

Colección Litigación y
enjuiciamiento penal adversarial
Director
Dr. Alberto Binder

Manual de litigación

LETICIA LORENZO




edicionesDidot

11. EL JUICIO

En esta última parte del Manual nos dedicaremos a analizar en forma específica las herramientas de litigación que los abogados deberán manejar para concurrir al juicio oral, siguiendo la división ya trazada al inicio de esta Tercera Parte de acuerdo a la finalidad de cada herramienta puntual. Dividiremos la estructura del juicio en tres fases: anuncio de información; producción de la prueba; cierre del debate y valoración de la información.

Anuncio de información

11.1. Anuncio de la información. Alegato de apertura

Una vez instalada la audiencia de juicio, el juez dará la palabra a cada una de las partes para que presente su caso, para que realice su alegato de apertura. Como describiremos en los apartados siguientes, este momento del juicio es de suma importancia para las partes ya que es la oportunidad de anunciar cuál será su accionar en el transcurso de la audiencia.

Para generar la imagen de lo que constituye el alegato de apertura, pensemos en un cine. Cuando vamos al cine, generalmente antes de que inicie la película que fuimos a ver, se proyectan los avances de los futuros estrenos. Muchas veces a partir de esos avances es que decidimos qué película iremos a ver en el futuro: si el avance nos genera interés, entonces estaremos más dispuestos a ver la película que si nos parece un verdadero bodrio. El avance de los estrenos se construye de tal manera de mostrar partes de la película que llamen la atención al público pero, a la vez, sin dar tanta información como para que los futuros asistentes decidan no verla porque ya saben todo lo que pasará. Con el alegato de apertura sucede lo mismo: los litigantes tendrán que anunciar la información clave como para que el tribunal que juzgará el caso tenga una ruta más o menos clara de las direcciones a las que apuntará su labor, sin hacer del alegato el juicio en su totalidad, es decir: sin intentar "probar el caso" en el alegato de apertura.

Dentro de la analogía con las películas, también suele sucedernos a quienes nos dejamos cautivar por los avances de los futuros estrenos que luego concurrimos al cine a ver una película que parecía ser espec-

tacular y quedamos totalmente desilusionados porque se exageraron las virtudes de la película en cuestión. Con los alegatos sucederá lo mismo: al igual que en todo el trabajo de litigación, la modestia es buena guía para ejercer nuestra labor. Si el litigante anuncia un caso contundente, lleno de pruebas, irrefutable y luego resulta siendo que su caso en el debate se convierte en bastante difícil de sostener, eso jugará en su contra. Las promesas se cobran y eso debe tenerlo en mente todo litigante desde su primera actuación en la audiencia.

Pasemos a continuación a revisar algunos aspectos relevantes vinculados al alegato de apertura en juicio.

11.1.1. ¿Qué es el alegato de apertura?

Como ya hemos mencionado, el alegato de apertura es la primera oportunidad que cada litigante tendrá de anunciar su caso en el juicio; su primera oportunidad para exponer la teoría del caso que intentará probar (o refutar, en el caso de la defensa) en el transcurso del debate oral.

En términos de principio, podemos pensar al alegato de apertura como la herramienta de litigación que permite a los litigantes fijar **la pertinencia** de su actuación en el debate y, por ende, ejercer el principio de contradicción a la contraparte. Nos detendremos en este punto para aclararlo mejor.

Hemos hecho mención de que una de las discusiones sobre la prueba que se dan en el transcurso de un proceso es el de la pertinencia de ésta. Ello no es un tema "grueso" sino que abarca múltiples posibilidades de cuestionamientos: la posibilidad de testificar de una persona; la necesidad de ingresar o no al juicio una determinada prueba material; la facultad o no de hacer determinada pregunta a determinada persona; la posibilidad o no de responder determinada pregunta por una persona que ha sido llamada a declarar; etc.

Decíamos, cuando nos referíamos a la audiencia de control de la acusación, que en términos de pertinencia es recomendable que los jueces tengan un criterio flexible ya que lo que a primera vista parece ser impertinente en términos de posibilitar o no su ingreso a juicio, en el desarrollo ya del juicio puede aparecer como relevante para determinar la certeza o no de una determinada proposición fáctica. Nos encontra-

mos entonces, a partir de estas afirmaciones, en una situación en la que algunas pruebas que han sido permitidas para ingresar a juicio sean de pertinencia dudosa. Adicionalmente, aparece la posibilidad de que a la prueba pertinente se le formulen preguntas impertinentes (como veremos cuando desarrollemos el tema de las objeciones).

Y en ese escenario, no podemos perder de vista un dato esencial: los jueces que componen el tribunal de juicio **no conocen el caso**. Recordemos que estamos en el contexto de un sistema acusatorio, en el que el expediente no existe y gran parte de la imparcialidad en la decisión está garantizada por el desconocimiento absoluto que tendrá el tribunal al momento de iniciarse el juicio. ¿Qué problema genera en términos de litigación el desconocimiento del caso por parte de los jueces? Pues si los jueces no conocen el caso y, por ende, no conocen las posiciones de las partes (más allá, por supuesto, de la dinámica propia de un juicio oral en el que habrá una parte que acuse y otra que defienda), difícilmente tendrán la capacidad de definir, en el transcurso del debate, qué actuaciones son pertinentes y cuáles no lo son.

Hemos mencionado líneas arriba al cuestionamiento sobre la pertinencia como una forma de ejercer el principio de contradicción en concreto. Ésto porque, como ya hemos estudiado, el principal contralor de la parte que actúe en una audiencia será su contraparte. Y una de las posibilidades de controlar la actuación que tendrá la contraparte, ejerciendo el principio de contradicción (es decir, oponiéndose a la actuación que en ese momento esté desarrollando la parte) será cuestionar la pertinencia, para que el tribunal de juicio resuelva.

