



DATE DOWNLOADED: Sun Sep 5 21:40:28 2021

SOURCE: Content Downloaded from [HeinOnline](#)

Citations:

Bluebook 21st ed.

Elpidio Batista Ortiz, *El No Recuerdo - El Testigo Olvidadizo*, 29 REV. JURIDICA U. INTER. P.R. 101 (1994).

ALWD 6th ed.

Ortiz, E. ., *El no recuerdo - el testigo olvidadizo*, 29(1) Rev. Juridica U. Inter. P.R. 101 (1994).

APA 7th ed.

Ortiz, E. (1994). *El no recuerdo el testigo olvidadizo*. *Revista Juridica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico*, 29(1), 101-158.

Chicago 17th ed.

Elpidio Batista Ortiz, "El No Recuerdo - El Testigo Olvidadizo," *Revista Juridica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico* 29, no. 1 (September-December 1994): 101-158

McGill Guide 9th ed.

Elpidio Batista Ortiz, "El No Recuerdo - El Testigo Olvidadizo" (1994) 29:1 *Rev Juridica U Inter PR* 101.

AGLC 4th ed.

Elpidio Batista Ortiz, 'El No Recuerdo - El Testigo Olvidadizo' (1994) 29(1) *Revista Juridica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico* 101.

MLA 8th ed.

Ortiz, Elpidio Batista. "El No Recuerdo - El Testigo Olvidadizo." *Revista Juridica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico*, vol. 29, no. 1, September-December 1994, p. 101-158. HeinOnline.

OSCOLA 4th ed.

Elpidio Batista Ortiz, 'El No Recuerdo - El Testigo Olvidadizo' (1994) 29 *Rev Juridica U Inter PR* 101

-- Your use of this HeinOnline PDF indicates your acceptance of HeinOnline's Terms and Conditions of the license agreement available at

<https://heinonline.org/HOL/License>

-- The search text of this PDF is generated from uncorrected OCR text.

-- To obtain permission to use this article beyond the scope of your license, please use:

[Copyright Information](#)

EL NO RECUERDO — EL TESTIGO OLVIDADIZO

*Elpidio Batista Ortiz**

Cuantas veces, especialmente en los últimos tiempos, con motivo de la investigación sobre los sucesos del Cerro Maravilla¹, hemos escuchado el ya famoso “No recuerdo. Eso fue el 25 de julio de 1978” y “no puedo precisar”. No importa cuan diligente y completa ha sido la preparación de los testigos por el abogado proponente, más tarde o más temprano, el abogado litigante se encontrará cara a cara con un testigo que en el examen directo, responderá de manera incompleta o sencillamente tendrá su mente en blanco. La razón del “no recuerdo” es variada.² Muchos de los testigos están haciendo su primera comparecencia en un tribunal de justicia y están nerviosos. Otros, por exceso de asuntos, como los agentes policíacos que participan en muchos casos, se les hace difícil recordar detalles.

De entrada debemos distinguir entre el recuerdo al presente, del que generalmente goza todo testigo en la silla testifical, y el recuerdo que una vez tuvo, pero que ahora se ha desvanecido y se pretende mantener artificialmente.

* Juez del Tribunal Superior, Sala de San Juan y Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico.

¹ Véase M. Suárez, *Requiem on Cerro Maravilla*; A. Nelson, *Murder Under Two Flags: The U.S., Puerto Rico and the Cerro Maravilla Cover-Up*, Ticknor and Fields, N.Y. (1986).

² Es de todos conocido que los testigos no recuerdan o no pueden precisar todos los hechos sobre un evento, especialmente cuando ha pasado mucho tiempo. *Pueblo v. Morales Rivera*, 112 D.P.R. 463, 464 (1982). Sin embargo, en cuanto a otros que “no recuerdan” por el “deseo” específico de no querer recordar, por razones de conveniencia, de ayudarse a si mismos o a terceras personas, el procedimiento a seguirse será otro. Véase *Pueblo v. Arreche Holdun*, 114 D.P.R. 99, 115 nota 25 (1983); *Pueblo v. López Reyes*, 109 D.P.R. 379, 383-384 (1980); Regla 47 de las de Evidencia de Puerto Rico; E. Batista Ortiz, *Los Modos de Impugnación*, Forum, Año 6, Núm. 2, abril-junio 1990, pág. 8; 26 Rev. Jur. U.I.A. 213-231, Núm. 2, enero-abril (1992), E. Batista Ortiz, *La Rehabilitación Testifical*, Forum, Año 7, Num. 3, pág. 19, notas 17 y 18; 26 Rev. Jur. U.I.A. 397-427, Núm. 2, enero-abril (1992); *Pueblo v. De Jesús Ayuso*, 119 D.P.R. 21 (1987).

Este proceso envuelve dos conceptos: uno se conoce como “Escritos para Refrescar la Memoria”³ y el otro “Escrito de Pasada Memoria”⁴, y aunque tienen ciertos elementos en común, son diferentes en teoría y en práctica, por lo que el “test” para su aplicabilidad y admisibilidad difieren.⁵ En el primero, el testimonio del testigo y no el “escrito”⁶ es la prueba, mientras que en el segundo, la prueba es el “escrito”.⁷ Estos dos conceptos no son los únicos mecanismos que tienen a su disposición los abogados litigantes al enfrentarse a un testigo olvidadizo en el examen directo.⁸ En este trabajo vamos a examinarlos todos. Pero antes analicemos el común denominador de unos y otros: el recuerdo.

Son cuatro los elementos tradicionales para la competencia testifical: juramento o afirmación, percepción, memoria y comunicación. Si es correcto que la memoria resulta ser la preservación mental de las impresiones obtenidas por la percepción, entonces en toda comunicación (testimonio) se da el acto de recordar las impresiones obtenidas originalmente por la percepción. Desafortunadamente el acto de recordar no siempre será perfecto. En esas circunstancias, ¿qué debemos hacer?

³ J. H. Wigmore, *Wigmore on Evidence*, § 758 fue quien llamó este procedimiento “Present Recollection Revived” y con el tiempo se ha llegado a conocer también como “Present Recollection Refreshed”. Véase Regla 49 de las de Evidencia de Puerto Rico.

⁴ *Wigmore, supra*, § 725. “Past Recollection Recorded”. Véase Regla 65 (E) de las de Evidencia de Puerto Rico.

⁵ Las diferencias entre estos dos conceptos no siempre fueron bien definidas ni entendidas hasta después del Siglo 17. *Wigmore, supra*, § 735. Esta confusión de conceptos inclusive ha sido parte de nuestra jurisprudencia. *Horton v. Robert*, 11 D.P.R. 176 (1906); *Sotomayor v. Smallwood Brothers*, 51 D.P.R. 200 (1939). Quizás, debido en parte a la similitud en sus nombres, ambas técnicas son constantemente confundidas tanto en sus prerequisites como en su forma. *Civil Trial Manual*, 101: 401, The Bureau of National Affairs, Inc. (1989). Sin embargo, el uso de uno u otro se da por un mismo evento--la ausencia de un recuerdo presente.

⁶ Aunque la Regla 49 de las de Evidencia, nos habla de “Escritos”, la doctrina jurisprudencial liberalmente ha permitido cualquier cosa para revivir la memoria del testigo: un objeto, un sonido, un gesto, una canción, un olor, una fotografía, un pensamiento, aun una manifestación conocida como falsa. *U.S. v. Rappy*, 157 F.2d 964, 967 (1946); *U.S. v. Heath*, 580 F. 2d 1011, 1020 (10mo. Cir. 1978); *Esperti v. U.S.*, 406 F.2d 148, 150 (1969); *Johnson v. Earle*, 313 F.2d 686, 688 (1962); “...the creaking of a hinge, the whistling of a tune, the smell of a seaweed”. *Fanelli v. U.S. Gypsum Co.*, 141 F.2d 216, 217 (1944).

⁷ Aquí sí tiene que tratarse de un “escrito” o “grabación”. Véase Regla 65 (E) de las de Evidencia de Puerto Rico.

⁸ I. Younger, *The Advocate's Deskbook: The Essentials of Trying a Case*, págs. 195-205; Prentice Hall & Business (1988). El profesor Irving Younger señalaba que son cuatro, a saber:

- 1ro. Pedir un receso para que el testigo se calme;
- 2do. Ser sugestivo con el testigo para que recuerde;
- 3ro. Utilizar el procedimiento de refrescar memoria;
- 4to. Recurrir al procedimiento de «Escrito de Pasada Memoria».

Si el testigo no tiene **recuerdo alguno** respecto a cualquier asunto objeto de su testimonio o sobre la materia en controversia de la cual se le está preguntando, entonces **no es competente**, no puede testificar.⁹ Sin embargo, en la mayoría de los casos, su **memoria sólo está incompleta** y, aunque no recuerda detalles importantes, puede ser revivida si el testigo recuerda el evento en términos generales. **Pero, ¿cómo hacerlo?** Si el testigo recuerda que lo olvidado lo grabó o anotó,¹⁰ o alguien o en algo se grabó su recuerdo, entonces eso, lo que sea,¹¹ podrá ser utilizada por el testigo para intentar recordar y, en ocasiones **dependiendo de las circunstancias**, ese algo, esa cosa, que en la mayoría de las situaciones es un escrito¹² **podrá resultar admisible**.

De primera intención parecería que el testigo **ideal** debería recordar todo lo que percibió. Sin embargo, no siempre el testigo que alega que lo vio todo y lo recuerda todo, es el más confiable.¹³ **Aquél que no exagera su recuerdo es más honesto y vale la pena escucharlo precisamente por ser cauteloso.** El hecho de que el tribunal acepte como prueba sus impresiones o creencias no es del todo peligroso ya que éstas, en sí mismas nos alertan a sus debilidades, convirtiéndose el problema en uno de credibilidad y no de admisibilidad. Las frases como “no estoy seguro...”, “me parece...”, “tengo la impresión...” no necesariamente implican deficiencias en su recuerdo sino más bien debilidades en la calidad de sus percepciones originales o debilidades en su comunicación por razón de lenguaje, educación o nerviosismo. **Lo cierto es que el derecho no exige absoluta certeza en las percepciones** y deja en manos del juez, a su discreción, en qué circunstancia esa impresión del testigo deberá ser admitida.

Cuando el testigo recurre a estas frases ambiguas, una o más, entre otras, de las siguientes cosas, vendrán a la mente del juez:

- 1ra. Que el testigo en realidad no observó los hechos y está especulando o adivinando.
- 2da. Que el testigo, aunque sí tuvo algún conocimiento personal de los hechos, está incierto por una de dos razones:

⁹ *Los Modos de Impugnación, supra*; Reglas 36, 37, 38 y 39 de las de Evidencia de Puerto Rico, 32 L.P.R.A. Ap. IV, R. 36-39.

¹⁰ Notas sobre determinados hechos tomadas por un testigo, pueden ser utilizadas por él para refrescar su memoria, aún cuando no se acuerde de los hechos al momento de testificar. *Sotomayor v. Smallwood Brothers*, 51 D.P.R. 200 (1939).

¹¹ Véase nota al calce 6, antes.

¹² Aunque, el uso de un escrito, no es la única forma, es la más usada en los tribunales. *Pueblo v. Díaz*, 22 D.P.R. 191 (1915); *Baker v. Elcona Homes Corp.*, 588 F.2d 551 (6to Cir. 1978). El término “escrito” se ha interpretado como que incluye objetos y hasta una declaración producida a través de hipnosis. *Kline v. Ford Motor Co.*, 523 F.2d 1067 (9no Cir. Cal. 1975); *U.S. v. Awkard*, 597 F.2d 667 (1979); *Weinstein's Manual*, § 10.5 (01) págs. 10-20.

¹³ *Wigmore*, § 726.

- a) fallas en la impresión original, o en la comunicación, o
- b) debilidades en su recuerdo de los hechos (generalmente ésta es la más aceptada).

3ra. El testigo en vez de dar los datos precisos ha expresado su “mejor recuerdo” o su “creencia” de lo ocurrido, es decir, en estas circunstancias pueden o no estar presente los incisos 1 ó 2 anteriores.

4ta. Que se trata de una mera opinión sobre unos hechos no importantes¹⁴ o de expresiones ambiguas del testigo que no tienen consecuencia jurídica y que a fin de cuentas, será el derecho sustantivo y no las conclusiones o impresiones subjetivas del testigo lo determinante en la controversia.

Aunque para admitir dicho testimonio es el juez quien analizará los hechos tomando en consideración la totalidad de las circunstancias y llegará a sus propias determinaciones bajo los mandatos de la Regla 9 de las de Evidencia de Puerto Rico,¹⁵ **es el proponente del testimonio quien deberá sentar las bases para la admisibilidad del mismo.** Si el juez determina que el testigo no tiene conocimiento personal (inciso 1 anterior) o que las frases y los términos utilizados por el testigo en su testimonio, son meras conjeturas u opiniones (inciso 4 anterior) basadas en rumores o prejuicios, deberá excluir su testimonio. Pero, si el juez concluye que el uso por el testigo de estos vocablos significa meramente una debilidad en la observación o percepción de los hechos o en el recuerdo del testigo, o en debilidades en su comunicación (lenguaje, educación o nerviosismo) (incisos 2 o 3 anteriores), el juez, dentro de su discreción, admitirá el testimonio.¹⁶ **Una vez admitido, el mismo estará sujeto a ser atacado e impugnado.**¹⁷

Examinemos, uno a uno, los mecanismos principales para manejar a un testigo olvidadizo.

¹⁴ Regla 19 de las de Evidencia de Puerto Rico; 32 L.P.R.A.

También será el juez quien decida si un “no recuerdo” del testigo es una aseveración falsa, lo que constituiría un repudio a una declaración anterior. Si el juez considera que la aseveración del testigo a los efectos de que no recuerda no es hecha de *buena fe* sino que es un subterfugio para no declarar admitirá la declaración previa del testigo para fines impugnatorios o sustantivos, según sea el caso. *López Reyes, supra*, página 383 y 384, *Pueblo v. De Jesús Ayuso, supra*.

¹⁵ 32 L.P.R.A.

¹⁶ *Wigmore*, § 728; *Johnson v. State*, 30 Md. App. 512, A. 2d 371, Cert. denied (Md. 1976); *State v. Tipton*, 8 N.C. App. 53, 173 S.E. 2d 527 (1970); *Commonwealth v. Stickle*, 484 Pa. 89, 398 A. 2d 957 (1979).

¹⁷ *Los Modos de Impugnación, supra*; Es más, los cuatro mecanismos sugeridos por Younger (receso, sugestividad, refrescar memoria y pasada memoria), una vez el testigo termine su interrogatorio directo, serán, con toda probabilidad, utilizados como medios de ataque a la credibilidad del testigo por algunos de los modos de impugnación; véase nota 8, ante; P.V. López Reyes, *supra*.

El Receso

Solicitar del tribunal un receso, en aquellos casos en que el testigo, por razón de su nerviosismo, se le ha olvidado su testimonio o parte de él, no es, a nuestro juicio, especialmente en casos contenciosos, la mejor práctica, ya que, aún en casos “ex parte”, si el testigo, después del receso recobra su memoria, el juzgador de hechos pensará que el proponente del testimonio lo “engrasó”.

Claro, el hecho de que el uso de esta técnica no sea la mejor práctica, no significa que nunca deberá recurrirse a ella. Pero debe de utilizarse con sumo cuidado y sólo en aquellas instancias en que las circunstancias realmente lo ameriten. Recuerde el lector que el pedido de un receso bajo estas circunstancias descansa en la sana discreción del tribunal¹⁸, por lo que el proponente del receso deberá informar y convencer al tribunal de la necesidad del mismo.

EL USO DE LAS PREGUNTAS SUGESTIVAS

Nuestras reglas de evidencia no reglamentan de manera detallada la técnica para refrescar la memoria del testigo. Sin embargo, dos de ellas, las Reglas 43 (H)¹⁹ y 49²⁰ de las de Evidencia de Puerto Rico tocan aspectos separados de esta

¹⁸ Reglas 2, 18, 19 y 43 (c) de las de Evidencia de Puerto Rico, cuyo común denominador es la discreción del tribunal de instancia.

¹⁹ **Regla 43. Orden y Modo de interrogatorio de testigos y presentación de evidencia**
“.....

(H) Excepto cuando los intereses de la justicia otra cosa requieran, no podrá hacerse una pregunta sugestiva a un testigo en el curso del interrogatorio directo o del re-directo. Podrán hacerse preguntas sugestivas en directo o del interrogatorio el curso del contrainterrogatorio o del recontrainterrogatorio. También se permitirán preguntas sugestivas cuando una parte llame a un testigo hostil, a una parte adversa, a un testigo identificado con la parte adversa, a una persona que en virtud de su edad, pobre educación u otra condición, sea mentalmente deficiente y tenga dificultad de expresión o a una persona que por razón de pudor está renuente a expresarse libremente.”

²⁰ **Regla 49. Escritos para refrescar memoria**

“(A) Sujeto a lo dispuesto en el inciso (C) de esta regla, si un testigo, durante su testimonio o con anterioridad al mismo, utilizare un escrito para refrescar su memoria con respecto a cualquier asunto objeto de su testimonio, será necesario presentar en la vista dicho escrito a solicitud de cualquier parte adversa, y a menos que dicho escrito sea presentado, se ordenará la eliminación del testimonio del testigo sobre dicho asunto.

(B) Si se presenta dicho escrito en la vista, la parte adversa puede, si así lo desea, inspeccionar el mismo, contrainterrogar al testigo sobre tal escrito, y presentar en evidencia cualquier parte de dicho escrito y que sea pertinente al testimonio del testigo.

