testigo para que declare desde su memoria refrescada y no “desde” el documento*). Gracias. ¿Puede ahora decirnos cuales eran las placas del vehículo? (*Aquí se interroga al testigo para que declare sobre el hecho no recordado previamente*)
- C. Las placas del vehículo eran ASD123.

El incumplimiento de las bases probatorias por parte del interviniente que pretenda utilizar documentos o declaraciones previas para refrescar o ayudar a la memoria del testigo puede dar lugar a que la parte contraria se oponga a la pregunta por *falta de bases probatorias*, o lo que se conoce simplemente como falta de fundamentos (*lack of foundation*). Si la objeción expone adecuadamente el yerro del interrogador el Juez debe aceptar la oposición a fin de que la parte que pregunta asiente adecuadamente los fundamentos para refrescar la memoria del testigo. Al respecto se debe tener presente que “para revivir la memoria del testigo se permiten las preguntas sugestivas, con las precauciones de rigor.”¹¹

En este aspecto conviene resaltar el conflicto aparente que se presenta entre dos normas aplicables al interrogatorio de testigos: de un lado las que prohíben *preguntas sugestivas* en el interrogatorio,¹² pero, del otro, se exige que quien interroga sienta las *bases probatorias* para preguntar.¹³ El conflicto

¹¹ CHIESA APONTE, Ernesto L., *ob. cit.*, tomo I, p. 333.

¹² Artículo 392.b) de la Ley 906 de 2004.

¹³ Esta exigencia se puede derivar de la prevista en el artículo 402 *ibidem*, “*Conocimiento personal*. El testigo únicamente podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar o percibir (...)”, de donde se deduce que

es aparente, pues una de las excepciones a la regla general de prohibición de preguntas sugestivas durante el interrogatorio se presenta cuando se sientan las bases del interrogatorio.¹⁴

De no ser así un litigante podría habilidosamente –que no *hábilmente*– “bloquear” a su contraparte durante el interrogatorio mediante objeciones formalmente “técnicas”: cuando la contraparte pretenda “sentar las bases” para una pregunta objetaría porque la pregunta es sugestiva, y cuando aquella evite la pregunta sugestiva –que sienta los fundamentos– le objetaría por falta de fundamentos, con lo que no dejaría avanzar de ningún modo el interrogatorio.

Ahora bien: puede suceder que un testigo no logre recordar la sustancia de su testimonio a pesar de que la parte interesada intentó refrescarle la memoria. En ese evento, sentando las bases apropiadas, se podría introducir como evidencia el escrito contentivo de la declaración previa *como prueba sustantiva de referencia* bajo la excepción de *escrito de pasada memoria*.¹⁵ De ahí la necesidad de diferenciar claramente el uso de documentos para refrescar memoria de los escritos de pasada memoria, como explica la doctrina:

Si el escrito no puede refrescar la memoria del testigo, de modo que éste pueda testificar a base del recuerdo revivido con la ayuda del escrito, podría resultar que el escrito mismo resultara admisible como escrito de pasada memoria. No deben confundirse una y la otra cosa. Cuando el testigo solo usa el escrito para refrescar memoria, se admite su testimonio basado en el recuerdo revivido; cuando se admite el escrito mismo, el testigo no puede recordar los hechos ni siquiera con la ayuda del escrito aunque da fe de que los mismos ocurrieron como son relatados en el escrito.¹⁶

En este caso la regla de los *fundamentos* exige sentar las siguientes bases probatorias:

primero hay que demostrarle al Juez cómo sabe el testigo aquello sobre lo que se le preguntará; en otras palabras, la razón de la ciencia del dicho del testigo precede al dicho mismo.

¹⁴ EVANS, Keith, *Common Sense Rules of Advocacy for lawyers*, The Capitol Net. Inc., 2004, p. 115: “When laying foundation, you are allowed to use leading questions.”

¹⁵ Artículo 438 in fine Ley 906/04: “También se aceptará la prueba de referencia cuando las declaraciones se hallen registradas en escritos de pasada memoria o archivos históricos.”

¹⁶ CHIESA APONTE, Ernesto L., *ob. cit.*, tomo I, p. 360.