Para posibilitar ese esquema es que se establece como primera actuación de las partes en el juicio la exposición de sus casos: porque al realizar su alegato, al anunciar la teoría del caso que intentarán probar o los aspectos que intentarán desvirtuar, están fijando la pertinencia de sus actuaciones y, en función a ello, cuando el juez deba resolver un cuestionamiento en ese sentido, tendrá un punto de partida al que asirse para tomar la decisión, una referencia con la que contrastar el cuestionamiento que se está realizando. Sin este punto de partida, las resoluciones del tribunal sobre pertinencia pueden resultar en la mera arbitrariedad o proceder sólo en los casos manifiestamente evidentes.

11.1.2. Contenido del alegato de apertura

En tanto hemos dicho que el alegato de apertura constituye un anuncio, su contenido versará principalmente sobre la versión de los hechos que maneje cada una de las partes. El centro del alegato de apertura es la historia que cada parte concurre a contar en el juicio. Y como hemos dicho ya anteriormente, aquí también lo que abunda **sí** daña. No se trata de hacer una historia extensísima, imposible de seguir, llena de detalles, idas y venidas. Sino de identificar claramente dónde está el nudo de la cuestión: la controversia del caso.

Todo el trabajo previamente realizado por las partes, se efectiviza en un buen alegato de apertura: contar una historia, hacerlo en forma interesante, marcar mi línea de trabajo en el juicio y ser breve. No podemos perder de vista que la capacidad de atención de los adultos suele ser mínima a medida que el tiempo transcurre, por lo que si hacemos un relato muy extenso es bastante probable que en la mitad ya nadie nos esté escuchando.

Si el alegato de apertura debe ser un ejercicio claro y concreto, entonces será necesario estructurarlo en forma tal que los miembros del tribunal de juicio, que no conocen el caso, puedan seguir el desarrollo del juicio pensando en el anuncio que hicimos al momento de dar nuestra exposición. Debemos pensar al alegato de apertura como el par de anteojos que queremos entregarle al tribunal de juicio para que observe lo que sucederá de ahí en más con una mirada similar a la nuestra.

Concretamente, es recomendable hacer una introducción en la que se identifique a las partes en conflicto, una descripción del hecho que incorpore los detalles necesarios (sólo los necesarios) para que el tribunal pueda tener una idea concreta de lo que verá a continuación y un anuncio de los elementos de los que cada litigante se valdrá para acreditar sus afirmaciones o desacreditar las de la contraparte.

Muchos autores sugieren que el alegato de apertura es un buen momento para anunciar el "tema" del juicio. Esto implica tener la capacidad de sintetizar, en una sola frase corta, recordable y de impacto, el meollo de la contradicción que se suscitará en el juicio. Generalmente tendrá relación con la intención que tuvieron las partes (víctima o acusado). Cosas tales como "lo mato para no morir", "le quitaron el dinero de toda su vida", "despreció la vida por un puro interés material" son frases que suelen

ocupar los titulares. Y los titulares suelen quedar en la mente de los seres humanos con más frecuencia que el contenido de las noticias. Es en ese mismo sentido que los autores recomiendan a los litigantes encontrar el "tema", anunciarlo en el alegato de apertura e ir utilizándolo en el transcurso del debate de forma tal de que sea luego considerado por quienes tomarán la decisión. Si se identifica un tema que puede utilizarse como hilo conductor del caso, es un buen método para fijar una posición y, a la vez, demostrar consistencia en la actuación. Sin embargo, no es una tarea fácil y requiere de mucha destreza por parte de los litigantes, ya que no se trata de convertir sus casos en periodismo amarillo.

En definitiva, el alegato de apertura es el anuncio en juicio de mi propia teoría del caso. Con algunas variantes de acuerdo a los sistemas: en tanto habrá sistemas en los que se exija el anuncio de la prueba en el alegato de apertura, en otros (generalmente en los que tienen un control previo de la acusación y una discusión probatoria más estricta antes de llegar al juicio) lo central serán los hechos y estará a discreción de las partes anunciar con qué prueba demostrarán cada extremo. Lo importante es tener la capacidad de, en forma breve, presentar al tribunal la historia que verán en el transcurso del juicio. Y hacerlo en forma parcial: proponiéndoles una determinada explicación de la historia. No podemos perder de vista que, llegados a juicio, la acusación estará convencida de que la persona acusada debe ser condenada, y desde ahí planteará su posición; en tanto la defensa estará convencida de que la persona acusada debe ser absuelta y desde allí mirará el juicio. El desafío para los litigantes es lograr que el tribunal que sentenciará asuma su mirada. Y este desafío parte desde el alegato de apertura.

11.1.3. ¿Qué no hacer en un alegato de apertura?

En primer lugar, veamos qué no debemos pensar en un alegato de apertura: no podemos pensar que por tener buena retórica y capacidad de hilar varias frases en forma efectiva, vamos a convencer al tribunal aún sin habernos preparado. Insistiremos en esto: el trabajo previo al juicio es fundamental para un abogado: conocer su caso, saber las normas involucradas, tener claridad sobre la prueba. Todo ello, que implica preparación específica, no se suple con un discurso bonito ni con una buena postura. Como ya hemos referido anteriormente: si un

abogado cree que la suerte o su "buena estrella" lo ayudará a ganar casos, es mejor que juegue a la lotería.

En segundo término, el alegato de apertura no debe extenderse más allá del tiempo en que razonablemente una persona puede prestarnos atención. La observación de ciertas audiencias nos lleva a pensar que muchos abogados creen que cobrarán más en cuanto más palabras pronuncien. En términos de anuncio de información, debemos considerar que cuanto más extensa sea nuestra intervención en el alegato, más grande será nuestro compromiso probatorio en el transcurso del juicio. Y es una regla de oro que no puedo comprometerme a probar lo que luego no podré probar en el juicio. Las promesas se cobran. Por ello, la brevedad en el anuncio de información, es una buena herramienta para evitar disgustos posteriores.