(C) Se eximirá la presentación del escrito en el juicio, y el testimonio del testigo no será eliminado, si dicho escrito:

técnica. La primera nos señala bajo cuáles circunstancias es permitido formular preguntas sugestivas, mientras que la segunda se refiere al uso de escritos para refrescar memoria. Aunque ambas reglas tienen como propósito promover la búsqueda de la verdad y son instrumentos disponibles al proponente del testimonio para refrescar la memoria del testigo, lo cierto es que los tribunales de instancia son renuentes a permitir **preguntas sugestivas** en el examen directo o redirecto cuando se trata de asuntos de importancia.²¹ Los jueces sin embargo, generalmente permiten a los testigos, que con propósito de refrescar su memoria, se refieran a **ciertos escritos** al éstos testificar.²² Este procedimiento conocido como “Refrescar Memoria” bajo las normas de la regla 49 será discutido más adelante.²³ Analicemos, por el momento, la técnica del uso de la pregunta sugestiva en el examen directo.

El concepto “sugestividad” viene del latín “**suggestus**”²⁴, “acción de sugerir”, que significa hacer entrar en el ánimo de alguno, una idea o especie, insinuándosela, inspirándosela o haciéndosela caer en ella. En otras palabras, la pregunta sugestiva es contraria, **en su contenido**, a la neutral, por cuanto esta admite cualquier respuesta, mientras aquella limita al deponente, para conducirlo a una contestación que es buscada por quien formula la pregunta.

¿Es absoluta la prohibición de usar preguntas sugestivas en el examen directo? **No**. ¿Es siempre permitido en el contra- interrogatorio y en el re-contra? **No**. ¿Por qué? ¿Cómo podemos identificar a la pregunta sugestiva? ¿Cuándo es permitida en el examen directo? ¿Cuándo no en el contrainterrogatorio? ¿Qué fin jurídico persigue la pregunta sugestiva?

La Regla 43 (A) (5) define la pregunta sugestiva como: “pregunta que sugiere al testigo la contestación que desea la parte que lo interroga”. Precisamente porque insinúa o sugiere al testigo la contestación deseada es que bajo nuestra Regla 43 (H) “...no podrá hacerse...en el curso del interrogatorio directo o...re-directo”. **Se dice que toda regla tiene su excepción y la Regla**

(1) No está en posesión o bajo control del testigo o de la parte que ofreció su testimonio sobre el particular; y

(2) Dicho escrito no era razonablemente asequible a dicha parte mediante el uso de las cédulas u órdenes para la presentación de evidencia documental o por cualquier otro medio disponible.’

²¹ *Graham, supra*, págs. 64 y 65; *Weinstein’s Manual, supra*, § 10.05 (01) págs. 10-19.

²² *Lamas y Méndez v. Betancourt*, 16 D.P.R. 280 (1910).

²³ Notará el lector que no hemos analizado en esta sección el Escrito de Pasada Memoria por tratarse de un concepto que no está encaminado directamente al tema de Refrescar Memoria del testigo que al presente no recuerda. Su uso cae directamente bajo una de las excepciones a la regla de la Prueba de Referencia (Regla 65 (E)) y será objeto de análisis más adelante.

²⁴ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Decimonovena edición (1970).

43(H) tiene tres. La primera al señalar que “podrán hacerse...en el curso del contrainterrogatorio o del re-contrainterrogatorio...” preguntas sugestivas. Pero antes de entrar de lleno en el análisis de esta excepción y las otras dos, abundemos un poco en el concepto de la sugestividad.

En la práctica forense puertorriqueña, por un tiempo largo de nuestra historia, hubo incertidumbre en relación a los términos “sugestivo” y “capcioso”. Esta incertidumbre nació, a nuestro juicio, del historial, contenido y redacción del viejo artículo 515 del Código de Enjuiciamiento Civil²⁵ y de la jurisprudencia interpretativa del mismo. Ser **sugestivo** y ser **capcioso** no es lo mismo. La pregunta **sugestiva** sugiere la respuesta en el sentido pretendido por el interrogante; la **capciosa**, envuelve artificio, engaño o coacción. Es por ello que la pregunta capciosa **nunca** es permitida. Esta norma corresponde a la finalidad de la búsqueda de la verdad.

La influencia de las **preguntas sugestivas** ha sido muy estudiada por tratadistas y comentaristas norteamericanos, así como de otros sistemas jurídicos no anglosajones. Unos y otros han considerado sus ventajas y desventajas. Sobre el particular nos dice Francois Gorphe:²⁶

Las experiencias de Biner, Stern, Liepmann, la señorita Descoeudres y otros sicólogos demostraron que, sobre todo cuando se trata de niños, el porcentaje de infidelidad de las respuestas aumentaba sensiblemente con la fuerza sugestiva de las preguntas formuladas. Las preguntas más peligrosas, que ocasionaban más errores, son las que indican el sentido de la respuesta excluyendo las demás posibilidades: particularmente las llamadas expectativas, o disyuntivas incompletas, o implicativas, que pueden ser engañosas. La sugestión es tanto más peligrosa cuanto menos aparente. Resulta más temible sobre los seres débiles, como los niños, y en la primera deposición más que en las otras al fijar las respuestas más o menos definitivamente. También sería de desear que los jóvenes testigos fuesen interrogados

²⁵ “§ 2145. Preguntas Sugestivas

Una pregunta que sugiera al testigo la respuesta deseada por la parte examinante se denomina pregunta capciosa. En un interrogatorio directo no se permiten las preguntas capciosas, a no ser que a juicio del tribunal, bajo circunstancias especiales, resultaren convenientes a los intereses de la justicia. —Código Enj. Civil, 1933, art. 515.” Véase *Pueblo v. Colón*, 52 D.P.R. 413, 431 (1937) donde el Tribunal Supremo afirma que el Tribunal de Instancia le dió permiso al fiscal “para hacer preguntas capciosas...” en “el examen directo...” cuando en realidad se trataba de preguntas sugestivas.

²⁶ Francois Gorphe, *La Apreciación Judicial de las Pruebas*, págs. 430 y 431, Buenos Aires (1967). (Citas Omitidas).

en primer término por personas calificadas, ya sean magistrados o asistentes sociales, cuando su testimonio es particularmente importante, como sucede en los casos de delitos contra la honestidad. Ciertos autores han pedido que se prohíba formular preguntas sugestivas; esto es impracticable, pero se debe aconsejar evitarlas, sobre todo en los casos delicados; por lo menos habría que consignar la pregunta al mismo tiempo que la respuesta cuando una influyó sobre la otra.

Puede ser útil intentar algunas preguntas sugestivas para probar el grado de sugestibilidad del testigo, cuando se teme que haya sufrido alguna influencia. Hellwig asegura haber recurrido a menudo a este modo de prueba con buenos resultados, en el curso de su carrera judicial. Siendo juez de instrucción, también ha tenido ocasión de aplicar este tipo de interrogatorio a un niño - que acusaba a un hombre de actitudes impúdicas - y de obtener así respuestas diferentes según las preguntas: esto bastó para demostrar la sugestibilidad del sujeto, la falta de espontaneidad de sus declaraciones acusadoras y, por consiguiente, la incredibilidad de su testimonio.

Otro caso, en el que pueden ser útiles las preguntas sugestivas, se da cuando el testigo aparenta ser de mala fe y se quieren desenmascarar sus mentiras. En este caso sería ilusorio tratarlo con todos los miramientos debidos a un testigo sincero y atender complacientemente su falso relato; sólo se puede descubrir la verdad sometándolo a un interrogatorio apremiante. Los juristas también se manifestaron en contra de las conclusiones de los psicólogos que, teniendo sólo en cuenta los sujetos sinceros, pretendían prohibir toda aplicación de preguntas sugestivas para evitar el peligro: bastará con emplearlas conscientemente a título de prueba, en el arte de interrogar.

Observamos entonces, que una cualidad del testimonio es ser **libre y espontáneo** en lo posible, por lo que al reducirle a una serie de preguntas sugestivas significa quitarle gran parte de su valor, sobre todo cuando el testigo se conforma con responder "sí" o "no", como sucede a menudo por el efecto de un contrainterrogatorio despiadado que no le da tiempo para respirar.

Ya habíamos dicho que es permitido formular preguntas sugestivas en el "contra". **Pero es de notar** que el juez, si los intereses de la justicia lo requieren, puede prohibir el uso de preguntas sugestivas, aun en el contrainterrogatorio o en el re-contrainterrogatorio, si nota que el testigo está prejuiciado a favor del que interroga, ya que estará indebidamente susceptible en contestar a favor de las insinuaciones sugeridas.

Recordemos que uno de los **objetivos principales del conainterrogatorio** es evaluar la credibilidad de los testigos, y como estos, generalmente serán testigos hostiles, se permite la pregunta sugestiva, en esa situación, porque el peligro de que el testigo dé respuestas falsas, a sugerencia del que efectúa el “cross” es mínima o ninguna. Pero si el testigo es, como cuestión de hecho, amistoso a la parte que pregunta, el peligro está tan presente como cuando se le interroga en un examen directo rutinario. Sobre este particular nos dice el Comité Asesor de las Reglas Federales en sus comentarios a la Regla 611 (c):

The rule...conforms to tradition in making the use of leading questions on cross-examination a matter of right. The purpose of the qualification “ordinarily” is to furnish a basis for denying the use of leading questions when the cross-examination is cross-examination in form only and not in fact, as for example the “cross-examination” of a party by his own counsel after being called by the opponent (savoring more of re-direct) of an insured defendant who proves to be friendly to the plaintiff.

Antes de continuar nuestro análisis debemos aclarar que no toda pregunta que busque un “sí” o un “no” es sugestiva. Un ejemplo de lo anterior es: “¿Vió usted al demandante después del accidente?” Aunque se ve claramente que se está buscando un “sí” o un “no”, ese no es el “test” para afirmar que estamos frente a una pregunta sugestiva. El “test” es, si considerando el ambiente en que se dio la pregunta, un hombre “razonable” se llevaría la impresión que el examinador prefiere una respuesta a otra.²⁷

En la gran mayoría de las veces **la sugestividad será vía oral** (pregunta-contestación), pero la insinuación no necesariamente tiene que ser verbal, sino también puede ser con cierta **conducta no verbalizada**, es decir, de la forma y manera en que el examinador se comporte. Ahora bien, cuando esos elementos no verbales estén presentes, la objeción deberá incluir una descripción de los detalles pertinentes:

_____ “Objeción Su Señoría, el abogado al formular la pregunta, aunque oralmente fue una balanceada, **movió su cabeza para arriba y para abajo** insinuándole al testigo que respondiera que sí. Esto hace que su pregunta sea una sugestiva”.

²⁷ *McCormick on Evidence*, sec. 6 (Cleary ed. 1984).

De esta manera el registro reflejará, para beneficio del Tribunal Apelativo, la acción, y esta podrá, en su momento, ser evaluada correctamente.

Cuando en el examen del testigo (ya sea directo o contra-interrogatorio) se formule una pregunta sugestiva, el juez, ante una objeción, escuchará y observará con detenimiento la forma en que el abogado comienza la pregunta. Si esta se inició con palabras tales como “quién”, “qué”, “cuál”, “cuándo”, “dónde”, “cómo” y “por qué”, el juez generalmente concluirá que la pregunta no es sugestiva, ya que son palabras que generalmente usan las personas (no abogados) en sus conversaciones de rutina con familiares y amigos en los momentos en que desconocen cuales serán las contestaciones a sus preguntas.

Por otro lado, preguntas que comienzan o terminan con “no es cierto que”, “es correcto que”, “por decirlo así”, “entonces usted”, tienden a convertir en sugestiva la pregunta. Una y otra resultan ser oraciones declarativas ya que aseveran un hecho. Veamos dos ejemplos:

___ ¡Lo cierto es que usted lo mató! (aseveración)

___ Usted lo mató. ¿Cierto? (aseveración más una pregunta corta).

La Regla 43 (H), además de permitir preguntas sugestivas en el contrainterrogatorio, o en el re-contrainterrogatorio, tiene una segunda excepción al expresar que “[t]ambién se permitirán preguntas sugestivas cuando una parte llame a un testigo hostil, a una parte adversa, a un testigo identificado con la parte adversa, a una persona que en virtud de su edad, pobre educación u otra condición, sea mentalmente deficiente y tenga dificultad de expresión o a una persona que por razón de pudor está renuente a expresarse libremente” (énfasis nuestro).

Como cuestión de realidad ya otros han señalado que además de las instancias que recogen reglas como las nuestras existen **otras excepciones** que están revestidas de “circunstancias especiales” y que se hacen mandatorias por razón de los “intereses de la justicia”.²⁸ Estas son: asuntos preliminares (nombre, dirección, ocupación, etc...), que generalmente no están en disputa y ayudan a agilizar los procedimientos; al interrogar un testigo pericial; a testigos que se apartan sustancialmente de su previo testimonio o declaración o que resultan inconsistentes (recuerde que una parte puede impugnar a su propio testigo y uno de esos modos resulta ser las manifestaciones anteriores); al identificar o autenticar “exhibits”; y finalmente para refrescar la memoria.

Notará el lector, que **en ninguna de las dos primeras excepciones de la Regla 43 (H) se señala que se puede ser sugestivo con un testigo olvidadizo**

²⁸ Véase el comentario a la sec. 767 del Código de Evidencia de California; California Trial Objections, 2da edición, California Continuing Education of the Bar, Berkeley, California, sec. 13.6 (1984).

por el mero hecho de no recordar. Sin embargo, la Regla 43 (H) comienza con una **tercera excepción**, al expresar en su primera oración “[e]xcepto cuando los intereses de la justicia otra cosa requieran no podrá hacerse una pregunta sugestiva...” (énfasis nuestro). Es aquí, a nuestro juicio, donde por el mero hecho de no recordar, el juez podrá dentro del ámbito de su discreción, permitir la pregunta sugestiva en un examen directo.

Pero, ¿debemos hacer algo antes de usar la técnica de la pregunta sugestiva? ¿Cómo vaciar para el registro que la memoria del testigo está exhausta? ¿Por qué ese hecho justifica que se varíe la norma contra el uso de preguntas sugestivas en el examen directo? ¿Debe el tribunal exigirle al proponente que primero le haga preguntas más bien intermedias, sutiles **no del tipo** “es cierto o no”, es decir, de las realmente no sugestivas o neutrales?

Una combinación de las Reglas 2, 18, 19, 43 (H) y 43 (c) de las de Evidencia de Puerto Rico, a nuestro juicio, le dan **amplia discreción** al tribunal para permitirle al abogado que efectúa un examen directo utilizar el mecanismo de las preguntas sugestivas con un testigo olvidadizo. **Esto no quiere decir** que usted va a formular una gran cantidad de preguntas sugestivas de tal magnitud que no haga creíble su testimonio. Usted sólo deberá asegurarse que sobre ese punto la memoria de su testigo está ausente y podrá entonces formularle con gentileza²⁹ alguna que otra pregunta sugestiva en ánimo de que la memoria del testigo reaccione. Antes de hacerlo, es bueno señalarle al tribunal que lo va a hacer de manera que su actuación no sea mal interpretada (como que está impugnando a su propio testigo), y evitar así objeciones de más.

El pedir permiso al tribunal no siempre será necesario, pero asegúrese que las preguntas y respuestas marchen suave, de acuerdo al plan de acción que usted trazó. Recuerde que debe de llevar una buena impresión al jurado, de usted, y del testigo. **Por ejemplo:**

___ ¿Cuál es su nombre? Pero el testigo no recuerda.
 ___ ¿No recuerda? Permítale ayudarle. Su nombre es Pedro Pérez.
 ___ ¿Correcto?
 ___ Sí.

El problema está resuelto y su testimonio continúa. Si eso no le resuelve recuerde que le quedan otros métodos que más adelante analizaremos.

Si el abogado está convencido que la persona es un buen testigo, que proyecta honestidad, sinceridad e inteligencia, le será de provecho al abogado

²⁹ Edward J. Imwinkelried, *Evidentiary Foundations*, págs. 4 y 5, The Michie Co. (1980).

formularle preguntas no sugestivas que busquen una respuesta narrativa.³⁰ Por otro lado, si el abogado conduce su examen directo con preguntas sugestivas, el testigo se pasaría su testimonio contestando “si” o “no” constantemente, lo que obviamente le restaría credibilidad. Sin embargo, si expresa lo que conoce de los hechos, de forma narrativa, su persona y el contenido de su testimonio será visto por el juzgador de hechos como uno a todas luces **sin problemas** de sinceridad y capacidad de percepción. Bajo esas circunstancias el abogado sólo tiene que decirle que “en sus propias palabras díganos qué sucedió”.

Desafortunadamente, todos sabemos que no siempre le será tan fácil al que interroga obtener una respuesta del testigo. Por lo que, a pesar de que se ha comprobado, mediante estudios³¹ realizados, el efecto que tienen en el jurado las preguntas sugestivas, **en ocasiones son necesarias**. Una de esas ocasiones es la del testigo olvidadizo en el examen directo.³²

EL CONCEPTO “REFRESCAR LA MEMORIA”

Los “testigos”, decía Bentham³³, “son los ojos y los oídos de la justicia”; son instrumentos de prueba hasta cierto punto únicos. Son vivos e inteligentes, pero a menudo engañosos.³⁴ Aunque el valor de los testigos descansa en sus testimonios, hay que tomarlos tal como son, y con lo que den³⁵, con sus habilidades y sus debilidades.

Desafortunadamente el arte del *contrainterrogatorio* ha recibido tanta atención en los distintos medios de comunicación (Cerro Maravilla, Perry Mason y otros), que sin darnos cuenta los **abogados litigantes han abandonado**, no le han dado la atención que amerita otro acto de igual o mayor consecuencia forense, el **examen directo** de sus propios testigos.

Aunque este no es el momento ni el sitio para embarcarnos en una

³⁰ El profesor Jairo Parra Quijano le llama “pregunta determinante” a aquella que insta al testigo a deponer de una manera neutral. Esta, por lo general, emplea adverbios interrogativos, tales como: ¿cómo? y ¿por qué?. Parra, *Manual de Derecho Probatorio*, pág. 139. Ediciones Librería Del Profesional, Bogotá (1986).