1. *La falta de memoria del testigo*: Pero en un grado superlativo a la exigible en el caso de simple refrescamiento de memoria, como quiera que este procedimiento se intentó previamente con resultados negativos. Las reglas de evidencia de Puerto Rico exigen que el testigo no recuerde “*lo suficiente para permitirle testificar en forma precisa*”. La Ley 906 de 2004 no consagra este requisito pero bien puede entenderse razonablemente exigible para aplicar esta excepción a la prohibición de prueba de referencia. Según esto, la regla sería aplicable “*cuando el testigo sólo recuerda en términos generales, pero no recuerda los detalles contenidos en el escrito*”.¹⁷
2. *El conocimiento previo del testigo*: Exigible para todo testigo por vía del art. 402 de la Ley 906 de 2004, cuando dispone que “*El testigo únicamente podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar o percibir.*” Cuando se usa un escrito de pasada memoria es porque el testigo no recuerda de forma suficientemente precisa los hechos como para testificar idóneamente, pero nótese que en todo caso se debe exigir que *alguna vez* el testigo tuviera ese conocimiento. De ahí que se afirme que:

... el testigo debe satisfacer al tribunal en cuanto a que el contenido del escrito refleja unos datos sobre los cuales él tuvo conocimiento personal. No basta con testificar que “no lo hubiera escrito si no me hubiera constado”; el testigo debe declarar algo que permita al tribunal inferir razonablemente este elemento de conocimiento previo. Algún tipo de evidencia, aunque sea circunstancial, se debe exigir para satisfacer este requisito esencial de conocimiento previo.¹⁸

3. *Que el escrito se haya elaborado en un momento en que la materia estaba fresca en la memoria del testigo*: No necesariamente es asunto que dependa del transcurso del tiempo. Se trata de fundamentar que para el momento en que el testigo elaboró el escrito sus recuerdos sobre el hecho estaban frescos (*freshness*). A este respecto debe tenerse en cuenta que “*eventos importantes dejan un recuerdo más prolongado que hechos triviales o insignificantes para quien los vive o percibe.*

¹⁷ *Ibidem*, tomo II, p. 690.

¹⁸ *Ibidem*, tomo II, pp. 690-691.

Un récord detallado de un evento tiende a sugerir que estaba presente este requisito de memoria fresca.”¹⁹

4. Como último requisito, se exige que *el escrito de pasada memoria haya sido elaborado o adoptado por el testigo*, como cuestión esencial de autenticidad.

2. *Uso de documentos para impugnar la credibilidad del testigo.*

A esta finalidad se refieren los artículos 347 y 403.4 de la Ley 906 de 2004. La primera de las normas citadas señala:

Artículo 347. *Procedimiento para exposiciones.* Cualquiera de las partes podrá aducir al proceso exposiciones, es decir declaraciones juradas de cualquiera de los testigos llamados a juicio, a efectos de impugnar su credibilidad.

La Fiscalía General de la Nación podrá tomar exposiciones de los potenciales testigos que hubiere entrevistado la policía judicial, con el mismo valor anotado en el inciso anterior, si a juicio del fiscal que adelanta la investigación resultare conveniente para la preparación del juicio oral.

Las afirmaciones hechas en las exposiciones, para hacerse valer en el juicio como impugnación, deben ser leídas durante el contrainterrogatorio. No obstante, la información contenida en ellas no puede tomarse como una prueba por no haber sido practicada con sujeción al contrainterrogatorio de las partes.

Por su parte, el artículo 403.4 dispone:

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

(...)

4. Manifestaciones anteriores del testigo, incluidas aquellas hechas a terceros, o en entrevistas, exposiciones, declaraciones juradas o interrogatorios en audiencias ante el juez de control de garantías.

De nuevo conviene insistir que en estos casos *el documento, escrito o declaración previa no se hace valer, introduce o incorpora al juicio oral*

¹⁹ *Ibidem*, tomo II, p. 691.

como prueba, solamente se lo utiliza²⁰ para impugnar la credibilidad del testigo. Es por eso que el legislador advierte que la información contenida en las exposiciones “no puede tomarse como una prueba”, debiendo tenerse en cuenta que la Ley expresamente exige que las afirmaciones contenidas en el documento utilizado para impugnar credibilidad²¹ *deben ser leídas durante el contrainterrogatorio “para hacerse valer en el juicio como impugnación”*.

Sobre este tema la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín ha expresado con acierto:

Las pruebas no son las que aparezcan en la carpeta, sino las que se presentaron, incorporaron y realizaron en el juicio. Eso que se llama “entrevista o interrogatorio”, como no se introdujo conforme al procedimiento establecido, para el juez no obra en el expediente ni puede obrar.