En tercer lugar, es importante tener claro que el alegato de apertura no es el momento de realizar argumentaciones. En términos de litigación argumentar significará, básicamente, decirle al tribunal por qué debe considerar mi posición por encima de la expuesta por la contraparte, por qué debe valorar mi prueba y fallar en mi favor. Desde el diseño normativo, está prohibido argumentar en el alegato de apertura: yo no puedo decir en mi alegato de apertura que el tribunal *"escuchará a la testigo Juana Pazos y verá que su testimonio es creíble en función de que es una mujer que no tiene relación con el caso, no conoce a las partes, no tiene interés alguno, no tiene razones para mentir y, además, su testimonio será crucial para dilucidar los sucesos ya que ella vio al acusado dispararle a la víctima"* porque si hago eso, estoy anticipando sucesos que aún no ocurrieron: la prueba aún no se produjo, la testigo en cuestión no ha sido presentada en el juicio, examinada por la parte proponente ni contraexaminada por la parte contraria y, en consecuencia, hablar de la "credibilidad del testimonio" o de lo crucial de su información para decidir el caso, es incorrecto. Veremos más adelante que hay un momento para las valoraciones y que no es el alegato de apertura. Por otra parte, más allá de lo normativo tampoco es conveniente realizar este tipo de argumentaciones en los alegatos de apertura en términos estratégicos: ¿qué sucede si la testigo Juana Pazos concurre al juicio y dice que no vio nada?, ¿o dice que es pariente de la víctima y quiere justicia para el muerto? Estratégicamente, un abogado que en el alegato de apertura hace alarde de su prueba ya sea en lo que refiere al contenido o en cuanto a la credibilidad de ésta, se compromete más allá

de lo que efectivamente puede, puesto que no sabe cómo resultará la declaración de un testigo, un perito o la introducción de una prueba en el desarrollo del juicio. Por ello no es recomendable tampoco desde el punto de vista estratégico argumentar durante el alegato de apertura.

En cuarto lugar, las partes deben tener muy claro que el alegato de apertura no es **una relación del expediente**. No se trata de contar cómo se desarrolló la investigación: si se ha llegado hasta la instancia de juicio el tribunal asumirá varias cosas: que existe un hecho controvertido; que las partes tienen evidencia para sostener su posición; que la etapa de investigación fue adecuada ya que, caso contrario, las partes no habrían llegado a esta instancia en virtud a los controles que ejerce el juez de control de garantías. Entonces, la investigación está fuera de juego en el juicio. Cuando un abogado concurre a mencionar en el transcurso de su alegato de apertura cómo actuó el policía investigador, cuáles fueron sus acciones, en qué orden las realizó, qué pericias se solicitaron, cuáles fueron los procedimientos para las incautaciones, etc., etc., etc., está realizando la relación de la investigación, el relato de lo que se hizo una vez que el hecho **ya ocurrió**. Al tribunal, lo que le interesa es **el hecho**. Lo mismo aplica para la defensa: cuando en el alegato de apertura la defensa se dedica a anunciar lo mal que se hizo la investigación, las contradicciones entre fojas "x" y fojas "y", los vicios formales, está atrapada en la misma lógica: discutir la prolijidad del expediente. Ya hemos dicho la finalidad del alegato de clausura, y dista bastante de vincularse con el expediente.

Finalmente, el alegato de apertura tampoco es un espacio para los discursos emotivos. Las películas y series de abogados suelen recurrir al recurso de la emotividad en los alegatos hasta el punto de hacernos creer que así se ganan los juicios. Pues no. Un recurso válido y útil en el entorno del entretenimiento no puede trasladarse al entorno de la litigación. El hecho de que logremos que el tribunal de juicio se eche a llorar desconsoladamente por lo conmovedor de nuestros dichos no variará en mucho su decisión contraria a nuestra postura si no presentamos un caso firme. Por ello, intentar apelar al corazón, sentimiento, emociones del tribunal en el alegato de apertura es una pérdida del tiempo que tenemos para presentar nuestro caso y mostrar que tenemos una versión sostenible. No se trata por supuesto de concurrir a la audiencia y hacer nuestra presentación sin

que se mueva un músculo de nuestra cara; pero sí de tener claro que lo que nos permite ganar los juicios, es el conocimiento del caso y la preparación adecuada para litigarlo.

11.1.4. Actuación de la acusación

La acusación tiene un deber fundamental en la exposición del alegato de apertura y es el de hacer conocer con claridad el hecho por el que se ha llevado a juicio a la persona acusada. En ese sentido, tendrá una obligación de claridad en su relato y de amplitud en todos los aspectos que vayan a discutirse en el juicio, de forma tal de no provocar indefensión posteriormente a la persona acusada. Reiteramos que esto no implica que la acusación deba tomarse dos días de juicio para hacer su alegato de apertura, pero sí que debe presentar con claridad su teoría del caso, marcar el hecho controvertido y anunciar cómo acreditará su posición en el transcurso del debate.

Es importante señalar, en ese contexto, que la lectura de la acusación no cumple el estándar de lo que se espera de un fiscal en el alegato. La acusación escrita suele ser un documento formal, plagado de términos incomprensibles y con una estructura bastante poco amigable para hacer ver al tribunal de juicio y a la persona acusada cuál será el camino que seguirá la acusación para probar su caso. Por ello, dar lectura a la acusación como forma de cumplir con el deber de realizar el alegato de apertura, debería considerarse una mala práctica desde la acusación, que debe realizar el esfuerzo de prepararse en forma adecuada y exponer su teoría del caso de modo comprensible.

11.1.5. Actuación de la defensa

En el caso de la defensa, existe una discusión bastante extendida sobre la obligación o no de presentar un alegato de apertura. Hay quienes sostienen que en función a que la defensa no tiene una obligación probatoria, sino que es la acusación la que tiene la carga de la prueba, es perfectamente posible que la defensa no haga un alegato de apertura y desarrolle luego su "estrategia" en el transcurso del debate.