³¹ Un estudio realizado por la Universidad de Duke encontró que los jurados son lo suficientemente despiertos como para darse cuenta cuando se está llevando de la mano a un testigo. Algunos de esos infirieron que el abogado no tenía fe en su testigo y adoptaron igual actitud hacia el testigo. *Questioning Questions: Objections to Form in the Interrogation of Witnesses*, 33 Ark. L. Rev. 439, 465 (1979); Conley, *Language in the Courtroom*, 15 Trial 32 (Sept. 1979).

³² Regla 43 (H), *supra*.

³³ *Traité des Preuves*, T. II, pág. 93.

³⁴ Sobre este particular véase: *Los Modos de Impugnación*, *supra*.

³⁵ Francois Gorphe, *supra*, pág. 437.

consideración exhaustiva sobre las técnicas del examen directo,³⁶ debemos recordar al lector que una de ellas es el concepto de “Escritos Para Refrescar Memoria”.

El abogado litigante no debe esperar a llegar al proceso judicial para preparar a su testigo. Si no lo prepara a tiempo se corre, muchos riesgos. Uno de ellos, *que el testigo no recuerde*. Al igual que las cosas intangibles de las guerras requieren que el general analice las tácticas y estrategias necesarias para lograr sus objetivos en cada batalla, igualmente el abogado en el ambiente legal —siempre cambiante— se ve forzado, aún desde antes de que su testigo ponga un pie en el tribunal, a revisar con su cliente o con cualquier persona que vaya a presentar como testigo, los hechos que estos hayan vaciado en cualquier deposición o aseveración escrita o grabada a la vez que le orienta sobre lo que el testigo debe de esperar que ocurra en el juicio, y las preguntas que se le van a formular.³⁷

¿Cómo preparar al testigo, para que este recuerde una vez se sienta en la silla testifical, cómo familiarizarlo con el tipo de preguntas a que será expuesto en el proceso y a la misma vez cómo puede el abogado conocer qué contestaciones dará el testigo a dichas preguntas? Existen dos métodos reconocidos:

1ro. Efectuar el directo al que **realmente estará expuesto** en el proceso. Algunas personas llaman a este procedimiento “coaching” y señalan que se pierde vigor y espontaneidad al testificar llevándole al jurado el mensaje que el testigo ha sido preparado de antemano.

2do. Otra forma que muchos abogados prefieren ya que produce buenos dividendos, es poner al testigo bajo un exámen directo en la oficina y entonces **variar el enfoque** del mismo en el tribunal. De esta forma, se estimula al testigo a reaccionar de forma natural a las preguntas.

^{36.} Distinto a lo que muchos creen, este concepto de “Escrito Para Refrescar Memoria”, también puede ser utilizado efectivamente en el conainterrogatorio. Un buen ejemplo resultaría ser aquellas ocasiones en que el testigo, en el directo, no mencionó un hecho que le resulta provechoso al oponente. Este, al inicio del contra, cuando todavía el testigo tiene credibilidad, ya que no ha sido atacado, prefiere refrescarle la memoria en ese momento, de manera que el juzgador de hechos lo escuche atentamente y lo acepte como verdad, cuando aun el testigo parece que es creíble y no después de un ataque despiadado a su credibilidad.

^{37.} En esa entrevista, el abogado, si es cuidadoso, deberá notar qué idiosincrasias posee el testigo que podrían **prejuiciar** al juez o al jurado y francamente discutir las con su cliente. Por ejemplo, si el juez no simpatiza con los “neoyoricans” es saludable que el testigo no mencione, salvo que se le pregunte, que ha nacido en Nueva York.

El abogado, además, deberá indicarle al testigo que, hasta donde sea posible, vista correctamente de acuerdo a su trabajo y modo de vida. Debe también advertirle sobre su “demeanor” durante el proceso, sobre sus gestos y exclamaciones verbales, no mascar “chiclets” y otros asuntos que puedan distraer o prejuiciar al jurado.

A pesar de una buena preparación de los testigos por el abogado, aún así muchas personas al ser llamadas a testificar, les entra un nerviosismo parecido al “miedo escénico” (stage fright) que afectará su memoria y su credibilidad. Es por eso que con este tipo de testigo es aconsejable que se comience el examen directo con preguntas sencillas (cuál es su nombre, dónde reside, etc.). Inclusive es recomendable formularle algunas preguntas sugestivas introductorias, sin importancia, hasta que se llegue al punto donde comenzarán a salir los hechos realmente pertinentes espontáneamente sin ayuda del abogado.

Pero, ¿qué hacer, si aun la persona continúa sin recordar? Ya habíamos mencionado que cuando se trata de asuntos importantes, los tribunales son renuentes a permitir preguntas sugestivas en el examen directo, pero son mas liberales si se recurre al procedimiento de refrescar memoria³⁸.

Así vemos que a los médicos, ingenieros y otros profesionales, como también a testigos no peritos³⁹, al testificar se les permite continuamente referirse a los datos que se encuentran contenidos en sus informes⁴⁰ o declaraciones juradas escritas.

Esto es permitido porque el derecho reconoce que la memoria es un proceso de asociaciones en el cual la mente humana puede en ocasiones recoger memorias específicas al serle presentada objetos y sensaciones particulares. Cuando el testigo olvida, puede existir algo que le ayude a recordar.⁴¹

³⁸ *Lamas y Mendez Betancourt*, 16 D.P.R. 280 (1910).

³⁹ Todo abogado practicante conoce que es prácticamente imposible a los agentes policíacos que diariamente están realizando investigaciones de alegadas violaciones a la ley recordar nombres, fechas y qué ocurrió sin hacer referencia a las notas que hicieron al instante o momentos después de la ocurrencia del evento. *Taylor v. U.S.*, 19 F.2d 813, 817 (8vo Cir. 1927); *Pueblo v. Serrano*, 85 D.P.R. 684, 688 (1962).

⁴⁰ Cuando un testigo le falla la memoria mientras está testificando, y el tribunal le permite referirse a algún escrito que le ayude a refrescar o a revivir su memoria, el tribunal tiene que tener sumo cuidado y asegurarse que el memo no sea un resumen específicamente preparado para su uso impropio en el tribunal. *Pueblo v. Arreche Holdun*, *supra*; *N.L.R.B. v. Federal Dairy Co.*, 297 F.2d 487 (2do Cir. 1962); *Horton v. Robert*, *supra*.

⁴¹ *Horton v. Robert*, *supra*; *Pueblo v. Serrano*, 85 D.P.R. 684 (1962); *Pueblo v. Martell*, 88 D.P.R. 636 (1963); véase nota 6, ante. Sobre el particular, recientemente la revista *Reader's Digest*, Selecciones, pág. 23 (agosto 1994), publicó la siguiente anécdota:

“Para recuerdo basta un botón

Un día estaba yo mirando las cosas de mi abuela, después de su fallecimiento, y encontré una caja llena de botones. Como no somos sentimentales, a mi marido y a mí nos pareció chistoso que alguien hubiera sido capaz de guardar botones sueltos en una caja. Entonces mi mirada se topó con uno de color marrón.

----!Este lo recuerdo!---exclamé---. ¡Era del suéter de mi primer uniforme escolar!

Mi esposo se rió de mi entusiasmo por un botón, pero yo estaba recordando el olor de los pupitres, el polvo de tiza, lo torpe que era yo en los deportes, y cómo me cohibí cuando me eligieron perfecta.

Mauet⁴² sugiere que antes de sentar a testificar a un testigo se le explique, entre otras cosas, que no hay nada incorrecto en que al fallar la memoria se utilice algún documento u otra cosa para refrescarla. Según Mauet, se le deberá explicar que cuando el testigo escuche al abogado preguntar, “¿Usted recuerda algo más?”, será un indicador de que el testigo ha olvidado algo importante y usted está interesado en comenzar el proceso de refrescar la memoria. En ocasiones es el mismo testigo quien le da la clave para que se inicie el proceso. Cuando así sea el abogado proponente o el oponente, según la situación debe estar alerta, para sacarle provecho al máximo para refrescar o atacar credibilidad. Veamos a continuación una situación que ayuda a ilustrar como se afecta la credibilidad. A esos efectos reproducimos de la transcripción de evidencia citada por nuestro Tribunal Supremo en *M. León Parra y María R. Vda. de M. León Parra v. Juan J. Gerardino*, 58 D.P.R. 489 (1941) la página 501 y siguientes:

“¿Cuántos quintales de pintura se gastarían en pintar dicha casa interiormente?

Esa nota no la tengo yo; yo sé que el total me dió....

¿Qué dimensiones tienes esa casa por dentro, usted que es ingeniero o arquitecto?

No recuerdo ahora. No tengo las notas a la mano.

¿No sabe las dimensiones por dentro?

Yo las tengo en mis notas, pero no las tengo aquí.

Por fuera, ¿qué dimensiones tiene?

No tengo las notas encima.

¿Tampoco lo puede saber?

No recuerdo. Yo podría decir si revisara mis notas. (Trans. de evidencia, pág. 81.)

Otro botón. Ese provenía del vestido que mi madre llevaba puesto cuando se internó en el hospital. Yo había velado junto a su cama, había orado y había abrigado esperanzas, hasta comprender que ella nunca volvería a ser una mujer sana y alegre. Mi esposo ya no se reía de mí ni de la caja de botones. Me tocó un hombro y dijo que me esperaría en el auto.

Saqué más botones, y cada uno de ellos me trajo alegrías, tristezas y desilusiones pasadas: de mi primera cita, de mi primer empleo, de mi boda. Volví a vivir: eran 28 años metidos en una caja.

Esta caja ocupa ahora un lugar especial en mi hogar. Ahora yo guardo allí botones de las prendas de mi propia familia. De vez en cuando escojo alguno y dejo que me lleve por el río de la memoria.”

⁴² Thomas A. Mauet, *Fundamentals of Trial Techniques*, 2nd Edition, sec. 4.6, Little, Brown and Company (1988).

¿Usted, como arquitecto, sobre instalación sanitaria, usted compra plomería, tubería?

No, señor. Yo no compro materiales.

¿Inodoros compra?

No, señor.

¿Cuántos pies de tubería hay que montar ahí?

Yo lo tengo en mis notas, pero no tengo detalles aquí, (Trans. de evidencia, pág. 82.)

¿Cuánta madera hay que comprar para reparar esas dos ventanas?

Tampoco puedo recordarme de eso. Eso fué el año pasado, en junio. Yo tomé esas notas y saqué el estimado. (Trans. de evidencia, pág. 87.)

¿Usted dijo que hay que reparar el plafón? ¿Qué reparación hay que hacerle en el plafón?

Testigo: Hay que cambiarlo, digo, cambiarle algunas tablas, tapar un sinnúmero de boquetes que tiene, rotos.

¿Cuántas tablas hay que cambiar?

Yo no puedo recordar eso.

¿Cuántos agujeros hay que reparar en el plafón?

Tampoco puedo especificarlo. (Trans. evidencia, pág. 88.)

¿Cuántas losetas hay que comprar para arreglar ese baño?

Testigo: No tengo la nota aquí. No puedo decirle cuántas losetas; únicamente puedo decirle el precio, del resultado de aquellas notas.

Juez: ¿Pero usted tiene esas notas, que pudiera traerlas?

Yo creo tenerlas.

Colón: Usted las tiene hechas.

Sí.

¿En su oficina?

Sí.

¿Usted, las puede pedir por teléfono?

No, señor, no tengo a nadie en mi oficina.

¿Usted podría ir a buscar y traerlas dentro de 5 ó 10 minutos?

No, señor.

¿Por qué no puede?

Yo tenía la oficina montada en la calle Sol y la trasladé a mi casa y todo eso está en cajones. Al colocarme en la reforestación, recogí todo eso y eso sería cuestión de buscar ahora. (Trans. de evidencia, pág. 89.)

Juez: La parte tiene derecho a que usted detalle. ¿Usted podría hacer un detalle de esas notas de nuevo?

Sí, yo podría hacerlas de nuevo.

Colón: Yo aceptaría que la corte le diera un tiempo razonable, media hora por ejemplo, para buscar o rehacer esas notas.

Juez: Ya ha dicho que desde que está colocado en la reforestación tiene todos sus papeles en cajones y tiene que buscarlos. Ahora, el valor que tenga la declaración sin detalles, eso va al peso que pueda tener la prueba en el caso. (Trans. de evidencia, pág. 90.)”

Pueden observar, por la transcripción anterior, que la credibilidad del testigo puede quedar afectada, ya sea en el examen directo o en el contrainterrogatorio por ausencia de memoria o de falta de preparación por el abogado o del propio testigo. Claro si el abogado o el testigo tienen a la mano el escrito, nota u objeto necesario para refrescar la memoria, la credibilidad no sufriría o de sufrir será mínimo.

El Profesor Younger⁴³ nos da un buen ejemplo de lo antes expresado:

“Q. Officer, did you investigate the accident?

A. Yes, I did.

Q. Did you look for skid marks?

A. Yes.

Q. Did you measure them?

A. Yes.

Q. How long were they?

A. I don't remember. It was too long ago.

Q. Is there anything that might help you to remember?

A. Yes.

Q. What is that?

A. My memo book. When I measured the skid marks, I wrote down the lengths in my memo book.

Q. Officer, I hand you what has been marked as Plaintiff's Exhibit 1 for identification. What is this?

A. This is my memo book.

Q. Read it to yourself... Have you read it?

A. Yes.

Q. Now, do you remember?

A. Yes, now I remember.

Note that the policeman's memo book is not evidence. It cannot be read or shown to the jury. It is for the officer alone. Having read the memo book, and with his memory thus refreshed the officer goes on to testify in the usual fashion.”

⁴³ Irving Younger, *supra*, págs. 198-199.

La Regla 49 de Evidencia, *supra*, aplica a escritos en general sin importar quien es el autor de ellos y no requiere que el propio testigo sea el autor del escrito o que le adopte.⁴⁴ Tampoco exige que el testigo certifique su certeza o que haya sido preparado contemporaneamente.⁴⁵ Aplica a todo caso, sea civil o criminal, a todo testigo no importa cual parte lo presente.

En el tribunal, como ya hemos expresado, cualquier cosa puede ser utilizada para refrescar el recuerdo. No existen límites.⁴⁶ Pero, lo que sea que hace al testigo recordar, no es admisible en evidencia por el solo hecho de haber sido utilizado para refrescar memoria.⁴⁷ Una vez la memoria es refrescada y el testigo recuerda los hechos y los jura, su testimonio y no el escrito es la prueba. Por ello no deben ser leídos o mostrados para su examen al juzgador de hechos, salvo que el documento en si o el objeto o cosa utilizado para refrescar memoria tengan valor evidenciario independiente y se hayan sentado las bases a esos efectos.⁴⁸ Así por ejemplo, cuando una parte usa un objeto o documento que tenga una manifestación de su propio testigo, para refrescarle la memoria, la única evidencia reconocida como tal es el testimonio así refrescado y no el objeto o el contenido del escrito.

Veamos otro ejemplo del profesor Younger:⁴⁹

⁴⁴ Inclusive puede tratarse de copiar de notas preparadas por otro. *Johnston v. Earle*, 313 F. 2d 689 (9no Cir. 1962).

⁴⁵ "Since with refreshing recollection, it is the present memory that constitutes the evidence, the technique is unencumbered by any requirements such as contemporaneity or even that the item used to refresh be in writing." *The Civil Trial Manual*, 101: 401, The Bureau of National Affairs (1989).

⁴⁶ La materia utilizada para refrescar memoria no tiene que ser necesariamente admisible en evidencia. *Lamas y Méndez v. Betancourt*, *supra*; *U.S. v. Faulkner*, 538 F. 2d 724, 727 (6to Cir. 1976). Inclusive puede utilizarse "hipnosis". *Miller v. Fairchild Ailter Corp.*, 503 F. 2d 506 (9to Cir. 1974); Sobre otros aspectos vease: *Harris v. N.Y.*, 401 U.S. 222 (1971) y *U.S. v. Jenkins*, 442 F. 2d 429 (8to Cir. 1971). Muchos tribunales, sin embargo, estiman que la hipnosis en vez de despertar la verdadera memoria, lo que hace es crear una versión fabricada de eventos. Algunos peritos que han estudiado la tecnica y sus resultados, han concluido que está llena de peligros tales como que el testigo mismo se autosugestione y llegue a creer en la veracidad de su memoria falsa. *The Civil Trial Manual*, *supra*, 101:402. De tratarse de un escrito, al mismo no le aplica la Regla 69 de Evidencia, Regla del Escrito Original. mejor conocida como la regla de la Mejor Evidencia. Michael F. Graham, *Evidence Text, Rules, Illustrations and Problems*, pág. 65, National Institute for Trial Advocacy (1983); *McCormick*, § 9, pg. 21 (1984).

⁴⁷ La cosa u objeto no se convierte en admisible a requerimiento del que utiliza el mecanismo de refrescar memoria por el solo hecho de haberla utilizado para esos fines. *U.S. v. Doris*, 551 F. 2d 233, 235 8th Cir (1977); *Pueblo v. Pellot*, 88 J.T.S. 109, Regla 49 (B) de Evidencia, *supra*; Federal Rules of Evidence, FRE 612; Proyecto de Reglas de Evidencia de Puerto Rico, Regla 614, pág. 106, Conferencia Judicial 1991.

⁴⁸ *Baker v. State of Maryland*, 371 A. 2d 699, 702 (1977).

⁴⁹ I. Younger, *supra*, págs. 199-200.

“Here is one other example of the technique, this one contrived to illustrate the point that there are no limits on the things that can be used for refreshing the witness’s memory.