Repárese que en la regulación de la práctica de la prueba testimonial, el artículo 403 de la ley 906 de 2004 estableció la posibilidad de impugnar la credibilidad del testigo, entre otras opciones, lo dice el literal 4, con: “las manifestaciones anteriores del testigo”. Pero esto tiene que ocurrir en ese juicio público y frente a sus adversarios, por ejemplo, para que estos puedan elaborar la inmediata estrategia de confrontación interrogativa. Por ello el artículo 347 del mismo código perentoriamente advierte que: “Las afirmaciones hechas en las exposiciones, para hacerse valer en el juicio como impugnación, deben ser leídas durante el contrainterrogatorio. No obstante, la información contenida en ellas no puede tomarse como una prueba por no haber sido practicada con sujeción al contrainterrogatorio de las partes. Esto, tan obvio, no ocurrió. La defensa no desarrolló ningún interrogatorio de impugnación del testigo en el juicio por vía de las anteriores manifestaciones porque no quiso o porque no supo cómo hacerlo. Cuando se trae esa impugnación por fuera de ese espacio principal para ingresarlo a este escenario, es a no dudar una mala *praxis*, que asalta una lealtad debida y que no puede generar convicción, porque esas razones se presentan sin prueba.”²²

²⁰ El art. 347 Ley 906/04 utiliza la expresión “aduce”.

²¹ Por ejemplo: en las exposiciones, por disposición expresa del art. 347, pero debe extenderse la exigencia a toda declaración previa que se use con propósitos de impugnación de credibilidad, como las entrevistas (art. 271), las declaraciones juradas (art. 272) y los interrogatorios en audiencias ante el juez de control de garantías (art. 403.4), entre otros.

²² Sentencia del veintiocho de septiembre de dos mil seis, aprobado en sala, Acta 346, radicado 050-266-00203-2006-01086, negrillas originales, M. P. Gómez Jiménez. Se trató de un caso en el que la defensa criticó en apelación la versión de la víctima sobre la base

Un ejemplo ilustra esta situación: el testigo de cargo de la Fiscalía declara en una exposición que presencié el homicidio de A por parte de B; pero en el juicio oral el testigo declara que no le consta nada sobre el homicidio de A. La Fiscalía puede impugnar la declaración rendida en juicio utilizando para ello las afirmaciones contenida en la exposición, pero *no para probar que son verdad las afirmaciones contenidos en la exposición* (que el testigo presencié el homicidio A por parte de B) *sino para impugnar la credibilidad de lo declarado en juicio*, esto es: para que el juez no le crea al testigo cuando dice que no le consta nada sobre el homicidio de A. Téngase en cuenta que lo contenido en dicha exposición es, en principio, *prueba de referencia inadmisibile* por tratarse de una declaración realizada fuera del juicio oral y que es utilizada para probar un aspecto sustancial objeto del debate: la responsabilidad penal de B en el homicidio de A.²³

Por razones técnicas deben sentarse previamente las siguientes bases (que a la vez son reglas técnicas del litigio) para impugnar credibilidad de un testigo en juicio:

1. El contrainterrogador debe fijar la declaración inconsistente prestada en juicio.
2. El contrainterrogador debe fijar las condiciones en que se produjo la declaración previa.
3. El contrainterrogador debe exhibir y hacer que el testigo reconozca la declaración previa.
4. El contrainterrogador debe obtener del testigo la declaración previa inconsistente, teniendo en cuenta que *“Las afirmaciones hechas en las exposiciones, para hacerse valer en el juicio como impugnación, deben ser leídas durante el contrainterrogatorio”*.

El siguiente formato ilustra esta metodología: en el informe policivo el agente de Policía señala que se bajó de su moto y, cuando se disponía a hacer la requisa, vio que el acusado arrojaba una bolsa negra al piso que posteriormente se determinó contenía sustancia estupefaciente; pero en el interrogatorio en juicio el agente declaró que cuando iba manejando la motocicleta (sin bajarse de la misma) vio que el acusado arrojó una bolsa negra al piso.

de que incurrió en manifestaciones contradictorias con entrevistas previas, a pesar de que no desarrolló ningún interrogatorio de impugnación del testigo en el juicio por vía de las manifestaciones anteriores.

²³ Artículos 437 y 438 Ley 906/04.