No compartimos esa opinión. Desde el punto de vista de los principios, como hemos desarrollado al inicio del tema, el alegato de apertura

tiene una función bastante definida: comunicar al tribunal de juicio dónde está la controversia y cuál será la actuación pertinente. Si como defensa decidimos no realizar el alegato de apertura y el tribunal nos lo permite, estratégicamente podremos tener una libertad mayor para variar nuestra teoría del caso en el transcurso del debate, puede ser (aunque es bastante discutible el punto), pero también correremos el riesgo de que el tribunal, a pedido de nuestra contraparte, nos impida actuar, hacer preguntas, controlar información alegando que la actuación es impertinente. Si nosotros no fijamos de inicio cuál será nuestro curso de acción, al tribunal le será mucho más difícil luego discernir, en el transcurso del debate, sobre cuáles actuaciones son pertinentes y cuáles no desde nuestra posición.

Otra cuestión que suele presentarse a menudo en los alegatos de apertura de la defensa es la recurrencia permanente a las normas internacionales, constitucionales y/o legales sobre la garantía de la defensa en juicio y el derecho a ejercer la misma. Consideramos que esta es otra mala práctica de parte de los defensores. Como hemos referido en otros lugares en este Manual, por principio "el juez conoce el derecho", lo que no conoce son los hechos del caso concreto, los cuestionamientos que se plantearán, la teoría del caso alternativa que se intentará demostrar. Por ello, creemos más eficiente ocupar el tiempo en aquellos extremos que al tribunal le resulten de interés en lugar de recordarle lo que ya sabe.

11.1.6. Actuación judicial

Hemos mencionado al iniciar esta Tercera Parte que a diferencia de la dinámica de las audiencias previas, en juicio la actuación del juez tendrá un carácter mucho más pasivo, limitando su actuación a resolver las controversias específicas que puedan darse entre las partes. Sin embargo, dado que la función del tribunal durante el desarrollo del juicio es la de conducir el debate y usar llegado el caso el poder disciplinario, sí existen algunas previsiones que puede tomar previamente a dar la palabra a los abogados para que realicen sus alegatos de apertura respectivos: advertir los límites de la intervención de cada una de las partes en función al momento procesal específico. Recordar que el alegato de apertura

- Debe establecer, en forma clara y precisa, el hecho controvertido en el juicio y la pertinencia de lo que se actuará en el desarrollo del mismo.
- No es una instancia de prueba.
- No es una instancia para repetir lo que ha sido presentado en forma escrita.
- No es una instancia para hacer citas normativas ni doctrinales.

Sobre todo en sistemas con poca experiencia en el desarrollo de un sistema acusatorio, el "marcar la cancha" por parte de los jueces previamente a posibilitar las intervenciones de las partes puede ayudar a que los debates se realicen en forma más ordenada. Obviamente esto no significa, en ningún caso, que los jueces puedan en forma arbitraria limitar las intervenciones de las partes; pero sí es conveniente recordar las funciones de cada herramienta procesal.

Producción de la prueba

Realizados los alegatos de apertura, se abrirá la fase de producción de prueba concretamente. Es en esta fase del juicio donde más claramente se verá la contradicción entre las partes, ya que en tanto una presente su prueba, la otra realizará un control de la misma pudiendo cuestionar su ingreso, la pertinencia de las preguntas, la utilización de los objetos, etc.

La presentación de la información se realizará en primer término por la acusación, a través del fiscal en los casos en que sólo haya acusación pública o incorporando al o los querellantes en los casos en los que exista también acusación privada. Una vez presentada toda la información por el o los acusadores, tocará el turno a la defensa de presentar su propia información, si es que la tuviera. El orden de producción de la prueba responderá a la estrategia de las partes; ello implica que cada actor decidirá qué prueba presenta primero. Las normas procesales tienen, generalmente, una regulación determinada que inicia con la prueba testimonial, luego la pericial y finalmente la material; esto tiene que ver con la necesidad de establecer reglas específicas para cada tipo de prueba y no con que ese sea el orden mandado para las partes. Por tanto, si en un caso concreto la acusación desea iniciar su presentación de prueba llamando a un perito, podrá hacerlo. Insistimos: el orden

en que cada parte presenta su prueba es una cuestión estratégica que responderá directamente a la formulación de su teoría del caso.

A continuación estudiaremos las herramientas de presentación y control de la información.

11.2. Presentación de la información

La presentación de la información constituye la producción de la prueba propia de cada parte que ha sido admitida en la audiencia de control de la acusación para su ingreso al juicio. Realizaremos una división en tres grandes tipos de introducción de información: a través de testigos, a través de peritos y/o a través de prueba material. En lo que sigue intentaremos describir las características del trabajo del litigante con cada una de esas pruebas.

11.2.1. Examen directo de testigos

11.2.1.1. ¿Qué es el examen directo de testigos?

El examen de testigos es una de las principales herramientas con que cuenta el litigante para producir efectivamente la información anunciada en el alegato de apertura. Recordemos que el alegato de apertura es una promesa al tribunal de lo que verá en el juicio, un anuncio. Hasta el momento en que se abre la fase de producción de prueba, nada de lo dicho constituye prueba del hecho.

Los testigos, por ende, serán una de las fuentes de información que tendrá el tribunal para verificar si lo que sostienen los litigantes (los dichos de los abogados no son prueba) se prueba o no en el juicio.