Q. Sir, did you talk to her?

A. Yes, I did.

Q. And where were you, when you talked?

A. We were in the middle of the dance floor dancing.

Q. What did she say to you?

A. I don’t remember.

Q. Is there anything that might help you to remember?

A. Well, as we spoke, they were playing our song.

Q. And what is that, sir?

A. “Stardust”.

The proponent: Your Honor, I have here a portable phonograph and a record of Hoagy Carmichael himself playing “Stardust”. May we play it for the witness?

The judge does not have the power to say no. He may or may not send the jury out. Unlike the policeman’s memo book, the song has no direct connection with the contents of the witness’s memory so there is no particular harm in having the jury present. With the jury there or not, and it makes no difference, we play the song for the witness.

Q. Have you heard the song?

A. Yes.

Q. Does it bring it back?

A. It brings it back.

The witness goes on to testify on the basis of his present recollection refreshed.”

Es cierto que en los ejemplos anteriores, ni la libreta del policía, ni el fonógrafo, ni el disco son parte de la prueba, pero para efectos de tener el registro claro, es **saludable** que **el juez** que preside el proceso **ordene al proponente que marque para propósitos de identificación el objeto o documento.**⁵⁰ A su vez, esto permitiría que la otra parte en su momento, si así

⁵⁰ Imwinkelreid, *supra*, pág. 180.

lo desea y las circunstancias lo permiten, lo ofrezca en evidencia,⁵¹ o lo utilice para contrainterrogar.

Si al fin y al cabo la memoria del testigo es refrescada de manera que él afirma o adopta en su testimonio el asunto que le es sugerido por el abogado, el hecho que éste no pueda presentarlo en evidencia se convierte en inconsecuente. El único requisito para refrescar memoria es que el objeto utilizado esté razonablemente calculado a revivir la memoria del testigo.⁵²

Resultado distinto se da cuando el testigo no recuerda y ni afirma o adopta el asunto, particularmente si se trata de una aseveración que, aunque es pertinente a los hechos del caso, es inadmisibile por ser prueba de referencia o por otra razón. El poner esa aseveración a los oídos o la vista del jurado puede dar margen a que pueda surgir el perjuicio que la Regla 19 de Evidencia⁵³ desea evitar, por lo que el juez debe velar que no se recurra a dicho procedimiento cuando el riesgo de tal perjuicio es serio. Claro que el juez siempre podría retirar al jurado del salón y entonces en ausencia del jurado permitir al proponente recurrir al procedimiento de refrescar memoria sin el riesgo antes mencionado. Una vez el testigo, en ausencia del jurado, recuerda, se trae nuevamente al jurado y ahora en su presencia contesta la pregunta original.

Al procedimiento de Refrescar Memoria (Regla 49) se le han señalado **varias limitaciones**;⁵⁴ analicemos las que, a juicio nuestro son las tres más importantes:

PRIMERA LIMITACIÓN

La memoria del testigo en relación al punto que se le interroga debe estar o aparentar estar exhausta antes de que se le permita al abogado que

⁵¹ En casos de escritos, la Regla 49 de Evidencia, *supra*, permite su admisibilidad a solicitud del adversario, por lo menos para el propósito de evaluar la credibilidad del testigo y así deberá ser respecto a cualquier otro objeto o cosa utilizada para refrescar la memoria. *U.S. v. Smith*, 521 F.2d 957, 969 D.C. Cir. (1975); *Borel v. Fiberboard Paper Products*, 493 F.2d 1076, 1102-1103 (5to Cir. 1973).

⁵² *U.S. v. Socony Vacuum Oil Co.*, 310 U.S. 150, 236 (1940).

⁵³ **Regla 19. Evidencia pertinente excluida**

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

- (a) Peligro de causar perjuicio indebido
- (b) probabilidad de confusión
- (c) desorientación de los procedimientos
- (e) innecesaria presentación de prueba acumulativa

⁵⁴ Weinstein & Berger, *Weinstein's Evidence Manual*, Student Edition, § 10.05 (1987).

está efectuando el interrogatorio directo o contrainterrogatorio, según sea el caso, intentar refrescar la memoria del testigo.⁵⁵

Obviamente, el punto de partida para el proceso de refrescar memoria es demostrar que la memoria del testigo necesita refrescarse. Sin este requisito de base, una parte podría sustituir una declaración previa del testigo por su testimonio.

Inclusive se prestaría para ciertos abusos tales como que en la etapa investigativa de un caso criminal un fiscal tome una declaración jurada escrita y le formule al declarante ciertas preguntas sugestivas con el único propósito de en su día someterlas en evidencia como prueba sustantiva o impugnatorias si se dieran las circunstancias que se dieron en *Pueblo v. De Jesús Ayuso, supra* y en *Pueblo v. López Reyes, supra*, o si el testigo realmente no recordase. Bajo esa situación de hechos cabe preguntarnos si es ética esa conducta? Sobre este punto veamos parte de la transcripción que reproduce el Tribunal Supremo de Puerto Rico de una declaración jurada tomada por el fiscal investigador en *Pueblo v. Cádiz Colón*, 83 D.P.R. 827 (1961) a la página 833 y siguientes:

Fiscal: ¿Su nombre es?
 Testigo: José Ramírez García.
 Levante la mano derecha. ¿Ud. jura decir la verdad?
 Sí, señor.
 ¿El día 30 de julio de 1959, Ud. estuvo en casa de Petra Ramírez Letry y Alberto Cádiz Colón?
 Sí, señor.
 ¿A qué hora llegó Ud. allí?
 La hora más o menos no sé Sr. Fiscal. Como de nueve a diez de la mañana más o menos.
 ¿Qué personas estuvieron allí cuando Ud. llegó?
 Estaba este muchacho que yo le digo, Mayoral.
 ¿Ud. se refiere a Mayoral, un cabo de galera que está preso en la Cárcel de Distrito?

⁵⁵ *Lanz v. Pearson*, 475 N.W. 2d 601 (Iowa 1991). *U.S. v. Morlang*, 531 F.2d 183, 191 (4to Cir. 1975); *U.S. v. Lewis*, 406 F.2d 486, 493 (7mo Cir. 1969). El tribunal debe estar satisfecho de que el testigo no tiene suficiente recuerdo y que el refrescarle su memoria será de ayuda. *N.L.R.B. v. Federal Dairy Co.*, 297 F.2d 487 (1er Cir. 1962). Si el tribunal se descuida podría darse una situación parecida a la de *Pueblo v. De Jesús Ayuso, supra*; págs. 25-30, (tribunal de instancia mezcla erróneamente el concepto de "refrescar memoria"—Regla 49— con el de "declaraciones anteriores del testigo"—Regla 63) *U.S. v. Shoual*, 548 F.2d 636 (6to Cir. 1977).

Testigo: Sí, señor.

Fiscal: (Hon. Salvador Veray Barreda) ¿El estaba allí?

Sí, señor, cuando estaba Santos Colón.

¿Quién más estaba allí, Ramón Cádiz estaba allí?

Yo creo que sí.

Estaba Ramón Cádiz allí y él estaba con su esposa Rosa?

Yo creo que estaba.

¿Estaba o no estaba el hermano de Alberto Cádiz?

Sí, señor, estaba.

¿Y la mujer de Ramón estaba allí.

Estaba con él.

¿Petra estaba allí?

Sí, señor, estaba allí.

¿Y ésta la Bocao estaba allí?

Estaba allí.

¿Esta muchacha María Mercedes estaba allí?

Estaba allí.

¿Y por qué fue la discusión [sic] si hubo, entre Alberto Cádiz y Petra?

Bueno yo la discusión [sic] no sé porqué vino, Sr. Fiscal; no sé si era que él estaba celoso y que estaba en duda de ella o era que ella no lo quería...

¿Es o no es cierto que Alberto la celaba a ella de este muchacho Maguán, un cojo que iba allí a buscar comida de puerco? Sí, señor.

¿Por ese fue la discusión [sic] de Alberto y Petra?

Testigo: Sí, señor.

Fiscal: (Hon. Salvador Veray Barreda) ¿Qué pasó en la discusión esa?

En la discusión yo me estaba dando un palito, cuando vi el rebulú [sic] que hubo.

¿Alberto le dio primero con el puño?

Sí, señor, y la tiró de la cocina a la sala del primer puño que le dió entonces después de eso fue que le tiró el gas y la prendió.

¿Y Ramón el hermano de Alberto atacaba a Petra?

No, señor, no le dio.

¿Pero él estaba allí en todo momento?

Estaba allí.

¿Y cómo fue eso que Alberto le echó gas y le prendió un fósforo?

En la garata que tuvieron, parece que ella quería irse de la casa, él cogió y le echó el gas.

¿De dónde cogió el gas ese él?

De la cocinita.

¿El tanque de la estufa se lo regó encima?

Sí, señor, entonces le puso el dedo en el chorrillo en la boca del traquecito y la rució (sic).

¿Y dónde estaba Petra cuando eso?

En la cocina.

¿Alguien la tenía aguantada cuando él le estaba echando el gas?

No, señor.

Fiscal: (Hon. Salvador Veray Barreda)

¿Ramón Cádiz no la estaba aguantando cuando él le rució [sic] el gas?

Testigo: No, señor, porque cuando él le dio el primer puñetazo la tiró sobre la cocina.

¿Y después que él le regó el gas encima de ella que hizo él?

Después que le regó el gas le tiró un fósforo.

¿Y tan pronto que ella se prendió que hizo?

El se volvió loco tan pronto que había cogido fuego ella.

¿Y quiénes la auxiliaron allí?

Yo ayudé a quitarle la ropa y este muchacho que está preso Mayoral; y esta muchacha que estaba allí también.

¿La Bocao?

Sí, señor; y no recuerdo que más vecinos de la de allí.

¿Usted conoce a Minga la Rezadora?

De visita la conozco pero no la conozco de personalidad; me parece que ella era la que estaba rezando la noche esa de los rosarios.

¿Ud. está completamente seguro que Ramón Cádiz el hermano de Alberto estaba allí?

Sí, señor.

¿Y vió que el hermano le regó gas y le prendió el fósforo a Petra?

Sí, señor.

Fiscal: (Hon. Salvador Veray Barreda)

¿Esa gente han hablado con Ud. después que pasaron esos hechos?

Testigo: No, señor.

¿Alguno de ellos lo ha amenazado a Ud. si hablaba algo de los hechos?

El que está preso dijo el que sirviera de testigo que cuando saliera que lo mataba.

¿Eso se lo dijo personalmente?

No, eso lo dijo en el barrio.

¿Esto lo dijo el mismo día?

Sí, señor, el mismo día.

¿Que el que declarara en contra le limpiaba el pico?

Sí, señor.

¿El estaba borracho?

Se había dado unos cuantos palitos. Yo le dije de Santos Colón este muchacho Mayoral; este Mayoral fue el que ayudó a quitarle la ropa para protegerla. Entonces, después de eso cogió el aparatito del gas y lo puso en la estufa otra vez.

¿Ud. jura que todo eso es la verdad y nada más que la verdad?

Sí, señor, Fiscal.

¿Y cuando este hombre cogió le regó el gas por encima Ud. no le dijo algo a él?

Yo no le dije nada porque yo estaba abajo y cuando él le dio el puñetazo y la tiró allá, que ella dijo 'no me vas a dejar', y que, entonces fue que le regó el gas.

Fiscal: (Hon. Salvador Veray Barreda)

¿Y él decía algo cuando le regó el gas?

Testigo: No, señor, él estaba picado cuando eso; no dijo nada.

¿Ud. quiere declarar algo más que yo no le haya preguntado?

Yo no recuerdo más nada.

Pues, nada más."

Sobre este mismo punto vease *Pueblo v. Liceaga*, 42 D.P.R. 964 (1931) donde el Tribunal Supremo en la disidencia señala a la página 988 que la afirmación del testigo en corte abierta no era tanto "la declaración del testigo de cargo como la del fiscal hablando por mediación del testigo."

El abogado litigante debe estar alerta al hecho de que un testigo puede ser que conteste un "no se" cuando en realidad quiere decir "no recuerdo". Algunos jueces entienden que en esas circunstancias, cuando el testigo contesta "no se", no se establece una falta de memoria sobre un hecho conocido y no permiten que se proceda a refrescar memoria o se presente prueba bajo el concepto de "Pasada Memoria" hasta tanto el proponente logre que el testigo responda que "no recuerda". Por otro lado, si el testigo en vez de responder "no se" o "no recuerdo" contesta en forma absoluta que "nada más ocurrió", esos mismos jueces, tampoco permitirían que se recurra al procedimiento para refrescar memoria. Sin embargo, otras decisiones judiciales

han llegado a la posición sensata de que el refrescar memoria es propio aún si el testigo da una contestación clara.⁵⁶

Hemos señalado antes (escolio 36) que aunque el procedimiento de refrescar memoria está reconocido como un mecanismo a utilizarse en el examen directo, el mismo también puede ser efectivo en el contrainterrogatorio. Recuerde el lector que uno de los propósitos del contrainterrogatorio es el de obtener información favorable. Esto significa que deberá tratar que el testigo en sus contestaciones esté de acuerdo con aquellos hechos que sostienen su teoría del caso. Sobre este particular, veamos lo que nos señala el Profesor Mauet.⁵⁷

“There are two basic purposes for cross-examinations:

- a. *Eliciting favorable testimony (the first purpose)*. This involves getting the witness to agree with those facts that support your case in chief and are consistent with your theory of the case.

- b. *Conducting a destructive cross (the second purpose)*. This involves asking the kinds of questions that will discredit the witness or his testimony so that the jury will minimize or even disregard them.

Understanding these two basic, broad purposes, and their order of use, is essential to conducting effective cross-examinations. While you may utilize only one of the approaches with some witnesses, you should always consider eliciting favorable testimony from the witness before you attempt a destructive cross-examination.

Why this order? At the end of the direct examination, most witnesses will have testified in a plausible fashion and their credibility will be high. This is the time to extract favorable admissions and information from the witness, since the witness' credibility will enhance the impact of the admissions. Such admissions will have less impact, and be less likely to occur, if you have previously attacked the witness.”

En otras palabras, si uno interesa sacar información que el testigo no dijo

⁵⁶ Graham, *supra*, pág 65.

⁵⁷ Mauet, T.A., *Fundamentals of Trial Techniques*, 3ra. Edición, pág. 214, Little, Brown and Company (1992).

en el directo y que ahora en el contra-interrogatorio sostiene que no recuerda, si el oponente no interesa o no le conviene impugnar en ese momento, puede entonces recurrir al procedimiento de refrescar memoria. Un buen ejemplo es el caso de *Baker v. State of Maryland, supra*. En *Baker*, el tribunal apelativo en brillante opinión suscrita por el Hon. Juez Charles E. Moylan Jr. revoca una convicción de asesinato y robo. El punto crucial fue el error del tribunal de instancia al negarse a permitir a la defensa en el contrainterrogatorio del testigo estrella, refrescarle la memoria enseñándole, con ese propósito, un informe oficial suscrito por otro policía.

En ese caso, la víctima de los hechos le manifestó al testigo (policía), en la escena del crimen cómo ocurrieron los hechos. Camino al hospital, la policía recibió noticia de que se había detenido un sospechoso. Esto motivó que la policía se desviara y llevara a la víctima primero al sitio donde estaba detenido el apelante. Como parte del contrainterrogatorio, la defensa intentó sacarle información al testigo en el sentido de que al ser confrontada la víctima con el apelante, el primero manifestó que el apelante no era uno de los que lo atacó y robó. Para estimular su memoria, la defensa intentó mostrarle el informe policiaco preparado por otro policía, donde se hacía referencia a este incidente. Por ser ilustrativo, reproducimos de la opinión del Juez Moylan lo siguiente:

“The record establishes loudly and clearly that appellant’s counsel sought to use the report primarily to refresh the recollection of Officer Bolton and that he was consistently and effectively thwarted in that attempt:

BY MR. HARLAN:

Q. Do you have the report filed by Officer Hucke and Officer Saclolo or Saclolo?

A. Right, I have copies.

Q. Okay.

MR. DOORY: I would object to that, Your Honor.

THE COURT: I will sustain the objection. This is not his report.

BY MR. HARLAN:

Q. Can you look at this report and refresh your recollection as to whether or not you ever had the victim in a confrontation with Mrs. Baker?

MR. DOORY: Objection, Your Honor.

MR. HARLAN: He can refresh --

THE COURT: Well, he can refresh his recollection as to his personal knowledge. That’s all right.

A. That is what I am saying, I don't know who it was that we confronted really.

BY MR. HARLAN:

Q. All right. Would you consult your report and maybe it will refresh your recollection.

THE COURT: I think the response is he doesn't know who --

MR. HARLAN: He can refresh his recollection if he looks at the report.

THE COURT: He can't refresh his recollection from someone else's report, Mr. Harlan.

MR. HARLAN: I would object, Your Honor. Absolutely, he can.

THE COURT: You might object, but --

MR. HARLAN: You are not going to permit the officer to refresh his recollection from the police report?

THE COURT: No. It is not his report.

.....

MR. HARLAN: Your Honor, I think I am absolutely within my rights to have a police officer read a report which mentions his name in it to see if it refreshes his recollection. If it doesn't refresh his recollection, then fine.

THE COURT: Well, he did that.

MR. HARLAN: You have not afforded him the opportunity to do that yet, Your Honor.

THE COURT: He says he does not know who it was before. So, he can't refresh his recollection if he does not know simply because someone else put some name in there.

MR. HARLAN: He has to read it to see if it refreshes his recollection, Your Honor.

THE COURT: We are reading from a report made by two other officers which is not the personal knowledge of this officer.

MR. HARLAN: I don't want him to read from that report. I want him to read it and see if it refreshes his recollection.