Dejando de lado el asunto de la relevancia de la contradicción, la impugnación por declaración previa inconsistente se puede presentar así:

- P. Usted le dijo a la Fiscal hace un momento que “iba manejando cuando vi que él arrojó la bolsa al piso”, ¿es eso cierto?
- C. Si.
- P. ¿Esta seguro de haber visto eso?
- C. Si.
- P. Pero han pasado cuatro meses desde que eso ocurrió, ¿no estará usted confundido?
- C. No, estoy seguro de que fue así. *(Aquí el conainterrogador ha fijado la declaración inconsistente prestada en juicio).*
- P. Usted elaboró un informe de captura en flagrancia, ¿cierto?
- C. Si.
- P. Y ese informe se elaboró el mismo día en que se dio la captura, ¿o no?
- C. Si.
- P. ¿Dijo usted la verdad en ese informe?
- C. Si.
- P. Ese informe se rinde bajo juramento, ¿correcto?
- C. Correcto.
- P. ¿Y usted recordaba mejor estos hechos cuando hizo ese informe o ahora, cuatro meses después?
- C. Los recordaba mejor cuando hice el informe. *(Aquí el conainterrogador ha fijado las condiciones en que se produjo la declaración previa).*
- P. Permiso señoría para acercarme al testigo *(Se le exhibe el informe)*. Dígame si reconoce o no esto.
- C. Si, es el informe policivo que yo elaboré de este caso.
- P. ¿Es esa su firma?
- C. Si. *(Aquí el conainterrogador ha exhibido y ha hecho que el testigo reconozca la declaración previa).*
- P. ¿No es cierto que en ese informe de policía usted dijo “me bajé de la motocicleta e inmediatamente vi cuando él arrojó la bolsa al piso”? *(El conainterrogador intenta obtener del testigo la declaración previa inconsistente leyendo la afirmación respectiva contenida en la misma).*
- C. (...)

Ahora bien: el procedimiento de impugnación puede culminar con alguna de las siguientes situaciones:

- a) El testigo reconoce el contenido de la declaración previa con la que se le impugna.
- b) El testigo desconoce o no recuerda la declaración previa con la que se le impugna.

Si ocurre lo primero el procedimiento de impugnación está completo y la credibilidad del testigo ha sido atacada. Son innecesarias, antitécnicas y objetables las expresiones de parte tendientes a argumentarle al Juez que impugna la credibilidad del testigo por determinadas razones.²⁴

Cumplido el procedimiento de impugnación de credibilidad no parece razonable exigir la introducción de la declaración previa por medio del testigo de acreditación respectivo²⁵ porque el testigo ya reconoció que hizo esa declaración y su respuesta afirmativa en la diligencia de testimonio es la “prueba”, dentro del juicio, de que él hizo esa declaración.

Pero si se presenta la segunda alternativa resulta aconsejable que la parte interesada introduzca al juicio la respectiva declaración previa, y aquí conviene una vez mas precisar lo que se viene sosteniendo a lo largo de este escrito: en este caso la declaración previa se introduce al juicio oral con el respectivo testigo de acreditación no para probar la verdad del contenido de la declaración previa (finalidad de prueba sustantiva) sino y únicamente “*para hacerse valer en el juicio como impugnación*” (artículo 347 Ley 906/04), es decir: para probar que la declaración previa *fue hecha por el testigo*, toda vez que él niega o no recuerda haberla hecho.

Si la declaración previa se introduce con “finalidad de prueba sustantiva” estaríamos ante un caso de *prueba de referencia*, en principio inadmisibile,

²⁴ Esta práctica es muy común en los funcionarios de la Fiscalía. En la dinámica del testimonio en el sistema acusatorio solo es admisible preguntar u objetar preguntas (en cuanto a las partes) y responder (en cuanto al testigo). Los argumentos tienen su escenario natural en los alegatos de conclusión y las réplicas, donde se debe presentar la conclusión o valoración de la impugnación. Esta costumbre de “decir” que se impugna la credibilidad del testigo se asemeja a la práctica forense del proceso civil de “tacha” del testigo de la contraparte. De otro lado, la impugnación de credibilidad habla por sí misma si se llevó a cabo correctamente.

²⁵ Por ejemplo, mediante el investigador que realizó la entrevista o el funcionario de policía judicial que tomó la exposición.

salvo que se configure para el caso alguna de las excepciones legales de admisibilidad (art. 438). Esto se traduce prácticamente en que el Juzgador no puede dar por probados en la sentencia los hechos contenidos en la declaración previa usada con fines de impugnación de la credibilidad del testigo. Si lo hiciera podría incurrir en error de hecho por falso juicio de legalidad al tener por probado un hecho sin el cumplimiento de las formalidades legales esenciales.

Cuando el testigo niega o no recuerda haber hecho la declaración previa el procedimiento de impugnación se completa al probarse que el testigo hizo la respectiva declaración previa.