Al volver al lenguaje de la teoría del caso, decíamos que nuestra teoría fáctica estará constituida por una cantidad de proposiciones fácticas, afirmaciones de hecho con porciones pequeñas y concretas de información. Con los testigos, nuestro trabajo será producir concretamente esas proposiciones fácticas. Nuevamente en el caso de la estafa con que ejemplificábamos inicialmente, no bastará que nosotros digamos en nuestro alegato de apertura que María Castaña le mostró a Juan de los Palotes el título de propiedad para que eso se dé por acreditado: Juan de los Palotes deberá concurrir al juicio y afirmar que eso concurrió de

esa manera. ¿Por qué? Porque el tribunal debe **inmediar** con la prueba, no puede confiar ni en lo que nosotros afirmemos que la prueba (en este caso Juan de los Palotes) nos dijo ni en un escrito donde conste la declaración de la investigación dada por Juan de los Palotes. Tanto los dichos de los abogados como las constancias de lo actuado durante la investigación son meros indicios para el tribunal (incompletos, vagos, de baja calidad); para que el tribunal considere acreditada una proposición fáctica la fuente de información deberá concurrir y enunciarla en forma directa, para cumplir con el principio de inmediación con la prueba.

Por ello diremos que testigo es sólo la persona que concurre físicamente a prestar su declaración en el juicio y se somete a las reglas del examen directo y al control propio del contraexamen.

11.2.1.2. ¿Cómo trabajar con los testigos? La preparación previa

Para llevar a una persona a declarar a juicio, el trabajo del litigante comenzará mucho tiempo antes de la audiencia de juicio propiamente tal: es necesario entrevistarse con la persona, tomar conocimiento de los hechos que relata, en la medida de lo posible verificar los mismos para constatar su veracidad, observar la forma de declarar de la persona, el lenguaje que utiliza, sus modos, sus actitudes. No para modificar esto último, sino para adaptarse y saber cómo preguntar para obtener la información que se precisa.

En algunos sistemas procesales está bastante instalada la mítica idea de que los abogados no deben reunirse con los testigos antes del juicio. Desde la lógica de un sistema acusatorio, esto resulta sorprendente: en el contexto de un trabajo planificado estratégicamente, con una teoría del caso elaborada y con la necesidad de ser precisos en el juicio, es prácticamente imposible que un abogado logre buenos resultados en la audiencia de juicio si no conoce previamente su prueba. Desde las prácticas judiciales la instalación de esta idea evidencia una confusión en la comprensión de los fines de las distintas etapas del procedimiento: si un abogado concurre a un juicio a examinar a un testigo que no ha conocido previamente, su trabajo en juicio será prácticamente el de investigar qué información posee este testigo. Y como ya hemos mencionado muchas veces, la investigación se cierra una vez que la acusación

ha sido admitida y ello implica que las partes están lo suficientemente preparadas para defender sus posiciones en el juicio oral.

Es necesario diferenciar entonces la preparación previa que debe realizarse con los testigos de la práctica ilegal de "enseñar" o "peinar" a los testigos para que digan lo que el litigante precise que se diga en el juicio, ya que son dos cosas completamente diferentes. En tanto la segunda es una actividad prohibida, la primera es una actividad central para llegar preparados a juicio. La preparación previa no consiste, solamente, en entrevistarse con el testigo para saber qué es lo que sabe, sino también, implica que el litigante dé al testigo la confianza suficiente para declarar con libertad.

Justamente por ello, dentro de las tareas previas que deben realizarse es importante que el testigo conozca de antemano la dinámica de la audiencia y el rol de cada una de las partes, de forma tal de no encontrarse sorprendido o intimidado al momento de concurrir a una audiencia. Es bastante extendido el temor que los ciudadanos tienen a concurrir a los tribunales; si a una persona le llega una citación sin mayores explicaciones y nadie le dice por qué tiene que ir a un juicio, probablemente su capacidad de relatar lo que sabe esté fuertemente influenciada por la incertidumbre acerca de su situación personal. Los litigantes deben explicar a sus testigos cómo se desarrollará la audiencia, cuáles son las obligaciones que tendrán al momento de declarar, pero también cuáles son sus derechos y cuáles las obligaciones de las partes y el tribunal, de forma tal que las personas no se sientan coaccionadas —o ese sentimiento disminuya— al momento de concurrir a juicio.

En términos de dinámica, también es importante hacer conocer a los testigos qué es lo importante en el juicio: explicarles que la información importante es la que efectivamente haya percibido a través de sus sentidos y no así la que haya conocido por otras personas, o sus opiniones personales sobre determinados temas. De esta manera, haciéndole conocer al testigo las reglas específicas para la declaración de testigos, los litigantes podrán estar más seguros en términos de la declaración que el testigo dará en juicio y evitar posibles cuestionamientos de la contraparte.

Para el litigante es de suma importancia conocer cabalmente la declaración de los testigos, preguntar varias veces sobre los mismos hechos previamente a la concurrencia al juicio, identificar —si existie-

ran— contradicciones, vacíos, ambigüedades y solicitar a los testigos explicación sobre dichos puntos, de forma tal de no encontrarse sorprendidos por la contraparte ya al momento del juicio. En este mismo sentido, si se cuenta con el tiempo y la posibilidad, es importante que el testigo sepa cómo será un contraexamen; si es posible, debe someterse al testigo a un examen y contraexamen en forma previa al juicio, que le permita imaginar cuáles serán las condiciones concretas en que prestará su declaración. Un testigo que sabe de antemano cuál es la dinámica del contraexamen difícilmente ceda a las presiones a las que intente someterlo la contraparte.

Finalmente, en términos de preparación el abogado debe prepararse también para interrogar. Esto implica, al menos, dos cosas.

Por una parte el abogado debe analizar el contenido de la declaración de cada testigo en el contexto de toda su prueba, tener claro que va en el mismo sentido, que no existen contradicciones y, si existen, buscar las explicaciones para éstas. Debe tratar de evitar sorpresas en el juicio y, para ello, debe trabajar en la preparación.