On so critical an issue as possible exculpation from the very lips of the crime victim, appellant was entitled to try to refresh the memory of the key police witness. She was erroneously and prejudicially denied that opportunity. The reason for the error is transparent. Because they both arise from the commonseedbed of failed memory and because of their hauntingly parallel verbal rhythms and grammatical structures, there is a beguiling temptation to overanalogize Present Recollection Revived and Past

Recollection Recorded. It is a temptation, however, that must be resisted. The trial judge in this case erroneously measured the legitimacy of the effort to revive present recollection against the more rigorous standard of past memory.”⁵⁸

Aquí podemos ver claramente que el juez de instancia confundió dos conceptos, el de “Refrescar” con el de “Pasada Memoria”. La diferencia entre uno y otro no puede ser más básica. “It is the difference between evidence and non-evidence”.⁵⁹ Sobre esteparticular en *Henry v. Lee*, 2 Chitty 124, 125 (1810), Lord Ellenborough escribe:

“If upon looking at any document he can so far refresh his memory as to recollect a circumstance, it is sufficient; and it makes no difference that the memorandum is not written by himself, for it is not the memorandum that is the evidence but the recollection of the witness”.

Debemos distinguir los problemas rutinarios que surgen cuando se intenta recurrir al procedimiento para refrescar la memoria legítimamente, ya sea por parte del proponente o del oponente, del trato hostil que bajo el manto de refrescar memoria lleva a cabo el oponente.⁶⁰ Este último, en realidad se trata de una pseudo-impugnación, se da generalmente en la forma de una manifestación inconsistente implícita. Ejemplo: “Ahora que usted ha examinado el documento y refrescado su memoria, lo cierto es que usted estaba equivocado cuando afirmó...”⁶¹ Para una mejor comprensión de la diferencia entre uno (refrescar memoria genuino) y el trato hostil (pseudo-impugnación) reproducimos el siguiente párrafo de un escrito nuestro anterior:⁶²

“Una manera o estilo de ataque, en esta ocasión indirecta, puede ser a través de un **examen riguroso y despiadado**, generalmente en el contrainterrogatorio. Este, según McCormick, lleva el mensaje o insinúa que al testigo no se le puede creer, por lo que, por más que el testigo niegue o explique las imputaciones, el juzgador de los hechos podría razonablemente retener una imagen negativa sobre su

⁵⁸ *Baker v. State of Maryland*, *supra*, págs. 701, 702.

⁵⁹ *Baker v. State of Maryland*, *supra*, pág 703.

⁶⁰ Este trato hostil también será incorrectamente utilizado por el proponente en aquellas situaciones que no interesa llevar a la mente del jurado que está impugnando a su propio testigo.

⁶¹ *Weinstein's Manual*, *supra*, § 10.05 [01], págs. 10-19.

⁶² Batista Ortiz, E., *La Rehabilitación Testifical*, 26 Rev. Jur. U.I.A., Enero-Abril 1992, Núm. 2, pág. 397, 402. (Citas omitidas)

credibilidad. Note el lector que no estamos hablando de uno de los trece modos reconocidos de impugnación, sino de un estilo de contrainterrogar utilizado por el abogado. La Regla 19 y la discreción judicial bajo la Regla 43(c) desempeñan un papel importante con respecto a este tipo de pseudo-impugnación...”

SEGUNDA LIMITACIÓN

No debe permitirse al testigo testificar sobre la materia sugerida salvo que él afirme que su memoria en realidad ha sido refrescada, de manera tal que su testimonio ahora representa un recuerdo independiente, aunque refrescado, y no una mera repetición de lo que fue utilizado para refrescarle su memoria.⁶³

Si el método utilizado para refrescar memoria es atacado o impugnado, el juez de instancia deberá determinar si dicho mecanismo es meramente un subterfugio para que se le sugiera impropriamente al testigo el testimonio que se esperaba de él.⁶⁴

¿Pero cómo puede el juez asegurarse que la memoria del testigo está exhausta? ¿Cómo puede conocer, asegurarse, que en vez de que el proponente le “sugiera” o “le siembre en su memoria” lo que debe decir, esta memoria ha sido efectivamente refrescada y no fabricada?

Esta preocupación se contesta simplemente señalando que los mecanismos procesales que recoge la Regla 49 de Evidencia, *supra*,⁶⁵ en unión a las Reglas 2, 9, 19 y 43 (c)⁶⁶ son suficientes para averiguar si la memoria está exhausta y para lograr que se despierte y se reviva la memoria del testigo a la vez que se garantiza que el juzgador reciba toda la prueba disponible en la búsqueda de

⁶³ *U.S. v. Cheyenne*, 558 F.2d 902, 904-906 (8vo Cir. 1977). Esto ha sido criticado por *McCormick, supra*, § 9 pág. 21 (1984) por entender que es un trato irreal pensar que tal línea es clara y que el testigo verdaderamente, una vez ha examinado el documento con intención de refrescar su memoria, puede ahora testificar de un recuerdo independiente. Por ello al juez se le debe dar amplia discreción. Véase también *Weinstein's Manual, supra*, § 10.05 [01] págs. 10-19. Con respecto a esta segunda limitación, como a la primera, el Juez de Instancia goza de amplia discreción. Véase *U.S. v. Socony-Vacuum Oil Co.*, 174 F.2d 883 (3er Cir. 1949); *U.S. v. Conley*, 503 F.2d 520, 522 8th Cir. 1974); *U.S. v. Riccardi*, 174 F.2d 883 (3er Cir. 1949); *Allis-Chalmers Mfg. Co. v. City*, 323 F.2d 233 (5to Cir. 1963); *Esperti v. U.S.*, 406 F.2d 148 (5to Cir. 1969); *Collins v. U.S.*, 383 F.2d 296 (10mo Cir. 1967).

⁶⁴ *U.S. v. Riccardi, supra* 889.

⁶⁵ Así la frase “respecto a cualquier asunto objeto de su testimonio” en la Regla 49 (A) [3 P.F.P. pág. 67] tiene el propósito de salvaguardar o evitar que la Regla sea utilizada como pretexto para pescar o explorar en los récords de la parte contraria. A su vez garantiza que sólo se tendrá acceso a aquellos escritos que razonablemente se puede decir que tienen impacto sobre el testimonio de los testigos.

⁶⁶ Reglas de Evidencia de Puerto Rico; 32 L.P.R.A.

la verdad. Es decir, para evitar que el testigo pueda narrar frente al jurado datos inexactos o que inconscientemente pueda expresar cosas de su imaginación creyéndolos ciertos, las reglas de evidencia antes mencionadas, le han proporcionado a los tribunales varias salvaguardas:

- 1ra. El proceso de refrescar memoria, en casos ventilados por jurado, debe conducirse de acuerdo a los principios esbozados en la Regla 9(C), supra: “...**Otras determinaciones preliminares a la admisibilidad de evidencia también podrán ser consideradas en ausencia del jurado cuando los intereses de la justicia así lo determinen...**” El propósito es evitar que prueba inadmisibles sea sugerida al jurado por cualesquiera medios.⁶⁷ *Esto no significa que se retire al jurado siempre que estemos frente a una situación de “refrescar memoria”.* El juez utilizará su amplia discreción, y tomando en consideración todas las circunstancias, retirará o no al jurado, según su mejor criterio.
- 2da. Los tribunales gozan de amplia *discreción para rechazar el testimonio* sugerido y concluir que al testigo no le falta la memoria o que el escrito u otro objeto utilizado no refresca su memoria o que al igual que en los casos de preguntas sugestivas, existe el peligro de indebida sugestividad en relación al poco valor probatorio.⁶⁸
- 3ra. Por otro lado, **los derechos que la propia Regla 49, supra, le otorga al oponente** son más que suficiente para salvaguardar sus derechos. Estos son examinar, contrainterrogar y someter en evidencia el objeto, sea cual fuere, utilizado para refrescar la memoria.⁶⁹ Al darle estos derechos a la parte adversa, la regla lo que persigue es ampliar las oportunidades del juzgador de hechos para evaluar la credibilidad de los testigos. Cuando la parte adversa ejercita esas opciones, si lo utilizado para intentar refrescar la memoria fue un **escrito** firmado o adoptado por él, éste, como cuestión práctica, se convierte en una declaración anterior

⁶⁷ Sobre este punto véase: Michael F. Graham, *Evidence Text, Rules, Illustrations and Problems*, pág. 63, National Institute for Trial Advocacy (1983); Reglas de Evidencia Federales 103(C), 104(c).

⁶⁸ *McCormick*, sec. 9.

⁶⁹ Weinstein's Manual, *supra* § 10.05 [01]; Claro, el tribunal, al hacer su determinación bajo la Regla 9, *supra*, tiene el deber de prevenir que el testigo vacíe para el récord el contenido de un escrito que de otra forma sería inadmisibles. *Thompson v. U.S.*, 342 F.2d 137 (5to Cir. 1965); *U.S. v. Scott*, 701 F.2d 1340 (11mo Cir. 1983).

inconsistente.⁷⁰ Esto es así porque se convertiría, a nuestro juicio, en una omisión en el examen oral del testigo, de tal naturaleza que debe tratarse como una manifestación.⁷¹ Por ello no podrá utilizarse sustantivamente salvo que satisfaga alguna excepción a la Prueba de Referencia, y así debe instruirse al jurado.

El problema es que cuando se utiliza un documento, como generalmente sucede, la línea divisora entre usarlo como una ayuda a la memoria (Regla 49) y entre basar su propio testimonio en dicho escrito como un registro (récord) correcto de una pasada memoria (Regla 65 (E)) es oscura. Debido a que la línea no estaría clara, en ocasiones se levantaría la interrogante de si realmente es necesario demostrar que el testigo no tiene ningún recuerdo sobre el punto en controversia. Por ello, se argumenta que es preferible que el testigo, después de examinar el documento, en vez de expresar “ahora recuerdo”, diga honestamente “no recuerdo” y se presente y admita como “Escrito de Pasada Memoria”.

4ta. Finalmente, ante una objeción del oponente para que *no* se inicie o se continúe con el procedimiento de Refrescar Memoria por alegadamente no tener el testigo conocimiento personal de lo que se interesa se refresque la memoria, *debemos preguntarnos cuál es el “quántum”* de prueba que debe satisfacer el proponente del testimonio para mover al tribunal a concluir que el testigo efectivamente en una ocasión sí tuvo conocimiento personal pero ahora no recuerda y que se le debe permitir utilizar el proceso de refrescar memoria. Debemos recurrir a una combinación de reglas para averiguarlo. Estas son la Regla 9, incisos A), (B), (C) y la Regla 38.1⁷²

Este juego de reglas es necesario por lo siguiente: mientras la Regla 38⁷³

⁷⁰ La frase “... y presentar en evidencia cualquier parte de dicho escrito que sea pertinente al testimonio del testigo” en el inciso B de la Regla 49, deberá ser entendida como que permite al jurado examinar el escrito (1) como una guía para evaluar la credibilidad del testigo y (2) de ser admisible por derecho propio por su valor evidenciario. *Weinstein's Evidence*, sec. 612[05].

⁷¹ Véase, E. Batista Ortíz. *La Rehabilitación Testifical*, *supra*, 26 Rev. Jur. U.I.A., pág. 413 (1992).

⁷² Reglas de Evidencia de Puerto Rico; 32 L.P.R.A.

⁷³ En materia de conocimiento personal, el proponente deberá presentar prueba que mirada por el tribunal desde la perspectiva más favorable al proponente, la misma sea suficiente, si creída, para que un juzgador razonable concluyese que el testigo tiene conocimiento personal de lo que se le está preguntando. Si el proponente presenta esa *prueba suficiente*, la determinación última de si tiene o no conocimiento personal, descansa en el jurado. Por lo tanto, la determinación que hace el tribunal es una de pertinencia condicionada bajo la Regla 9 (B).

nos ayuda a demostrarle al tribunal que la persona, después de que su memoria ha sido refrescada está capacitada para testificar, que tiene conocimiento personal, es la Regla 9 (B)⁷⁴ la que señala cual es el “quantum” necesario para pasar el asunto al jurado. Por otro lado, la Regla 9 (A) indirectamente deja entrever que en el proceso de investigación que hace el tribunal bajo la regla (B) para determinar la admisibilidad o no sobre la cuestión preliminar (de si su memoria realmente ha sido refrescada, de manera que pueda testificar sobre el asunto) aplican las Reglas de Evidencia. Pero en otras ocasiones--llamémosle híbridas--no aplicarán las reglas, por lo que será necesario utilizar los conceptos de la Regla 9 (A) y la 9 (C).⁷⁵

Como ha podido captar el lector, los tribunales tienen mecanismos procesales que salvaguardan los derechos del oponente, de manera que el testimonio vertido por el testigo represente un recuerdo independiente del objeto o instrumento utilizado para refrescarle la memoria.

TERCERA LIMITACIÓN

El oponente tiene un derecho absoluto a inspeccionar el “escrito”, que alegadamente le ha “refrescado” la memoria del testigo. Dicha inspección ayudará a protegerle contra abusos y tiene el propósito de concederle a la “parte adversa” la potestad de utilizar el documento libremente ya sea para, entre otras, impugnar o como prueba sustantiva.⁷⁶

⁷⁴ Debido a que el contenido de la aseveración, de intentarse presentar, vendrá a la atención del jurado, el uso de la Regla 9 (C) permite al tribunal, cuando así lo crea pertinente, considerar en ausencia del jurado, el contenido y admisibilidad de la aseveración en aquellas ocasiones en que hace sentido hacerlo, a la vez que mantiene la cuestión como una de pertinencia condicionada bajo la Regla 9 (B).

⁷⁵ La Regla 38 de las de Evidencia de Puerto Rico señala que el conocimiento personal “podrá ser demostrado por medio de cualquier evidencia admisible, incluyendo su propio testimonio”, pero el problema es que cuando se intenta establecer el conocimiento personal de un declarante de prueba de referencia, el contenido de la aseveración ofrecida y objetada, en sí misma puede ser considerada para la determinación sobre su admisibilidad aunque todavía no esté admitida en evidencia. De ser así y aunque el asunto de conocimiento personal es a fin de cuentas una cuestión de pertinencia condicionada a determinarse bajo la Regla 9 (B), el tribunal, bajo las circunstancias antes expresadas, cuando evalúe si evidencia suficiente ha sido presentada para que un juzgador razonable encuentre o concluya que el declarante posea el conocimiento personal requerido, deberá considerar el contenido de la aseveración bajo la Regla 9 (A) y (C).

⁷⁶ Sin embargo, el tribunal no debe admitir partes del informe que no fueron utilizados por el testigo para refrescarse la memoria salvo que éstas fueran admisibles por derecho propio. *U.S. v. Costner*, 684 F.2d 371 (6to Cir. 1982).

Si bien no existen límites sobre qué cosa sirve para refrescar la memoria, el tribunal debe velar porque aquellas partes del escrito que no están relacionadas con el testimonio y que no sean privilegiadas sean producidas, traídas al tribunal ante un requerimiento de la parte adversa para que se produzca todo el informe.⁷⁷ La Regla Federal 612 parecida, pero no igual a nuestra Regla 49 dispone que *no siempre* que el testigo haya examinado un documento *antes del juicio*, el mismo tenga que ser descubierto.⁷⁸ Nuestra Regla 49 de Evidencia proviene de la Sección 771 del Código de Evidencia de California y ambas le conceden el derecho de inspección a la parte adversa, independientemente de cuándo fue utilizado el escrito para refrescar la memoria del testigo. Es por esto que el abogado que utiliza un documento para refrescar memoria, antes o durante el proceso, **debe tener cuidado** de que no contenga información dañina que pueda ser usada contra su cliente y que no está ya en poder del oponente.

Los peligros que presenta el proceso de refrescar memoria son mayores en aquellas instancias en que se refresca la memoria *antes de testificar - fuera del tribunal*. Nuestra Regla 49 reconoce que para poder explorar la credibilidad del testigo, el jurado necesita conocer qué materiales utilizó para refrescarse la memoria antes de presentarse a testificar. Pero bajo esas circunstancias, cuando se refresca la memoria *fuera del tribunal*, no existe para el oponente impedimento alguno contra la formulación de preguntas sugestivas, ya que *no aplican las Reglas* de Evidencia y de juego limpio. Todo se le puede preguntar, mostrar o sugerir. Por estar todo este asunto ligado a la credibilidad es necesario que el jurado comprenda cómo el testigo logró su actual conocimiento testimonial. Pero para que la parte adversa pueda tener acceso a los escritos utilizados por el testigo antes del juicio para refrescarse la memoria, primero deberá cerciorarse de cuáles escritos fueron utilizados. Esto generalmente será logrado mediante una batería de preguntas formuladas por el abogado oponente encaminadas a asegurar qué fue exactamente lo que utilizó el testigo para refrescar la memoria. Lo próximo que debe hacer el oponente es pedir su presentación y convencer al tribunal que si no se presenta el documento se debe

⁷⁷ *U.S. v. Howton*, 688 F.2d 272 (5to Cir. 1982).

⁷⁸ Si el escrito fue utilizado para refrescar memoria antes de su testimonio en el tribunal, el juez tiene discreción para exigir o no que se presente el escrito. *U.S. v. Williams*, 875 F.2d 846, 854 (11th Cir. 1989). Al hacer su determinación el tribunal federal deberá tomar en consideración dentro de la discreción que le concede la Regla 612(2) ciertos factores tales como: cuán extenso fue el examen que hizo el testigo del documento, si descansó mucho o poco en él para testificar y hasta qué punto se reflejaron en él opiniones y conclusiones y no hechos. Véase también *Leucadia, Inc. v. Reliance Ins. Co.*, 101 F.R.D. 674 (S.D.N.Y. 1983).

ordenar la eliminación del testimonio del testigo sobre dicho asunto. Salvo las situaciones que la misma Regla 49, *supra*, en sus incisos (C)(1) y (C)(2) contempla, el tribunal, deberá ordenar la eliminación del testimonio sobre dicho asunto refrescado.

Esta tercera limitación levanta una serie de interrogantes. Entre ellas las siguientes:

Ira. ¿Qué pasa si tratándose de un documento - lo utilizado para refrescar memoria - éste contiene data confidencial, privilegiada o inadmisibles? ¿Cómo se enterará el tribunal de la presencia de esta materia en el documento?