Es por lo anteriormente expuesto que la doctrina anglo-norteamericana sostiene:

If the witness admits the inconsistency, then the impeachment is complete, and you usually are not permitted also to introduce the statement into evidence unless you can lay the foundation for a hearsay exception. However, if the witness denies or does not remember making the statement, you may introduce it and read the inconsistent portion to the jury.²⁶

c) *Uso de documentos para fundamentar y aclarar la respuesta del testigo experto.*

Este evento solo se permite en la Ley para el caso de la declaración de peritos o expertos. En estos casos la regla de los fundamentos exige sentar las siguientes bases:

1. Establecer la necesidad que tiene el testigo de fundamentar o aclarar la respuesta. Al igual que en el refrescamiento de memoria, usualmente esto ocurre a iniciativa del testigo.
2. Fundamentar la existencia de un documento previo en el cual el testigo consignó la materia sobre la que declara.

²⁶ TANFORD, J. Alexander, *The Trial Process: Law, Tactics and Ethics*, Lexis Nexis, 3rd edition, August 2002, p. 324, traducción: Si el testigo admite la inconsistencia, entonces la impugnación está completa y normalmente a usted no se le permitirá introducir en evidencia la declaración, a menos que pueda fundar las bases para una excepción de prueba de referencia. Sin embargo, si el testigo niega o no recuerda la declaración previa, usted puede introducirla y leer la porción inconsistente al jurado.

3. Establecer la utilidad del documento o dictamen para fundamentar o aclarar la respuesta.
4. Exhibición y reconocimiento del escrito o dictamen.
5. Que el testigo lea el escrito o dictamen en lo pertinente.
6. Establecer que el escrito o dictamen sirvió para fundamentar o aclarar la respuesta.
7. Solicitar el escrito o dictamen.
8. Interrogar por el hecho que requería fundamentación o aclaración.

IV. LA DOCTRINA DE LA SALA PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Mención aparte merece la interpretación que desde la academia y la práctica forense se le viene dando a la doctrina casacional sobre el valor de las entrevistas y declaraciones previas al juicio, tema que fue abordado por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia en sentencia del 9 de noviembre de 2006.²⁷

Lamentablemente este precedente está siendo interpretado y aplicado en el sentido de que basta “leer para el registro” la declaración anterior del testigo que asiste a testificar al juicio oral para tenerla como prueba sustantiva por vía de “complemento del testimonio”. Esta manera de interpretar la citada jurisprudencia respalda precisamente lo que se critica en este escrito, con la diferencia de que la declaración previa no se “introduce” a la actuación como documento sino que se “lee”, y eso, supuestamente, basta para que pueda ser valorada por el Juez. Nada más equivocado.

De nuevo los rezagos culturales del modelo procesal anterior se filtran en la aplicación de la nueva sistemática. Algunos operadores jurídicos están asimilando materialmente el “registro”²⁸ al “expediente” del anterior sistema procesal escritural de tendencia inquisitiva, lo que lleva a concluir erradamente que “todo lo que quede en el registro es prueba” susceptible de valoración judicial.

²⁷ Radicado 25738, M. P. ESPINOZA PÉREZ. Este precedente fue reiterado en el auto del 7 de febrero de (2007, radicado 26727, MP PULIDO DE BARÓN y QUINTERO MILANÉS) donde la Corte no admitió la demanda de casación presentada contra la sentencia de una Sala del Tribunal Superior de Medellín citada en este escrito (sentencia del veintiocho de septiembre de dos mil seis, aprobado en sala, Acta 346, radicado 050-266-00203-2006-01086, negrillas originales, M. P. GÓMEZ JIMÉNEZ).

²⁸ El *record* en el sistema americano.

Semejante enfoque desnaturaliza los pilares del sistema penal acusatorio y sus principios de inmediación y contradicción, pues la relación entre “registro” y “prueba” no es *absoluta* ni *necesaria*. Es verdad que toda prueba tiene que aparecer en el registro, pero el juicio inverso no es correcto: no todo lo que “quede” en el registro es prueba. El “registro” cumple funciones de acta de la diligencia y para dejar constancia de aspectos relevantes a la actuación, lo que obviamente no es una “prueba” en el sentido técnico y jurídico del término.

Nada es más pernicioso, en punto a la interpretación de los precedentes judiciales, que su estudio por extractos o, en todo caso, inconexo de los hechos que dieron origen al pronunciamiento jurisprudencial. La *ratio decidendi* de un caso debe buscarse en los argumentos de la sentencia a partir de los *hechos relevantes*.²⁹

Una completa lectura del precedente judicial emanado de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia permite concluir que se trató de un caso cuyos contornos fácticos son los siguientes:

La Fiscalía interrogó al indiciado A como autor material de un homicidio, quien lanzó cargos contra B y C señalándolos como determinadores del delito. En el juicio contra B y C la Fiscalía ofreció el testimonio de A para probar la coautoría de aquellos.