Por otra parte, con relación al testigo concreto, el abogado debe conocer muy bien su lenguaje, sus modismos, su forma de expresión. No para cambiarlos (lo menos recomendable del mundo es que una persona que no completó la formación inicial comparezca a un tribunal hablando como un doctor en leyes), sino para adaptar su propio lenguaje y hacerlo comprensible al testigo y, a la vez tener claro cuándo requerirá de mayores explicaciones sobre los dichos del testigo para que el tribunal comprenda a qué se refiere. Cuando un testigo habla en una determinada jerga, por ejemplo, el trabajo del abogado no se limitará a que el testigo relate, en esa jerga, lo que sabe; su trabajo consiste en hacer que el testigo "traduzca" la jerga en términos comprensibles para el tribunal.

Como puede observarse el trabajo de preparación (que nada tiene que ver con "enseñar" a los testigos) es necesario para lograr un mejor resultado en el juicio. Aquí sólo hemos enunciado algunas de las múltiples tareas que un abogado deberá realizar previamente a concurrir a un juicio para estar preparado en forma adecuada para sostener su posición y acreditar sus proposiciones fácticas.

11.2.1.3. ¿Quién está a cargo del examen directo de testigos?

La conducción del examen directo está a cargo del abogado que propuso al testigo. Si bien esto puede sonar a perogrullada, tiene implicancias que no son menores.

Por una parte, la conducción del examen no debe convertirse en la producción del examen: el litigante no puede comenzar a declarar en lugar del testigo a los fines de mantener la conducción. La versión más extendida de esta situación es la de los abogados que comienzan a hacer preguntas sugestivas y/o compuestas a los testigos de forma tal que la alocución del abogado es lo único que se escucha matizado con algunos "si" de parte del testigo. Más allá de que existe una prohibición específica para esta actuación (no pueden hacerse preguntas sugestivas en el examen directo), lo cierto es que los litigantes, al manejar bien la información que sus testigos poseen (sobre todo si han trabajado en la preparación del caso), se ven tentados a dar la información en lugar de los testigos por múltiples razones que van desde el miedo al olvido o la forma en que el testigo declare hasta la acción casi refleja por haber oído muchas veces la misma historia de boca del testigo. El problema con este accionar es que si nadie lo cuestiona y el litigante va adelante con preguntas sugestivas, posteriormente se verá en problemas en función a que la información, al no haber sido introducida en forma directa por el testigo, difícilmente será valorada como si la persona hubiera declarado abiertamente.

De lo antes dicho podemos concluir que la conducción del examen no significa protagonismo sino todo lo contrario: el litigante debe desarrollar la habilidad para pasar desapercibido durante la declaración del testigo pero, a la vez, estar atento a que la misma produzca las proposiciones fácticas que necesita acreditar de acuerdo a su teoría del caso.

Esto nos lleva a otra situación que debe evitarse: la del abogado que hace una sola pregunta y deja que el testigo declare de ahí en más sobre todo lo que sabe del caso sin introducir ninguna otra pregunta adicional. Esto suele verse, por ejemplo, en las declaraciones de policías; acostumbrados a concurrir a juicios y conscientes sobre cuál es la información que deben brindar, el abogado pregunta "cuál fue su intervención en este caso" y el policía relata todo lo que sucedió de principio a fin. Esto genera varios inconvenientes:

- Por una parte es un fuerte indicador de que el testigo, más que preparado, viene enseñado a declarar a juicio sobre lo que se le pidió previamente (de hecho suelen observarse testigos que declaran como quien repite un guión).
- Por otra parte no existe una pregunta tan abierta y amplia que posibilite una respuesta "sobre todo lo que pasó" y no existe una persona tan locuaz que ante una sola pregunta esté dispuesta a contar todo lo que hizo. Pensar estas cosas desde el sentido común suele ser muy útil: cuando a cualquiera de nosotros nos preguntan "¿Cómo estás?" pese a la abertura y amplitud de la pregunta no respondemos contando toda nuestra historia de vida, nuestros últimos achaques de salud y lo mal que la estamos pasando en el trabajo, sino que nos limitamos a decir "Bien, gracias". Si nuestro interlocutor insiste y nos consulta "¿En qué andas?" probablemente extendamos un poco más nuestra respuesta pero tampoco al punto de contar nuestro proyecto de vida de aquí a diez años. No vemos razón para pensar que los testigos operen con una lógica distinta. Más allá de que conocen cuál es la información concreta de importancia sobre la que tienen que declarar, que lo hagan casi sin preguntas puede ser otro indicador de un testigo poco creíble, pero bien enseñado por el abogado que lo propuso.
- Pero incluso asumiendo la buena fe, que nadie le dio un guión al testigo, que suele hablar mucho y por eso basta con hacerle sólo una pregunta para que diga todo lo que sabe, el inconveniente en esta forma de proceder se vincula con la incapacidad de controlar la información que el testigo da en sentido de desviarlo de aquellos detalles que son irrelevantes y concentrarlo en los temas verdaderamente importantes para su declaración.

Conducir la declaración pasando desapercibido será una habilidad del litigante que implique hacer las preguntas necesarias para que el testigo declare libremente, pero concentrándolo en aquellos temas relevantes para acreditar las proposiciones fácticas de la teoría del caso sostenida. Para lograr esta habilidad, el litigante deberá utilizar con mucha corrección las herramientas de producción de información.

11.2.1.4. ¿Cuáles son las herramientas del examen directo de testigos?

Las herramientas que el litigante utilizará para producir información desde los testigos, serán las preguntas. Ya hemos adelantado que el litigante no podrá utilizar cualquier tipo de preguntas: las sugestivas, por ejemplo, estarán prohibidas en el examen directo en función a que obstaculizan la producción de información por su fuente, el propio testigo. Veamos entonces qué preguntas podrá utilizar el litigante para conducir el examen directo.

• Preguntas abiertas

Son las preguntas por excelencia en un examen directo. Las preguntas abiertas son las que permiten que el testigo declare libremente sobre lo que se le consulta. ¿Qué...? ¿Cómo...? ¿Cuándo...? ¿Por qué...? entre otros inicios de formulación de pregunta, son clásicos para determinar que una pregunta se ha formulado en forma abierta.