A la luz de los amplios mecanismos de descubrimiento de las reglas procesales, es razonable inferir, que si las partes se han aprovechado correctamente de dichos mecanismos serán conscientes de todo documento utilizado para refrescar memoria. Pero aún así, los requerimientos de producción de documentos se podrán topar con algunas barreras levantadas por la parte contraria. Entre ellas los privilegios.

El juego entre la Regla 49 y los varios privilegios tales como “abogado-cliente”, “producto del trabajo” (“work product”), “autoincriminación”, “información oficial”, “identidad de informante” y otros, levanta dos interrogantes de interés para el abogado litigante: ¿si el uso del documento como instrumento para refrescar memoria constituye una renuncia a dichos privilegios y cómo, si de alguna manera, puede el abogado preservar el privilegio aún cuando utilice los documentos en las etapas pre-juicio?

Ante un reclamo de que se produzca el documento y una objeción por razón de privilegio, el tribunal deberá celebrar una vista en cámara para examinar los documentos. Si el tribunal concluye que efectivamente le asiste el privilegio, sencillamente ordena la eliminación de toda la materia privilegiada y entonces es que podrá entregársela a la otra parte para su inspección y utilización. En la vista para examinar los documentos, el juez sólo deberá inspeccionar aquella porción no privilegiada, ya que así lo manda la Regla 9(A), salvo que el examen total del documento fuera necesario para hacer la determinación de que en efecto se trata de algo privilegiado y no se cuenta con otra prueba que así lo demuestre. Ahora bien, una vez el tribunal haya terminado de examinarlo, sólo entregará para examen de la otra parte (Regla 49, *supra*) la porción no privilegiada.⁷⁹

⁷⁹ Las dos objeciones más frecuentes para evitar que se descubra el contenido de un documento solicitado bajo la Regla 49, *supra*, son: (1) privilegio abogado/cliente y (2) “work

Otro problema que pudiera confrontarse es cuando sólo se ha entregado alguna que otra porción del escrito. Esta situación podría, en ocasiones llevar a la admisibilidad de las otras porciones, si el proponente del testigo exige su presentación, ya sea bajo una teoría de rehabilitación testifical por manifestaciones consistentes o por la doctrina de la regla de la totalidad bajo la Regla 8.⁸⁰

2da. La doctrina conocida como “Work Product”, ¿cómo se afecta cuando se utiliza el procedimiento de refrescar memoria?

El Juez Weinstein⁸¹ sugiere que ante una objeción relativa a “Work Product”, el juez, al examinar en cámara los documentos, si llegase a la conclusión de que se lesionaría seriamente las oportunidades del oponente para examinar responsablemente la credibilidad del testigo, deberá entregarle el material utilizado para refrescarle la memoria al testigo, por entender que el abogado que reclama el privilegio lo renunció al mostrárselo al testigo. El juez, para llegar a su determinación, deberá pesar el impacto del testimonio, la disponibilidad o no de otra evidencia impugnatoria y el grado en que aparentemente descansó el testigo sobre ese “escrito” para refrescarse su memoria.

Saltzburg nos sugiere una solución parecida y dice que la doctrina de “Work Product” deberá ceder por lo menos cuando el testigo, durante el juicio, utiliza el documento para refrescar su memoria. También deberá ceder cuando ha utilizado el documento previo al juicio para refrescarle la memoria en contemplación de su testimonio. Es razonable, argumentar que un abogado que utiliza notas, memorandos y otro material de alegado carácter privado, para refrescar la memoria de un testigo, no puede alegar que dichos documentos caen bajo la doctrina de “Work Product”.⁸²

Sin embargo, no siempre que el testigo examine un documento - antes del

product”. Cuando el testigo utiliza el documento mientras testifica con propósitos de refrescar memoria, estos privilegios deben de ceder. El área problemática es cuando se consulta al escrito en contemplación del proceso. Véase *McCormick, supra*, §§ 9, 93 y 96 para una discusión más a fondo de si bajo estas circunstancias se ha renunciado el privilegio.

⁸⁰ Véase *U.S. v. Rubin*, 609 F. 2d 51 (2do Cir. 1979).

⁸¹ *Weinstein, supra*, § 10.05[03].

⁸² Saltzburg, *Federal Rules of Evidence Manual*, The Michie Company, 4ta. Edición (1986), págs. 584-585; de no ser así, el oponente no podría evaluar hasta qué punto se ha trastocado o influenciado indebidamente por el proponente el testimonio del testigo. *James Julian, Inc. v. Raytheon Co.*, 93 F.R.D. 1138 (D. Del. 1982).

juicio - deberá mostrársele a la otra parte.⁸³ La Regla 49, *supra*, aunque es más liberal que la Regla 612 Federal, no persigue abrir una caja de pandora y no debe ser vista como un pretexto para “explorar” o como “expedición de pesca” en los archivos de la parte adversa. Consciente de esta problemática, el Comité sobre Reglas de Evidencia de la Conferencia Judicial en el *Primer Examen de las Reglas de Evidencia de 1979* recomendó que a la Regla 49 se le añadiera un inciso (C)(3) para que en relación a los escritos para refrescar memoria examinados por el testigo antes de la vista, se le concediera amplia discreción al tribunal para determinar cuándo no es necesario presentar el escrito. Esta sugerencia fue incorporada al Proyecto de Reglas de Evidencia de 1991 que el Comité antes mencionado le sometió al honorable Tribunal Supremo para su evaluación y aprobación. Bajo este enfoque del Proyecto, que es el que recoge la doctrina de la Regla 612 Federal, el juez, dentro de su discreción, deberá velar que la búsqueda se limite a aquellos escritos que razonablemente puedan aseverarse que como cuestión de hecho tienen impacto sobre el testimonio del testigo. Esto evita que se consuma tiempo en “expediciones de pesca” en el juicio entre la multitud de papeles que el testigo examinó en la preparación para el juicio, a la vez que evita que se conozca materia privilegiada. A esos efectos el juez deberá determinar cuán extenso fue ese examen, su relación con los hechos y el testimonio del testigo y cuán abarcadora será la intromisión en el proceso mental del abogado si se publica el documento. Para ello el juez inclusive podrá examinar, en cámara, el documento.⁸⁴ A resultados similares se podrá llegar en nuestra jurisdicción mediante el uso de las Reglas 2, 9, 19, 43(C) y 49, *supra*.

Pero cuando se ha utilizado a instancias del proponente, por el testigo frente al jurado, un documento para refrescar memoria⁸⁵, debe instruirse al jurado que dichos documentos, salvo que sean admisibles por derecho propio o en armonía con los propósitos que señala el inciso (B) de la Regla 49,⁸⁶ fueron traídos al tribunal y presentados al testigo con el solo propósito de refrescarle la memoria, así también deberá indicárseles que este hecho podrá o no afectar la credibilidad del testigo según ellos lo estimen pertinente. Es decir, aunque

⁸³ *Berkey Photo, Inc. v. Estman Kodak Co.*, 74 F.R.D. 613 (S.D. N.Y. 1977); *Spork v. Peil*, 759 F.2d 312 (3er Cir. 1985).

⁸⁴ *U.S. v. Howton*, *supra*.

⁸⁵ *U.S. v. Harris*, 908 F.2d 728, 738 (11mo Cir. 1990).

⁸⁶ “Regla 49. Escritos para refrescar memoria

.....

(B) Si se presenta dicho escrito en la vista, la parte adversa puede, si así lo desea, inspeccionar el mismo, contrainterrogar al testigo sobre tal escrito, y presentar en evidencia, cualquier parte de dicho escrito que sea pertinente al testimonio del testigo.”

no esté aceptado en evidencia, el jurado podrá considerar el documento al evaluar la credibilidad del testigo.⁸⁷

3ra. ¿Cuáles son los remedios que tiene el tribunal para asegurarse que se produzca el documento?

Aunque la Regla 49 (A) señala que el tribunal podrá ordenar la eliminación del testimonio del testigo sobre dicho asunto, lo cierto es que no siempre ese será el remedio adecuado, especialmente en un caso criminal. Es decir, si el fiscal rehúsa entregar el documento utilizado por él para refrescarle la memoria al testigo, y el testigo así refrescada su memoria, prestó testimonio, la defensa no sólo podrá pedir la eliminación de su testimonio, sino que dependiendo de las circunstancias y del impacto de ese testimonio, que ya el jurado ha escuchado, también podrá solicitar un “mistrial”.⁸⁸ De esto ser así, un nuevo juicio probablemente no se podría dar.⁸⁹ Es por ello que este último remedio no es probable que sea concedido por un tribunal salvo circunstancias extraordinarias.

Otros remedios o alternativas que tiene el tribunal, en casos en que no se produzca el documento son, entre otros, la desestimación o la expedición de órdenes protectoras como las contempladas en la Regla 95(B)(e) de las de Procedimiento Criminal⁹⁰ y en la Regla 34 de las de Procedimiento Civil⁹¹. Así también, nada en la Regla 49, *supra*, al igual que en la Regla 612 Federal, *supra*, prohíbe que el juez utilice el desacato como un mecanismo que penalice a aquel que no cumpla.

4ta. ¿Qué significa dentro del contexto de la Regla 49, “parte adversa”?

El uso del concepto “parte adversa” en la Regla 49 (B), para referirse al derecho a contrainterrogar, no es el mejor. Lo que la regla pretende es que cuando un testigo se le muestra por **cualesquiera de las partes**, un escrito para refrescar su memoria mientras testifica⁹² o con anterioridad al mismo, el

⁸⁷ *Graham, supra*, pág. 67. La Regla 49 no es una excepción a la regla de prueba de referencia. Ni la inspección del documento, ni su uso para contrainterrogar la hace admisible.

⁸⁸ Esta posibilidad se recoge en el texto de la Regla 612 Federal; aunque dicha regla y la nuestra no son iguales, no deja de ser un remedio posible bajo nuestro ordenamiento jurídico.

⁸⁹ Regla 64(e) de Procedimiento Criminal de Puerto Rico, Cláusula sobre Doble Exposición, Constitución del E.L.A. y la Constitución Federal; *Saltzburg, supra*, pág. 585. Pero estas no son las únicas medidas que puede tomar. Siempre el juez tiene amplia discreción al ejercitar control sobre la presentación de la evidencia e interpretación de las reglas 2 y 43(C) de Evidencia o cualquiera otras alternativas pertinentes. Véase F.R.C.P. 16(g) y 37(b).

⁹⁰ 34 L.P.R.A.

⁹¹ 32 L.P.R.A.

⁹² La utilización de la frase “en la vista” en la Regla 49 en sus incisos (A) y (B) en vez de “en el juicio”, como se señala en el inciso (C) de la propia regla, ha suscitado alguna controversia, pero no debe entenderse como una limitación. Por el contrario, la frase debe ser interpretada en su sentido amplio y parece señalar que allí donde las Reglas de Evidencia

oponente, sea quien sea, debe tener derecho de verlo, examinarlo y preguntarle al testigo sobre su contenido. Si es el testigo quien "sua sponte" produce el documento, entonces ambas partes tienen derecho a verlo y examinarlo. Pero no se debe permitir al abogado que efectúa un examen directo ofrecerlo en evidencia en sustitución del testimonio.

Hasta aquí nuestro análisis de las tres limitaciones más importantes al procedimiento de Refrescar Memoria. En ocasiones, cuando lo utilizado para refrescar la memoria es una manifestación anterior del propio testigo, una **cuarta limitación** es mencionada. Bajo esas circunstancias **algunos tribunales requieren que la aseveración utilizada para refrescar la memoria haya sido expresada a la fecha o cerca a los hechos que describa.** El propósito es brindar algún indicio, aunque sea circunstancial, de confiabilidad, ya que se teme que un escrito que no refleje la verdad podría resultar lo suficiente sugestivo como para desviar⁹³ al testigo de la realidad. Pero este requisito parece que surge de una confusión de conceptos entre "refrescar memoria" y "pasada memoria".⁹⁴ La mayoría de los tribunales no imponen este requisito para "refrescar memoria", pero sí para "pasada memoria".⁹⁵ Esto es así porque las otras limitaciones que hemos mencionado son suficientes garantías y, además, lo que se busca, según ya hemos expresado, no es la aseveración escrita sino el testimonio del testigo; su recuerdo.⁹⁶

Antes de finalizar este tema veamos en acciones, en un caso de la vida real, al concepto de refrescar memoria. Específicamente parte de lo ocurrido en el caso de P.V. Lydia Echevarria Rodríguez a las páginas 183 y siguientes, de la transcripción de evidencia de las vistas del 11 y 12 de febrero de 1986:

HON. FISCAL ROMAN:

Usted recuerda haber prestado una declaración jurada el 11 de abril de 1985 en el Departamento de Justicia ante mí.

apliquen, sea o no el juicio, allí aplicará la Regla 49 y el procedimiento que ésta requiere. Inclusive se ha dicho que incluye deposiciones. *Primer Examen de las Reglas de Evidencia* de 1979, pág. 196; *Wheeling Pittsburg Steel v. Underwriters Lab.*, 81 F.R.D. 8 (1978).

⁹³ Hutchins and Slesinger, *Some Observations on the Law of Evidence - Memory*, 41 Harv. L. Rev. 860, 868-869 (1928).

⁹⁴ *Putman v. U.S.*, 162 U.S. 687, 695 (1895); *U.S. v. Massachusetts Maritime Academy*, 762 F.2d 142 (1er Cir. 1985). *Sotomayor v. Smallwood Brothers*, *supra*.

⁹⁵ *Wigmore*, *Evidence* § 761.

⁹⁶ A.S. Cutler, *Successful Trial Tactics*, pág. 101, Prentice Hall, Inc. (1949); *Goings v. U.S.*, 377 F.2d 753 (8vo Cir. 1967).

TESTIGO:

Sí, señor.

HON. FISCAL ROMAN:...

LIC. GALIB:

Podíamos ver esa declaración en el momento en que se le va a mostrar a un testigo y se va a cuestionar un testigo sobre eso.

HON. JUEZ:

Con lugar.

LIC. GALIB:

Tiempo para examinarlo.

HON. JUEZ:

Cómo no.

Veamos parte de la continuación de este incidente en la página 185 y siguientes de la transcripción:

HON. JUEZ: ... LIC. PESANTE:

Sí, ya concluimos con la lectura.

HON. JUEZ:

Adelante Honorable Fiscal.

HON. FISCAL ROMAN:

Don José, le pregunto ¿si cuando prestó la declaración el 11 de abril de 1985, si usted recuerda si se le preguntó sobre si usted había examinado el contrato que le mostró la policía? ¿Si usted recuerda que se le hizo esa pregunta y si recuerda lo que usted contestó en la declaración jurada?

LIC. RAMOS:

Si el compañero tiene que decir el propósito de ese tipo de interrogatorio si es para refrescar la memoria, para impugnar su propio testigo.

HON. FISCAL ROMAN:

Para refrescar memoria al amparo de la regla 49.

LIC. ARROYO:

Es que él no ha demostrado que no se recuerda.

LIC. RAMOS:

Es que el testigo no ha dicho que él no se recuerda.

LIC. GUZMAN:

El tiene que demostrar primero que necesita refrescarse la memoria.

HON. FISCAL ROMAN: ...

LCDO. RAMOS: ...

HON. JUEZ:...

LCDO. RAMOS:...

HON. JUEZ:

Que se retire el testigo.

HON. FISCAL ROMAN: ...

HON. JUEZ: ...

HON. FISCAL ROMAN:

Fíjese Vuestro Honor, nosotros anunciamos y le mostramos la declaración a uno de los compañeros, tal como dispone la regla 49. Lo que nosotros nos proponemos hacerle unas preguntas específicas para ver si el testigo recuerda lo que declaró en su declaración jurada el 11 de abril de 1985 con relación a una serie de preguntas. Si él dice que lo recuerda, bien no hay problema, si él dice que no recuerda, entonces nosotros tenemos el mecanismo de mostrarle la declaración jurada que él prestó para refrescarle la memoria.

HON. JUEZ: ...

LIC. RAMOS:

Vuestro Honor, la ley es así. Lo que pasa es que el Fiscal está siguiendo el procedimiento incorrecto...

HON FISCAL ROMAN: ...

LCDO. RAMOS:...

Una vez él diga que él o no recuerda lo que le preguntaron o no recuerda lo que él contestó, pues hay que entonces decirle que si él ve una transcripción de la declaración jurada de él si él cree que se recordaría. Se le da y se le lee, digo él la lee. Se le retira. Y se le pregunta, ahora usted se recuerda. Si no se recuerda entonces la declaración de por sí es admisible, de lo contrario si él se recuerda, una vez se recuerda, pues él no declara con la declaración al frente sino que declara de su recuerdo una vez se le ha refrescado. Esa es la ley.

HON. JUEZ: ...

LIC. GALIB:

Y como estamos en ausencia del jurado, podemos ir...

Veamos parte de la continuación de este incidente a la página 188 y siguientes de la transcripción:

HON. FISCAL ROMAN:

O sea, ¿cuál es la razón de que él compañero venga...

LCDO. GALIB: ...

HON. FISCAL ROMAN: ...

LIC. GALIB:

Porque el Fiscal lo que pretende...

HON. FISCAL ROMAN: ...

LCDO: GALIB:

...No es refrescar la memoria del testigo. El Fiscal lo que quiere es impugnar al testigo.

HON. FISCAL ROMAN:

No, no, no.

LCDO. GALIB: ...

HON. FISCAL ROMAN: ...

LCDO. GALIB ...

HON. JUEZ:

Pero es que el Fiscal ha dicho bien claro que el propósito de él es refrescar la memoria. Vamos a ver si refresca la memoria.

LIC. GALIB:

Vamos a ver.

HON. JUEZ: ...