El testigo A compareció a la audiencia de juicio oral, pero en el desenvolvimiento del interrogatorio a que fue sometido, desde la primera respuesta a pregunta realizada por la Fiscalía, se mostró evasivo y contrario a la versión que había dado a conocer en el interrogatorio rendido en las actividades de indagación, negando no solo que en el recinto se encontraran presentes los determinadores del hecho sino la responsabilidad en el mismo de los acusados B y C.³⁰

Esta situación ameritó que la Fiscalía, previa autenticación, utilizara el documento que contenía el interrogatorio de A, documento que reconoció y que por petición de la Fiscalía procedió a leer en voz alta, lectura de pasado

²⁹ Sobre ello CUETO RÚA, Julio César, *El Common Law. Su estructura normativa y enseñanza*, Abeledo Perrot; LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *El Derecho de los Jueces, Legis*.

³⁰ Los motivos por los que A cambió su versión en el juicio oral son anecdóticos y en todo caso irrelevantes frente a la *ratio decidendi* del caso: lo hizo por la repercusión psicológica que para él representaba estar detenido en la misma cárcel con uno de los señalados como determinadores y al considerarse engañado por la Fiscalía en su promesa de otorgarle una debida protección.

que se convirtió básicamente en su declaración en el juicio porque propició una serie de preguntas que llevaron al testigo a recabar importantes informaciones allí suministradas, retomando su verdad inicialmente vertida, y de las cuales se derivaban circunstancias suficientes para sostener que B y C eran los determinadores del homicidio.

Es a partir de estos hechos que la Corte procede a dictar sentencia de casación con el fin de “desarrollar la jurisprudencia en un tema trascendental en el procedimiento del sistema acusatorio oral, a saber el alcance, naturaleza y eventual validez de las entrevistas o interrogatorios de verificación tomadas por fuera del juicio”.

Bajo estos hechos la Corte se aparta de lo que considera una “interpretación exegética que se pretende dar al artículo 347 del Código de Procedimiento Penal”, advirtiendo que “lo realmente importante es que las informaciones recogidas en la etapa de investigación, ya por la Fiscalía o ya por la defensa, accedan al debate procesal público ante el juez de conocimiento, cumpliendo así la triple exigencia constitucional de publicidad, inmediatez y contradicción de acuerdo con el artículo 250, numeral 4º de la Carta Política.” Y concluye sobre el caso concreto:

Véase cómo en este caso, una vez leída la exposición vertida por el testigo en la etapa de indagación, “previa su autenticación” como se hizo constar, se suscitaron una serie de preguntas que necesariamente llevaron a introducir al testimonio el dicho pasado, sobre el cual se activó en ese momento el derecho de la parte contraria para contrainterrogar, refutando en todo o en parte lo que el testigo dijo entonces y explica ahora, actos con los cuales se satisficieron a plenitud los principios de inmediatez, publicidad y contradicción de la prueba en su integridad, y en tales condiciones, carece de todo fundamento sostener que la valoración del testimonio de Oscar Duvan Acosta para sustentar el fallo de responsabilidad contra los aquí incriminados pueda ser lesiva del derecho del procesado a ser juzgado con todas las garantías de un juicio precedido por tales principios.

El hecho relevante en este caso es que, luego de que el testigo fue impugnado haciéndole leer la entrevista previa, reconoció su contenido y *comenzó a responder otras preguntas produciendo evidencia en el testimonio oral sobre lo que había dicho en el interrogatorio previo al juicio.*

La exigencia no consiste solamente en “leerle” al testigo la declaración previa (art. 347 Ley 906/04), pues adicionalmente es *necesario* realizar un “interrogatorio subsiguiente” a la lectura; es así como aquella, según lo que responda el testigo, puede “complementar” el testimonio en juicio, como se desprende de esta consideración de la Corte:

Por lo tanto, en el caso de que en el juicio oral un testigo modifique o se retracte de anteriores manifestaciones, la parte interesada podrá impugnar su credibilidad, leyendo o haciéndole leer en voz alta el contenido de su inicial declaración. Si el testigo acepta haber rendido esa declaración, se le invitará a que explique la diferencia o contradicción que se observa con lo dicho en el juicio oral. Véase cómo el contenido de las declaraciones previas se aportan al debate a través de las preguntas formuladas al testigo y sobre ese interrogatorio subsiguiente a la lectura realizada las partes podrán contrainterrogar, refutando en todo o en parte lo que el testigo dijo entonces y explica ahora, actos con los cuales se satisfacen los principios de inmediación, publicidad y contradicción de la prueba en su integridad.