Como decíamos, estas son las preguntas más conocidas como herramienta para el examen directo y esto se vincula con la finalidad: si el examen directo tiene por finalidad que el testigo –y sólo el testigo– brinde información para apoyar una teoría del caso, es lógico que se pretenderá que la formulación que se utilice para consultar al testigo le posibilite esa apertura para brindar información.

La principal ventaja que tienen las preguntas abiertas es que permiten mostrar la solidez del testigo en cuanto a sus conocimientos de los hechos sobre los que declara: relatando en forma abierta un testigo aparecerá como menos “guiado” que a través de preguntas sugestivas a las que sólo dice “sí”.

Sin embargo, también existen desventajas para las preguntas abiertas, sobre las cuales ya hemos hecho alguna referencia en el punto anterior:

- A través de preguntas abiertas puede perderse el control del examen, permitiendo que el testigo aporte información sin relevancia para el caso.
- Un testigo que relata con demasiado detalle a través de preguntas abiertas puede generar la sensación de estar repitiendo un guión aprendido previamente.

- Si el litigante le formula al testigo sólo preguntas abiertas, difícilmente este podrá entrar en los detalles del relato. Por ejemplo, si el litigante pregunta “¿Qué es lo que Usted vio el día de los hechos?”, la probable respuesta del testigo será “Ví que por la avenida 14 transitaba un auto con tres pasajeros que se detuvo en la esquina con la calle Bolívar y desde allí uno de los pasajeros le disparó a la señora que estaba parada junto al semáforo”. Esa probable respuesta, deja muchos puntos que requerirán aclaración: de qué marca de auto se trataba, si la visibilidad era buena, desde dónde vio lo que relata; cómo eran los ocupantes del auto; a qué velocidad iban; qué estaba haciendo la señora; etc. (todo dependerá, por supuesto, del caso concreto). Si el litigante continúa su relato con preguntas abiertas, probablemente lo siguiente a preguntar sea “¿y qué pasó entonces?” o “¿Y qué pasó después?”, con lo que los detalles que se requieran sobre ese momento que acaba de relatar el testigo, quedarán perdidos.

Para disminuir el riesgo de caer en alguno de esos supuestos, es recomendable combinar las preguntas abiertas con las preguntas cerradas, como pasamos a relatar.

• Preguntas cerradas

Las preguntas cerradas se diferencian de las abiertas en que se formulan al testigo requiriendo una porción específica de la información. En el ejemplo que dábamos al referirnos a la desventaja de las preguntas abiertas, todas las preguntas que siguieron sobre información faltante en el relato del testigo fueron cerradas: ¿De qué marca de auto se trataba?, ¿cómo era la visibilidad?, ¿desde dónde vio lo que relata?, ¿cómo eran los ocupantes del auto?, ¿a qué velocidad iban?, ¿qué estaba haciendo la señora? son preguntas que si bien, se inician como preguntas abiertas, avanzando en la pregunta requieren informaciones muy puntuales: marca, luz, lugar, descripción, etc. Es decir: el testigo no está tan libre de decir lo que quiera porque quien lo examina le direcciona la pregunta hacia un punto concreto.

Puede notarse la diferencia entre preguntas cerradas y preguntas sugestivas: en tanto las cerradas restringen el ámbito de la respuesta al testigo, las sugestivas lo reducen a un simple “sí”. Es importante hacer

la diferenciación porque en tanto las sugestivas están prohibidas en el examen directo, las cerradas son parte importante de éste.

La ventaja que presenta la formulación de preguntas cerradas es, justamente, que permiten al litigante un control mucho mayor de la información que el testigo va brindando: al hacer preguntas que delimitan el ámbito de respuesta en forma bastante específica. De esta forma, no se corre el riesgo de que el testigo se pierda en un relato de detalles irrelevantes.

En contrapartida, si sólo se formulan preguntas cerradas, se corre el riesgo de generar la impresión de que el testigo necesita un "apoyo" para declarar debido a que no tiene tanto conocimiento de los hechos como se pretende hacer creer.

Como el lector ya habrá concluido, la mejor forma de utilizar estas herramientas es combinándolas: preguntas abiertas que permitan al testigo generar el marco amplio de información y preguntas cerradas que permitan al litigante puntualizar aquellos aspectos que son relevantes para el caso. Esta utilización de las herramientas permitirá tener declaraciones más claras, con testigos que no sean guiados pero con litigantes atentos a la necesidad de incorporar toda la información relevante para su teoría del caso.

11.2.1.5. ¿Cómo estructurar un examen directo de testigos?

Partiremos estableciendo que hay dos grandes ámbitos de trabajo en un examen directo de testigos: la acreditación del testigo y el relato del testigo sobre su conocimiento de los hechos.

En materia de acreditación, para que el testimonio de una persona sea valorado positivamente a nuestro caso, es necesario generarle al tribunal elementos que le permitan asumir que la persona es creíble. Esto tendrá que ver con distintos aspectos que van desde la ausencia de interés de la persona en perjudicar o favorecer a alguna de las partes del caso, hasta la posibilidad concreta de tener la información que dice tener.

La acreditación suele asociarse a la tradicional consulta por las "generales de ley" a los testigos pero, se notará, va mucho más allá de eso. La obligación de los litigantes en materia de acreditación será doble:

- Acreditar que esta persona no tiene ninguna razón para mentir en el caso, que serán en general preguntas destinadas a descartar algún tipo de interés; y
- Acreditar sobre cada hecho que relate el testigo, que hay buenas razones para creerle su relato que serán preguntas orientadas a verificar las condiciones de percepción del testigo, tanto internas (preguntas sobre el estado de sus sentidos), como externas (preguntas sobre las condiciones climatológicas, distancias, cantidad de personas, tiempo transcurrido, etc.).