(Entra el testigo)

Continuamos a la página 191 y siguientes de la transcripción:

HON. FISCAL ROMAN:

Le preguntaba testigo, ¿si usted recuerda cuando se le tomó a usted la declaración jurada el 11 de abril de 1985, si a usted se le preguntó específicamente sobre qué documentos le mostró la policía a usted?

TESTIGO:

Sí, señor.

HON. FISCAL ROMAN:

¿Usted recuerda esa pregunta?

TESTIGO:

Puede ser.

HON. FISCAL ROMAN:

Le pregunto ¿si usted recuerda la contestación que usted nos dió a nosotros cuando le tomamos la declaración jurada?

TESTIGO:

Sí, señor.

HON. FISCAL ROMAN:

Le pregunto testigo, ¿si usted recuerda que ese mismo día 11 de abril de 1985, si se le preguntó específicamente a usted sobre si la policía le había mostrado a usted la fotocopia de la hoja de información? ¿Si usted recuerda que se le hiciera esa pregunta?

TESTIGO:

No me recuerdo.

HON. FISCAL ROMAN: ...

TESTIGO: ...

HON. FISCAL ROMAN:...

TESTIGO: ...

HON. FISCAL ROMAN:...

TESTIGO: ...

HON. FISCAL ROMAN:

Debo entender entonces que si no recuerda la pregunta debo entender que tampoco recuerda la contestación a esa pregunta.

TESTIGO:

Correcto.

HON. FISCAL ROMAN:

Correcto, dijo. Le pregunto testigo, ¿hay alguna forma de que usted pueda recordar...

LCDO. RAMOS: ...

LIC. GALIB:

Objeción a esa pregunta.

Continuamos a la página 194 y siguientes de la transcripción:

HON. FISCAL ROMAN:

Vuestro Honor, nosotros lo que estamos tratando es, le informamos al Tribunal que ibamos a hacer unas preguntas a los fines de refrescar memoria cumpliendo con la regla 49.... Lo que está en el tapete ahora es que él no recuerda si se le preguntó en la declaración jurada si le habían mostrado fotocopia y no recuerda lo que contestó. La pregunta que he hecho ahora es si hay alguna forma de que él recuerde que pueda refrescarse la memoria, si le hicieron esa pregunta y lo que él contestó.

HON. JUEZ:

Bien. El Tribunal la va a permitir. Conteste.

HON. FISCAL ROMAN:

Bien. Le pregunto si hay alguna forma de usted refrescarse la memoria para saber si cuando usted se entrevistó por mí el 11 de abril de 1985, si a usted se le preguntó, específicamente, si la policía le había mostrado fotocopia de la hoja de evaluación. Si hay alguna forma que usted pueda refrescarse la memoria para ver si se le hizo esa pregunta el día que se tomó la declaración.

TESTIGO:

Viendo la declaración mía.

Continuamos a la página 195 y siguientes de la transcripción:

HON. FISCAL ROMAN:

Perdone Vuestro Honor. Ante las contestaciones del testigo, Vuestro Honor, vamos a pedir que cumpliendo con la regla 49 se nos permita mostrar la declaración al testigo.

Continuamos a la página 197 y siguientes de la transcripción.

HON. FISCAL ROMAN:

¿Usted leyó esa declaración jurada?

TESTIGO:

Sí, señor.

HON. JUEZ: ...

HON. FISCAL ROMAN: ...

TESTIGO: ...

HON. FISCAL ROMAN: ...

TESTIGO: ...

HON. FISCAL ROMAN:

Le pregunto ahora, si con relación a la pregunta que se le hizo con relación a si se le había mostrado, la policía, a usted fotocopia de la hoja de información, si usted tiene la memoria fresca ahora.

HON. FISCAL ROMAN: ...

TESTIGO:

Si, señor.

HON. FISCAL ROMAN:

¿Nos podría contestar esa pregunta ahora?

TESTIGO:

Si, señor.

Continuamos a la página 198 de la transcripción:

HON. FISCAL ROMAN:

Le pregunto si usted recuerda la contestación que usted dio.

TESTIGO:

Si.

HON. FISCAL ROMAN:

¿Cuál fue?...

Para finalizar este tema de “refrescar memoria” es bueno señalar que, a pesar de que el tribunal permita a un testigo referirse a escritos en ánimo de refrescar memoria, es preferible que el testigo testifique sin esa muleta. Recuerden que si el testigo se ha preparado adecuadamente no tendrá que referirse a esos informes con frecuencia. Si las preguntas que se le formulan se refieren a situaciones donde regularmente el jurado espera que el testigo recuerde sin la ayuda de escritos, el uso de “muletas” debilita su credibilidad.

La actuación del abogado, su “demeanor”, su forma de expresarse, también pueden dar margen a que “su testigo” pierda credibilidad. No es la mejor técnica que el abogado que está interrogando al testigo en el examen directo dé la apariencia o sensación de que está sorprendido o disgustado con la contestación de su propio testigo. Tampoco debe avergonzarse o menospreciar al testigo cuando se reciba una contestación que no le agrada al abogado. El abogado, según Schweitzer,⁹⁷ no debe insistir en la misma pregunta una y otra

⁹⁷ S. Schweitzer, *Trial Guide* 1292, nota 2 (1945). Un método que Schweitzer sugiere para reconstruir una contestación que el abogado conoce que es incorrecta, se explica en el siguiente ejemplo. Digamos que el testigo el día de los hechos conducía su vehículo en dirección

vez en la esperanza que el propio testigo se dé cuenta de su error y de la contestación que busca. Si persiste en la misma línea de preguntas, el testigo podrá darle una contestación peor. Es más práctico olvidarse por el momento de esa pregunta e ir a puntos más familiares al testigo y más adelante regresar al punto original desde una perspectiva distinta.

ESCRITOS DE PASADA MEMORIA

¿Qué debe hacer el proponente cuando el testigo aún después de examinar un objeto o un escrito todavía no puede recordar? Bajo esas circunstancias, si el evento o eventos están perpetuados en un escrito y el testigo no tiene recuerdo al presente sobre dichos eventos, el escrito puede sustituir su memoria y, por lo tanto, el contenido del escrito se puede convertir en prueba sustantiva de los hechos que relata. Es decir, **la inhabilidad del testigo para recordar hace necesario que el proponente recurra a una excepción a la regla sobre prueba de referencia.** Pero, ¿a cuál específicamente? A el

al este, pero ahora en la silla testifical se ha equivocado y dice que conducía hacia el oeste:

“Question: You stated that this car was proceeding along Marcy Avenue at the time of this accident, is that correct?

Answer: Yes.

Question: And you have also stated that the car was proceeding in a westerly direction, is that correct?

Answer: Yes.

Question: Are you generally familiar with the directions of north, south, east, and west in that vicinity?

Answer: I think so.

Question: Could you state whether this car was going toward Main Street, or away from Main Street along Marcy Avenue when this collision took place?

Answer: It was going away from Main Street, just pass it.

Question: Is your memory entirely clear on that point?

Answer: No, not perfectly.

Question: Would you say that your recollection would be aided by reference to Plaintiff's exhibit A, marked for identification, consisting of a diagram of the scene of the accident?

Answer: Yes.

Question: Will you please look at this exhibit and tell us whether it refreshes your recollection of the direction in which your car was proceeding.”

Si al testigo se le va a mostrar un documento para refrescar su memoria, recuerde que el oponente tiene derecho a examinarlo. Es buena técnica permitir al abogado contrario ver el documento antes de que se le entregue al testigo; de esa forma se evita que le interrumpa con un requerimiento al tribunal para que se le permita examinarlo. Véase además, *Civil Trial Manual 2*, Student Edition, págs. 597-598, ALI-ABA Committee on Continuing Professional Education (1987).

concepto de Escrito de Pasada Memoria (regla 65(e) de Evidencia de P.R.⁹⁸ Esta es la cuarta manera de manejar un testigo olvidadizo.⁹⁹

¿Significa esto que el abogado, antes de recurrir a los mecanismos de la Regla 65(E), deberá intentar refrescar la memoria del testigo bajo cualesquiera de los procedimientos anteriormente discutidos?

Aunque en algunas jurisdicciones del "common law" el abogado tiene que intentar refrescar la memoria del testigo antes de ofrecer un memorándum bajo la Regla 65(E), *esto no es un requisito de nuestra regla*. El abogado tendrá discreción para, dentro de las circunstancias del caso, escoger cuál o cuáles de los procedimientos ya discutidos, estima apropiado para la situación particular a que se esté enfrentando en esos momentos.

Antes de entrar de lleno en el tema, **analicemos brevemente el nacimiento de este concepto** de Escrito Pasada Memoria. Aunque históricamente se ha reconocido el uso de un escrito¹⁰⁰ u otro memorando como instrumento de ayuda para el testigo que ha olvidado y desea recordar, nos dice Wigmore: que en los primeros años la diferencia entre los conceptos de refrescar memoria y pasada memoria no era clara. Tanto es así que no es hasta mediados de los 1700's que se concede legitimidad al segundo; la única distinción es que el original debía ser producido.

La confusión de conceptos se debió en gran parte a que el término "refrescar memoria" se utilizaba liberalmente para cubrir tanto a "Revivir memoria" como a "Escrito de Pasada Memoria". Este juego de palabras, según

⁹⁸ Regla 65: Excepciones a la regla de prueba de referencia aunque el declarante esté disponible como testigo.

.....
 "(E) Escrito de pasada memoria: Declaración contenida en un escrito o grabación en relación a una materia sobre la cual el testigo una vez tuvo conocimiento, pero al presente no recuerda lo suficiente para permitirle testificar en forma precisa, si el escrito o grabación fue hecho o adoptado por el testigo cuando la materia estaba fresca en su memoria. De admitirse, el escrito a no ser que fuera ofrecido por la parte adversa."

⁹⁹ I. Younger, *The Advocate's Deskbook, The Essentials of Trying a case*, págs. 195-205; Prentice Hall & Business (1988).

¹⁰⁰ Generalmente asumimos, como una condición fundamental para usar el concepto de Pasada Memoria, que la cosa recordada tiene que haber sido escrita para ser recordada. Sin embargo, Wigmore, sec. 744, señala que:

"yet in psychological experience this requirement is not essential. The tenor of the fact recollected may conceivable be preserved without writing. In practice there is one situation which not only illustrates this theoretical possibility but also demonstrate the wisdom of recognizing it, as an exception to the general rule. That situation is the former oral identification of an utterance, now forgotten. The fact recollected, being a simple one, it suffices if the witness now knows that he did once orally verified it, even if he did not then preserved in writing the circumstance."

Wigmore, es el responsable principal para que aún hoy no estemos claros. Wigmore cita un caso que recoge el uso impropio de este language:¹⁰¹ Hayes, J. in *Lord Talbot v. Cusack*, 17 Ir. Com. Rep. 213.220 (1864).

["To refresh the memory of the witness"], that is a very innaccurate expression, because in nine cases out of then the witness' memory is not at all refreshed; he looks at it, again and again, and he recollecs nothing of the transaction, but seeing that it is his own handwriting, he gives credit to the truth and accuracy of his habits, and, though his memory is a perfect blank, he nevertheless undertakes to swear to the accuracy of his notes."

Con el tiempo, los tribunales norteamericanos enfatizaron la distinción entre el uso de "present recollection" y el uso de "pastre collection" y le dieron legitimidad a uno y a otro.¹⁰² Hoy día ambos tienen un sitio en el sistema doctrinal y práctico del derecho norteamericano y puertorriqueño.

Aclarado lo anterior, pasemos a examinar cual es **la razón de ser del concepto**. El principio en que descansa el uso de "Past Recollection" es claramente el de **necesidad**. El rechazar el "escrito" sería rechazar el mejor y más frecuente medio para conocer la verdad. Según Wigmore, este elemento de **necesidad**¹⁰³ tiene razón de ser en una de dos bases:

1. porque el testigo *no tiene recuerdo*, al presente, o
2. porque un escrito fiel de pasada memoria, de existir, *es más confiable y deseable* que un recuerdo presente de mayor o menor sensación o impresión ("vividness").

Esta última parece ser, según Wigmore, la experiencia general y recoge más el sentir de los jueces. Un escrito fiel, debería ser aceptable, incondicionalmente, sin que tenga que primero probar que el testigo no tiene recuerdo total o parcial al presente. Esto parece lógico, porque por cada momento que transcurre entre el hecho de la anotación y el momento de testificar, el recuerdo presente será inferior en sensación o impresión al recuerdo perpetuado en el escrito.¹⁰⁴ La primera interpretación (no tiene

¹⁰¹ Wigmore, sec. 735.

¹⁰² La doctrina sobre nuevo escrito de pasada memoria ha sido favorecida por los tribunales estatales y federales, *U.S. v. Riccardi*, 174 F. 2d 883 (3er. Cir. (1949)). Su aplicación no priva al acusado de su derecho constitucional a la confrontación y a contrainterrogar al testigo. *U.S. v. Kelly*, 349 F. 2d 720 (2do. Cir. (1965)); *People v. Banks*, 213 N.W. 2d 817 (1974); *People v. Hobson*, 119 N.W. 2d 581 (1963); *U.S. v. Payne*, 492 F. 2d 449 (4to Cir. (1974)); *U.S. v. Sawyer*, 607 F. 2d 1190 (7mo Cir. 1979); *U.S. v. Oates*, 560 F. 2d 45 (2do Cir. 1977) (1969).

¹⁰³ Wigmore, sec. 738.

¹⁰⁴ *Id.*

recuerdo) se llegó a conocer como la “New York doctrine” por ser una de las jurisdicciones donde, por un tiempo, se estableció este requisito.

Es importante señalar que, aunque Wigmore expresa que esta doctrina (New York) se ha seguido en los tribunales federales y en la mayoría de los tribunales estatales y en **Puerto Rico**¹⁰⁵, **esto no es del todo correcto**. ¿Por qué digo esto? Lo que sucede es que la sección 738, nota 5 de Wigmore dice: “Puerto Rico”: *P.R. Laws* T. 32, 2 sec. 2146 (“no recollection of the particular facts”). Si el lector intenta encontrar la sección 2146, antes citada, se dará cuenta que se está citando de la vieja ley de Evidencia de Puerto Rico que leía: Sección 2146. Testigo podrá refrescar su memoria

A un testigo le es permitido refrescar la memoria respecto a un hecho, con cualquiera cosa que hubiere escrito él mismo o bajo su dirección, al tiempo de ocurrir el hecho, o inmediatamente después, o en cualquiera época en que lo tenía presente, en la memoria y sabía que estaba correctamente consignado en el escrito. Pero en este caso, deberá exhibirse el escrito, pudiendo la parte contraria, examinarlo, repreguntar al testigo acerca de él, si así lo deseara y leerlo al tribunal o jurado. Así también podrá un testigo declarar con referencia en dicho escrito, aún cuando no recordase los hechos en cuestión, pero tal evidencia deberá admitirse con cautela.

Podemos observar de la mera lectura de la sección 2146 que, **aquí también**, dentro de la propia sección, **existe una confusión** de conceptos. Si bien esta sección tiene su génesis en la Ley de 9 de marzo de 1905, p. 104, art. 154, y del art. 2047 del Código de Enjuiciamiento Civil de California, lo cierto es que como bien señala Wigmore la sección 2146 goza de lo que se ha conocido como el “New York Doctrine”.

Esto no debe confundirnos, ni llevarnos a inferir automáticamente, que hoy en día nuestras Reglas 49 y 65 (E) todavía siguen la “New York Doctrine”. Desgraciadamente Wigmore no aclara este punto, ni dentro del texto del Volumen III en sí, ni en el suplemento del mismo. La referencia que hace sobre el estado de derecho en Puerto Rico en la nota 5, deja en la mente del lector una inferencia equivocada.

Lo cierto es que nuestra Regla 65(E) ha seguido el enfoque moderno de la

¹⁰⁵ Wigmore, sec. 738, nota 5 menciona a Puerto Rico expresamente.

Regla 803(5) federal,¹⁰⁶ y ninguna de las dos exige que exista en el testigo un “no recollection of the particular fact”.

El criterio de ambas reglas es de “recuerdo insuficiente” no el de ausencia total de memoria sobre la materia. McCormick, *supra*, sec. 302 (1984). Ese “recuerdo insuficiente” evita que sobre ese punto el testigo testifique en forma justa y correcta por lo que es necesario que se recurra al “Escrito de Pasada Memoria”.

¿Significa esto que cuando se recurra al mecanismo de Pasada Memoria todo el contenido de la declaración se tendrá que recibir como prueba sustantiva? No. ¿Por que?

1ro Aunque la regla 65(E) no lo dice expresamente, está sobreentendido que la aseveración contenida en el escrito debe ser una que el testigo de recordarlo y poder testificar, sería admisible. Es por eso que la regla de opinión, entre otras, (o como le llama Younger, “*la regla de la no opinión*”) serviría como barrera a la admisibilidad de una aseveración escrita que resulte ser una opinión de las que no le son permitidas a los testigos expresar.

2ndo Este proceso tiene la característica de lo que comenzó como “viva voce evidence”, evidencia testimonial, por testigo contestando preguntas, ya

¹⁰⁶ “(5) **Recorded recollection.** A memorandum or record concerning a matter about which a witness once had knowledge but now has insufficient recollection to enable the witness to testify fully and accurately, shown to have been made or adopted by the witness when the matter was fresh in the witness’ memory and to reflect that knowledge correctly. If admitted, the memorandum or record may be read into evidence but may not itself be received as an exhibit unless offered by an adverse party”.