Si se cumplen tales exigencias, el juez puede valorar con inmediación la rectificación o contradicción producida, teniendo en cuenta los propios datos y razones aducidas por el testigo en el juicio oral. Se supera de esta forma la interpretación exegética que se pretende dar al artículo 347 del Código de Procedimiento Penal, pues lo realmente importante es que las informaciones recogidas en la etapa de investigación, ya por la Fiscalía o ya por la defensa, accedan al debate procesal público ante el juez de conocimiento, cumpliendo así la triple exigencia constitucional de publicidad, inmediación y contradicción de acuerdo con el artículo 250, numeral 4° de la Carta Política.

No se trata, se reitera, de que la declaración previa entre al juicio como prueba autónoma, sino que el juez pueda valorar en sana crítica todos los elementos que al final de un adecuado interrogatorio y contrainterrogatorio ejercido por las partes, entran a conformar el testimonio recibido en su presencia. Lo declarado en el juicio oral, con inmediación de las manifestaciones contradictorias anteriores que se incorporan a éste, junto con las explicaciones aducidas al respecto, permitirán al juzgador contrastar la mayor veracidad de unas y otras, en una apreciación conjunta con los restantes elementos de juicio incorporados al debate público.

Una lectura rápida de la sentencia pareciera sugerir que la Corte autoriza al Juez para que valore la declaración previa leída en el contrainterrogatorio como prueba sustantiva, es decir: que podría formarse el convencimiento de la responsabilidad penal a partir de una incriminación contenida en la declaración previa, a pesar de que dicha incriminación no se retome por el testigo en el testimonio prestado en el juicio oral. De los siguientes pasajes de la sentencia podría sacarse esa ligera conclusión:

Pero lo que no puede admitirse es que el juez tenga que sustraerse por completo al conocimiento que obtiene a través de ese medio legalmente permiti-

do, cuando previamente, con su lectura y contradicción, se han garantizado los principios que rigen las pruebas en el sistema de que se trata.

(...)

Véase cómo desde la perspectiva de la inmediación, el juez tiene en su presencia al autor del testimonio. Puede por ello valorar su cambiante posición frente a afirmaciones anteriores y también puede valorar lo manifestado al ejercer la última palabra, optando por la que en su convicción considere más fiable.

(...)

El juez debe tener libertad para valorar todas las posibilidades que se le pueden llevar al conocimiento de un hecho más allá de toda duda razonable, sin tener que desdeñar situaciones conocidas a través de medios procedimentales legales y obligatorios.

Sin embargo, por las razones ya explicadas, estas afirmaciones aisladas de la Corte deben conectarse con los hechos del caso estudiado; el equívoco surge de la parte de la sentencia que señala que el juez puede “optar” por la versión que considere más fiable, dando a entender que puede escoger entre dar por probados los hechos narrados en la declaración previa o mediante el testimonio oral. Esa conclusión no es posible en el sistema acusatorio³¹ ni es el tema tratado en la sentencia de la Corte, pues tiene que ver con otro asunto: el uso de declaraciones previas como evidencia sustantiva en el juicio oral (prueba de referencia), aspecto problemático en el sistema acusatorio da lugar a las más grandes controversias y que tarde o temprano deberá ser tratado por la Corte.³²

El problema jurídico tratado bajo los hechos del caso estudiado por la Corte es el del testigo que, al declarar en juicio, en principio niega la incriminación hecha en su declaración previa, pero luego, al ser impugnado mediante la lectura de la misma, la reconoce y en el subsiguiente interrogatorio retoma o recaba los dichos iniciales haciéndolos parte de su testimonio en juicio.

En el caso fallado por la Corte, una cosa es que el Juez valore la declaración previa *como prueba de impugnación*, en cuyo caso la valora para no

³¹ A menos que la declaración previa se incorpore válidamente como prueba de referencia, lo que en principio es inadmisibile si el testigo se encuentra presente en el Despacho rindiendo testimonio.

³² Sobre el tema véase: “Perpetual Confusión: The use of Prior Inconsistent Statements in Certain Criminal Proceedings”, David B. Cosgrove, *Journal of the Missouri Bar*, vol. 53, No. 6, noviembre-diciembre de 1997, en <http://www.mobar.org/journal/1997/novdec/cosgrove.htm>

creer en la versión rendida por A en juicio (que no le consta que el acusado mató), el juez no cree esa afirmación a partir de lo manifestado en la declaración previa. Pero otra cosa es que el Juez valore la declaración previa que fue solamente fue “leída” *como prueba sustantiva*, lo que significa que le asigna mérito *para probar la verdad de lo aseverado en dicha declaración*, es decir, para dar por probado en juicio que el acusado mató. Lo delicado del asunto es que si el Juez procede así esta asumiendo la declaración previa como prueba de referencia sin apoyo en alguna de las causales que la excepcionalmente autoriza la admisión de esta prueba en juicio (artículo 438 C. P. P.).

La Corte no concluyó que basta “leer” la declaración previa para que adquiera finalidad de prueba sustantiva; la tesis de que aquella sirve de “complemento” al testimonio es admisible solamente en el caso en que el testigo retoma su dicho anterior en el juicio oral, como en efecto ocurrió en el asunto estudiado por la Corte, porque en ese evento si se presenta un auténtico “complemento” del testimonio; de donde la declaración previa vale como prueba sustantiva (para probar la verdad de lo aseverado) en la medida en que el mismo testigo repite o retoma lo dicho antes, pero en el juicio oral, con inmediación y sujeto a contrainterrogatorio.

De ahí a concluir que toda declaración anterior del testigo se convierte en “complemento” del testimonio si se “lee” durante el mismo hay un paso enorme, porque repárese que son múltiples las hipótesis (a las que no se refiere la sentencia de casación citada) que pueden ocurrir cuando a un testigo se le formula el “interrogatorio subsiguiente a la lectura” en el juicio oral, entre otras: (i) el testigo puede no reconocer la declaración anterior; (ii) el testigo puede no contestar sobre la declaración anterior, como cuando se ampara en el artículo 33 de la Carta; (iii) el testigo puede reconocer la declaración anterior, pero aclararla en un sentido diferente al allí plasmado, como cuando explica que antes dijo algo que apenas *parece* distinto a lo que expresa en el juicio oral.

En estos casos la declaración previa no puede entenderse simplemente como “un complemento” del testimonio; es necesario tener en cuenta las respuestas del testigo en el interrogatorio subsiguiente a la lectura, porque *quien complementa el testimonio es el testigo con sus respuestas, no el interrogador mediante la lectura.*

V. CONCLUSIONES

No deben ser introducidos *todos* los documentos o escritos utilizados, firmados o relacionados con el testigo que declara en el juicio oral.

Se reserva el uso del documento como prueba sustantiva cuando el hecho contenido en él se pretende probar como *fin* en sí mismo, no con la declaración de testigo que funge como *medio* para acreditar el documento.

Los documentos o escritos también se pueden utilizar para refrescar memoria o para impugnar la credibilidad de los testigos, y en el caso de los expertos para fundamentar o aclarar sus respuestas. En estos tres casos el documento no se introduce al juicio oral sino que se lo utiliza con esas expresas finalidades como un *medio*, siendo la declaración o testimonio la prueba en cuanto tal. Si el refrescamiento de memoria es ineficaz el documento puede ser introducido como prueba de referencia (escrito de pasada memoria), bajo ciertas condiciones.

Es equivocado interpretar los precedentes de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia recaídos sobre la materia en el sentido de que respaldan la incorporación al juicio oral, mediante la simple lectura, de manifestaciones anteriores como prueba de referencia, es decir, para probar la verdad de lo allí consignado. El sentido de dichos precedentes es validar las manifestaciones previas como “complemento” del testimonio cuando el testigo, en un interrogatorio subsiguiente a la lectura de las mismas, retoma en el juicio oral el contenido de verdad allí plasmado y lo hace parte de su declaración. En ese caso la “prueba” no es la declaración previa, autónomamente considerada, sino su contenido admitido y retomado por el testigo en el testimonio rendido en el juicio oral.

VI. BIBLIOGRAFÍA

BAYTELMAN A., Andrés y Mauricio DUCE J., *Litigación Penal. Juicio Oral y Prueba*, México, Fondo de Cultura Económica, segunda edición, 2005, p. 434.

CHIESA APONTE, Ernesto L., *Tratado de Derecho Probatorio*, tomo I, Publicaciones JTS, primera edición, 2005, p. 563.

COSGROVE, David B., “Perpetual Confusión: The use of Prior Inconsistent Statements in Certain Criminal Proceedings”, *Journal of the Missouri Bar*, vol. 53, No. 6, noviembre-diciembre de 1997, en <http://www.mobar.org/journal/1997/novdec/cosgrove.htm>

EVANS, Keith, “Common Sense Rules of Advocacy for lawyers”, *The Capitol Net. Inc., Rev.*,” ed., Alexandria, 2004, p. 240.

TANFORD, J. Alexander, *The Trial Process: Law, Tactics and Ethics*, Lexis Nexis, 3rd edition, August 2002, p. 445.