Aunque la sección 1237 del Código de Evidencia de California sigue los principios de la regla federal, existe cierta diferencia entre una y otra, quizás más aparente que reales debido a lo detallado de la regla de California:

“Sec. 1237. Past Recollection Recorded. (a) Evidence of a statement previously made by a witness is not inadmissible by the hearsay rule if the statement would have been admissible if made by him while testifying, the statement concerns a matter as to which the witness has insufficient present recollection to enable him to testify fully and accurately, and the statement is contained in a writing which:

- (1) Was made at a time when the fact recorded in the writing actually occurred or was fresh in the witness’ memory;
 - (2) Was made (i) by the witness himself or under his direction or (ii) by some other person for the purpose of recording the witness’ statement at the time it was made;
 - (3) Is offered after the witness testifies that the statement he made was a true statement of such fact; and
 - (4) Is offered after the writing is authenticated as a accurate record of the statement.
- (b) The writing may be read into evidence, but the writing, itself may not be received in evidence unless offered by an adverse party.”

no lo es. Al momento que la declaración escrita se somete en evidencia estamos ante prueba documental por lo que el proponente deberá tener en mente las reglas que son pertinentes a la presentación de la prueba documental. Toda prueba documental puede presentar cuatro controversias evidenciarias. No es que tengan que surgir, pero pueden. Estas son: Parol Evidence, Best Evidence, Autenticación y Prueba de Referencia. De ser así, estas tendrán que ser superadas para poder ser admitidas en evidencia.

Por ser la regla 65(E) una de las excepciones a la regla de prueba de referencia no sería un impedimento para que se admitiera la aseveración a pesar de la existencia de la Regla de Prueba de Referencia. Tampoco será un obstáculo su autenticación ya que el propio testigo o el tercero que prepare el escrito o ambos, podrán autenticarlo. Situación distinta se da en relación a la Regla de la Mejor Evidencia, que distinto al procedimiento para refrescar memoria (Regla 49) donde cualquier cosa puede utilizarse, cuando hablamos de Pasada Memoria, ante una objeción de mejor evidencia, debe producirse el documento original o cumplirse con las excepciones a la regla, Wigmore, sec. 749. El propósito al requerir el original es proteger contra error y darle la oportunidad al oponente de rectificar la naturaleza del documento y medir su valor. Aún cuando se permita una copia, existe la necesidad de que el oponente vea el documento y así se prepare para interrogar al testigo. Wigmore, sec. 753.

¿Qué exige nuestra regla 65(E) para que la declaración sea admisible?

Una declaración contenida en un escrito o grabación es admisible como excepción a la Regla de prueba de referencia¹⁰⁷ cuando el testigo testifica que él lo hizo o lo adoptó¹⁰⁸ o se hizo bajo sus instrucciones y que él en un momento, tuvo conocimiento personal de los hechos.¹⁰⁹ y que el escrito, cuando fue preparado¹¹⁰ era un registro correcto de los hechos y que después de él examinar

¹⁰⁷ Regla 65(E) de Evidencia; *U.S. v. Mickie*, 869 F. 2d 473, 477 (7mo Cir. 1988).

¹⁰⁸ "Adoptar" incluye una situación donde otra persona prepara o crea el documento pero el testigo comparó el contenido del documento con su conocimiento personal de los hechos contenidos en el documento cuando éste fue hecho. *A Practical Guide to Federal Evidence, Objections, Responses, Rules and Practice Commentary*, p.12 Boccino & Soenshein, The National Institute for Trial Advocacy (1988).

¹⁰⁹ Notará el lector que la regla 65(E) habla de conocimiento pero no de conocimiento personal. Sobre el particular se ha señalado que «the knowledge required by rule 803(5) is clearly the same sort of first hand knowledge that rule 602 (Regla 38) requires of testifying witnesses..» 4 Louisell Muller, *Federal Evidence*, sec. 445 pág. 632 - 633 (1980); *U.S. v. Edwards*, 539 F. 2d 689, 691, 692 (9no Cir. 1976).

¹¹⁰ El documento no tiene que necesariamente haber sido hecho contemporáneamente con los hechos que recoge, sin embargo, debe haber sido preparado cuando aun estaban frescos en la mente del testigo.

el escrito, no tiene suficiente recuerdo independientemente al presente de los hechos, como para testificar. *Kinsey v. State*, 65 P. 2d 1141 (Ariz. 1937); *Morgan v. Paine*, A. 2d 178 (Me 1973). Cuando se utilizan los mecanismos de refrescar memoria (regla 49) puede ser suficiente, como ya hemos señalado, que se admitan “impresiones” o “creencias”. Es decir, el testigo intenta dar “el mejor de su recuerdo” y el tribunal tomará lo que pueda y no lo excluirá por falta de no tener más.¹¹¹ Sin embargo, cuando el testigo recurre al procedimiento de Escrito de Pasada Memoria, (regla 65(E) debido a que su recuerdo no podrá evaluarse ampliamente mediante un conainterrogatorio, se le exigirá algo más positivo, satisfactorio en si mismo y no meramente lo mejor disponible.

Para poder lograr esta **confiabilidad** y sentar bases; el juez debe estar satisfecho que el escrito fue hecho en un momento cuando los eventos estaban frescos en la mente del suscribiente y el testigo da fe de la autenticidad del escrito y de la veracidad del mismo. **Esto lo puede lograr de una de dos maneras:** o asevera que cuando él inicialmente pasó juicio sobre el contenido del récord, conocía sobre su corrección o, debido a su práctica general habitual debió pasar juicio sobre su corrección. Ambas son suficientes. Su garantía de confiabilidad surge precisamente de las circunstancias en que se preparó el escrito.¹¹² Si ha pasado un tiempo sustancial entre las observaciones del testigo y la preparación del documento sería un factor a considerarse contra su admisibilidad.¹¹³ El requisito que el escrito o grabación refleje el conocimiento del testigo correctamente no aparece del texto de nuestra Regla 65(E). Sin embargo, si aparece textualmente en la regla federal equivalente 803(5). Esta aparentemente discrepancia es solo eso, ya que del comentario que acompaña a la regla se sobreentiende que es un requisito que el escrito o récord sea preciso. Más aún, por tratarse de prueba de referencia, aunque admisible por vía de excepción, se requiere que el récord refleje correctamente el conocimiento del declarante.¹¹⁴ Una vez establecida esta garantía es inmaterial que no haya

¹¹¹ *Wigmore*, sec. 745.

¹¹² Cotchett and Elkind, *Federal Courtroom Evidence*, pág. 145-147, Parker & Son Publications, Inc. (1985); *Wigmore*, sec. 745, nota. 5.

¹¹³ La regla 65(E) no exige que el escrito haya sido preparado «cercano al momento» o “inmediatamente después” ni “contemporáneo”. Lo importante es que “fue hecho o adoptado por el testigo cuando la materia estaba fresca en la memoria”

¹¹⁴ La regla 65(E) goza de ciertas características muy parecidas a las de la regla 63 y estas son el uso de las palabras “declarante” y “testigo”. En ambas reglas el testigo y el declarante son los mismos. En la regla 65(E) el autor o adoptante del documento tiene que estar presente testificando en el tribunal. Precisamente su ausencia de memoria justifica la excepción. En la regla 63 se justifica la admisibilidad de la declaración anterior precisamente por estar presente el declarante - ahora como testigo - sujeto a ser interrogado. Ambas reglas tienen un aparente problema de terminología en el contenido en sí de la regla y con el preámbulo y título. *Primer Examen de las Reglas de Evidencia de 1979*, pág. 275.

sido el propio testigo quien efectivamente preparó el escrito, salvo que por las circunstancias particulares, ese hecho de margen a dudar de esa garantía y se rechace el record.¹¹⁵

Notará el lector que en el método conocido como “**refrescar memoria**” cualquier cosa sirve para ello, no necesariamente tiene que ser un escrito, no aplican las reglas, inclusive puede ser algo inadmisibile, no así con “**pasada memoria**”. En ambas se requiere una falta de memoria pero el primero no representa problema de prueba de referencia mientras que el Escrito de Pasada Memoria si.¹¹⁶ En este último la cosa que se presente como evidencia debe contener la información requerida en la pregunta. En ocasiones un mismo objeto puede servir (como una deposición) para ambos propósitos, (refrescar o sustantivo), pero en otras sólo sirva para uno. Otra diferencia es que al “refrescar la memoria” la cosa que refresca la memoria es para el uso del testigo, no para el jurado. Sin embargo, en el caso de “**pasada memoria**” se somete la cosa en evidencia precisamente porque el testigo no puede ser ayudado a recordar.

Bajo el concepto de “Pasada Memoria” el proponente puede publicar el contenido del escrito de una de dos maneras: o se le lee al jurado o, en ocasiones el tribunal permite se lo den al jurado para su examen. Sin embargo, tanto la Regla Federal 805(5) y la Regla 65(E) de Puerto Rico, taxativamente prohíben que el mismo sea recibido en evidencia como exhibit a no ser que fuese ofrecido por la parte adversa.¹¹⁷ Esto es así porque el documento es el equivalente del testimonio oral y conllevaría un énfasis indebido en dicha prueba si se le permitiera al jurado examinarla. Sería como llevarse al testigo al salón de deliberaciones.¹¹⁸ El propósito de la regla es fomentar que los testigos testifiquen de memoria y no permitir ventaja indebida a una parte. Pero como esta prohibición, se hizo para la protección de la parte adversa, si la parte adversa entiende que le es conveniente, entonces a dicha parte sí le será permitido ofrecerla formalmente en evidencia como exhibit.

Visto al análisis anterior algunas personas se preguntarán cómo es posible que si el testigo no recuerda, pueda éste asegurar que el escrito, su contenido,

¹¹⁵ *Wigmore*, secs. 746 y 748.

¹¹⁶ En *Baker v. State*, 35 Md. App. 593, 371 A. 2d 699 (1977), el tribunal resume ambas doctrinas y señala su diferencia.

¹¹⁷ Véase además la Regla 180 de Procedimiento Criminal de P.R. y la jurisprudencia que la interpreta; Fed. R. Evid. 803(5); *U.S. v. Judon*, F. 2d 1289 (5th Cir. 1978) (Su admisibilidad, aunque fue error “harmless”).

¹¹⁸ Anteriormente los tribunales exigían que el testigo hubiera olvidado el evento completamente. Hoy basta que su memoria esté solo “nublada” El lenguaje de la última oración de la Regla 65(E) es indicativo de que por lo menos parte del escrito pueda ser admitido si el testimonio no es claro o si es vago. *U.S. v. Barrow*, 363 F. 2d 62 (3er Cir. 1966).

es correcto. Lo importante es que se demuestre que el que lo preparó siempre tomaba las medidas necesarias, gran cuidado (Regla 20(D) en su preparación, o por lo menos, las tomó en este caso. Sobre esto nos dice Inwilkieried:¹¹⁹

“The witness can vouch that when he or she prepared the record, the record was accurate. Ideally, the witness will recall the very occasion on which he or she prepared the document. Alternatively, the witness may testify that he or she habitually records that type of information and that their habit is to record the information carefully. A police officer assigned to the traffic detail could give that type of testimony about measurement at accident scenes. Finally, in some jurisdictions, it is acceptable if the witness at least recognizes his or her handwriting on the document. In this last situation, in reality the witness is vouching for his or her own honesty; they are really testifying that they are an honest person and would not knowingly record false data.”

Por estar tan íntimamente ligados, ambos procedimientos (refrescar memoria y pasada memoria) veamos ahora, en casos de deposiciones, a las dos en acción. Aunque no he visto muchos abogados utilizar correctamente estos procedimientos, en combinación, uno con el otro, lo cierto es que no se requiere que el proponente intente primero refrescarle la memoria al testigo con el escrito, para que entonces proceda a utilizar el procedimiento de la Regla 65(E), pero en ocasiones es buena estrategia forense así hacerlo. Tan pronto el testigo asevera que no puede recordar, el proponente debe sentar las bases de escrito de **pasada memoria** y no la de refrescar memoria, estas son:

1. El testigo en una ocasión era competente, tenía conocimiento personal. Percibió y recordaba.
2. El testigo ahora es incompetente debido a que no recuerda.
3. El testigo posteriormente a los hechos y mientras todavía era competente, preparó un documento, un record, un escrito sobre estos hechos; o el mismo fue preparado por un tercero y adoptado por el testigo cuando los hechos todavía estaban frescos en su memoria.¹²⁰
4. El testigo puede certificar que cuando se preparó el documento o lo adoptó el contenido era correcto.

¹¹⁹ *Evidentiary Foundations, supra*, pág. 177.

¹²⁰ *Dickinson Supply Inc. v. Montana-Dakota Co.*, 423 F. 2d 106 (8vo Cir. 1970); *U.S. v. Patterson*, 678 F. 2d 744 (9no Cir. 1982).

Una vez sentado esas primeras cuatro bases de escrito de Pasada Memoria, **es entonces que se le hace llegar el documento al testigo** para intentar lograr revivirle la memoria. Si el intento es fructífero, el testigo continúa testificando según lo exige el principio de “Escritos para Refrescar Memoria”. Pero **si el intento resulta infructuoso**, la inhabilidad del testigo para recordar, sienta las bases del quinto y último elemento de “Pasada Memoria” que es precisamente ese, el no recordar completamente o parcialmente los datos aún después de examinar el documento.

Si seguimos esta técnica, no importa cuál resulte ser la contestación del testigo, el proponente logrará obtener “el testimonio” deseado,¹²¹ de una (refrescar memoria) u otra forma (pasada memoria).

Finalizado nuestro análisis práctico de como ambos concepto se pueden integrar, cuando lo utilizado es una deposición, veamos separado uno de otro. Como no siempre lo utilizado sera un escrito comencemos con **refrescar memoria** e independiente de que la cosa usada sea una deposición u objeto¹²², reduzcamos el procedimiento a unos pasos prácticos y sencillos:

- (a) establecer la falta de memoria del testigo - el testigo asegura que no recuerda,
- (b) el testigo manifiesta que cierto escrito u objeto puede ayudarle a refrescar su memoria,
- (c) mostrar al testigo el documento u objeto e indicarle que lo lea para sí mismo o que lo examine, según sea el caso,
- (d) preguntarle si ya lo leyó o examinó,
- (e) preguntarle si su memoria ha sido refrescada en cuanto al hecho olvidado,
- (f) retirarle el documento u objeto al testigo,
- (g) re-hacer la pregunta que originó el fallo de memoria,
- (h) el testigo testifica de su memoria revida.

Reduzcamos ahora a unos pasos prácticos y sencillos el concepto de **Pasada Memoria**:¹²³

¹²¹ Recuerde el lector que el ataque a la credibilidad de un testigo cuya declaración contenida en un escrito de pasada memoria sea admitida en evidencia, será fácilmente obtenido tan pronto el testigo admita que él no recuerda el evento allí informado y norecuere al presente que lo allí informado sea preciso. Véase para más detalle, *Los Medios de Impugnación*, Batista Ortiz, *supra*; véase además la regla 67 de Evidencia.

¹²² Véase escolios 6 y 7 de este trabajo.

¹²³ Recuerde el lector que aquí si tiene que tratarse de un «escrito» o grabación.

1. La aseveración debe ser una que al declarante si fuera testigo podría expresarla en el tribunal, en su testimonio.
2. "Recuerdo insuficiente"
3. La aseveración fue hecha al momento de la ocurrencia del hecho o un tiempo después cuando aún estaba fresco en su mente.
4. El escrito debió ser hecho por el propio testigo o por un tercero bajo sus instrucciones, o por otro que lo anotó al momento en que el testigo lo expresó con la intención expresa de hacer un registro de la aseveración del testigo. Esto implica que el testigo-declarante no tiene necesariamente que haber examinado el escrito ni conocer su contenido. Pero este tercero puede asegurar que anotó correctamente lo que el testigo-declarante expresó.
5. El testigo deberá testificar en el tribunal que la aseveración que entonces hizo era una que correctamente refleja los hechos según el los observó, etc...
6. El escrito debe ser autenticado como que refleja correctamente la aseveración del testigo - declarante. Si el mismo preparó el escrito, bastará su propio testimonio, igualmente si otro lo preparó pero él lo examinó una vez fue preparado. Si otro lo preparó, este podría testificar y asegurar que recoge lo que el testigo - declarante dijo.

CONCLUSION

Hemos visto que es frecuente que durante el examen de un testigo este exprese no recordar algunos detalles. En otras ocasiones el testigo puede ser que no recuerde extremos importantes sobre hechos que normalmente seria de esperarse que recuerde. En el primer caso el uso de previas declaraciones del testigo, bien para refrescarle la memoria o para impugnarle, no ha presentado mayores dificultades. Vemos también que para Refrescar la Memoria del testigo, cualquier cosa puede ser utilizada, pero no así para Pasada Memoria. También sabemos que en los casos que el testigo dice no recordar una parte sustancial o la totalidad de lo declarado, puede ser fingido pero también puede estar diciendo la verdad. Corresponde al Juez que preside la vista tomar la determinación sobre este particular. *Pueblo v. López Reyes, supra*, pág. 385.

Con el correr de los años se han creado ciertos mecanismos que permiten a los abogados litigantes enfrentarse a la problemática del testigo olvidadizo.

El propósito histórico en la creación de los últimos dos conceptos discutidos (**Refrescar Memoria** y **Pasada Memoria**) era asegurar la mejor memoria disponible del testigo a la vez que velara contra el uso indebido de documentos. Sin embargo, *Wigmore*, sec. 755, nos llama la atención que con el correr de los años, estos dos mecanismos sobrepasaron sus propósitos y se salieron de

proporción en relación a los riesgos. El mensaje claro es que los tribunales deben de tratar estos procedimientos no como un fin en sí mismos, sino como ayuda en la búsqueda de la verdad y deben de utilizar su discreción liberalmente en favor de admisibilidad. Es importante, que en lo posible, los tribunales dejen atrás los formulismos y tecnicismos y cumplan con los principios encarnados en la regla 2 de las de evidencia.

Pero recuerde el lector que existen otros dos mecanismos, que también colaboran en la búsqueda de la verdad, cuando de testigos olvidadizos se trata; **el receso y la pregunta sugestiva**. Es obvio que algunas restricciones existen y deben de permanecer. Pero en circunstancias apropiadas unos y otros sirven para agilizar el proceso judicial, y buscar la verdad que a fin de cuentas es lo realmente importante.