El primer tema de acreditación (el testigo no tiene por qué mentir en este juicio) generalmente se desarrollará a través de preguntas iniciales, donde se consultará al testigo por su relación con las partes involucradas en el caso, la forma en que adquirió el conocimiento de la información que viene a relatar, sus posibles intereses en participar en el juicio, etc.

El segundo tema de acreditación es más complejo porque no tiene un "momento determinado", sino que se irá dando a medida que el relato vaya transcurriendo: en la medida en la que el testigo vaya mencionando proposiciones fácticas que requieran una explicación en sentido de "por qué está tan seguro que las cosas fueron así", el litigante deberá preguntar en ese sentido: además de por lo que sabe el testigo, cómo es que lo sabe.

El segundo ámbito de trabajo con el testigo será en lo referente a su conocimiento de los hechos. Concretamente, se realizarán preguntas al testigo para producir las proposiciones fácticas que éste puede acreditar en el juicio. El litigante partirá de su teoría del caso, identificará cuáles son los hechos que debe introducir como prueba con cada testigo en concreto y le preguntará en tal sentido. Cuando hablamos de la teoría del caso mencionábamos la importancia de que la prueba tuviera la capacidad de acreditar en forma completa las proposiciones fácticas o, dicho en otros términos, que las proposiciones fácticas determinan la obligación probatoria. En ese sentido, el litigante debe tener claro cuáles son las afirmaciones de hecho que anunció en su alegato de apertura y debe introducir a través de cada testigo, de forma tal de obtener la información completa y no meras aproximaciones o vaguedades. Aquí es donde resulta fundamentalmente importante la utilización de preguntas abiertas y preguntas cerradas que precisen la información, para de ese modo llegar a la introducción de la información desde los dichos del propio testigo.

Una vez claros los ámbitos a los que debe orientarse el litigante en un examen directo (acreditación del testigo y de la información que vaya introduciéndose e introducción de la información que el testigo posee sobre la teoría del caso), una segunda cuestión a considerar es el orden de producción de la prueba testifical en dos sentidos: cuál será el orden adecuado para que el litigante presente a sus testigos y cuál será el orden interno de cada testimonio.

En relación a la primera cuestión (orden de presentación de los testigos) no existen reglas rígidas. Como hemos mencionado, el orden de presentación de la prueba en su conjunto depende de la estrategia adoptada por el litigante; si considera que es importante iniciar con la declaración de un perito, luego pasar a un testigo, luego presentar otro perito que introduzca determinada evidencia material, posteriormente un tercer testigo que se refiera a la prueba material introducida con anterioridad, etc., será una cuestión a resolver en función a la teoría del caso concreto. Como se notará, no es necesario que el litigante presente a todos los testigos uno tras otro, sino que si considera mejor intercalar prueba pericial, está facultado para hacerlo. La pregunta de fondo para determinar el orden de la prueba será ¿cómo se logra una mejor comprensión del caso desde los ojos de aquellos que no conocen nada sobre el asunto que se juzga? Nuevamente aparece como elemento central la teoría del caso: si el litigante ha realizado correctamente la planeación de la teoría del caso, tendrá claro qué información debe introducir al iniciar el juicio y cómo debe ir "armando el rompecabezas" para el tribunal; en consecuencia, le aparecerá con bastante claridad el orden de producción de la prueba. Lo importante a considerar en este aspecto es que el orden en que se presenten los testigos –y esto aplica a la prueba en general– no puede ser azaroso, sino que debe ser estratégico en función a las necesidades de mi caso en concreto.

En cuanto a la segunda cuestión, el orden del testimonio, lo relevante será que la declaración se dé en forma tal que el tribunal no encuentre dificultades en identificar los puntos importantes para el caso. Lo recomendable es que el testimonio, para cumplir ese objetivo, se produzca en forma cronológica, de una forma en que el tribunal (que insistimos: no conoce el caso) pueda seguir el hilo de la historia que el testigo está relatando. No es conveniente hacer saltos en el tiempo, de este estilo:

Litigante: ¿qué sucedió el día de los hechos?

Testigo: Yo estaba parada en la puerta de mi casa y vi cómo Pablo llegó y le dio un cuchillazo a Pedro.

Litigante: ¿Cuánto tiempo pasó hasta que usted dio esta información?

Testigo: Tres meses.

Litigante: ¿Cómo conoció a Pedro?

Testigo: Su esposa, que cuando lo conocí aún era su novia, era mi compañera de colegio.

Litigante: ¿Qué relación tiene con el acusado?

Testigo: Es mi primo.

Litigante: ¿En qué parte del cuerpo le dio el cuchillazo Pablo a Pedro?

Testigo: En el estómago.

Litigante: ¿A quién le dio esta información tres meses más tarde?

Testigo: A un policía que me dijo que estaba investigando el caso.

Litigante: ¿Hace cuánto conoce a Pedro?

Testigo: Cinco años.

Litigante: ¿Cómo es su relación con el acusado?

Testigo: Sólo nos vemos cuando él viene a la casa de Pedro y yo estoy ahí.

Litigante: ¿Sabe por qué recién tres meses después vinieron a tomarle la declaración?

Testigo: El policía me dijo que inicialmente habían considerado que podrían solucionar el caso sin llegar a juicio, pero que posteriormente Pablo había dicho que quería ir a juicio y que por eso estaban buscando información de los testigos de ese día.

Litigante: ...

En el ejemplo pueden observarse con bastante claridad cuatro temas perseguidos por el litigante: 1. Información sobre el hecho en concreto; 2. Información sobre el momento en que dio su declaración a la investigación; 3. Relación con la víctima; 4. Relación con el imputado.

Si bien todos esos aspectos pueden ser importantes para el caso del litigante que esté haciendo el examen, realizarlos en total desorden no ayuda a que el tribunal identifique la importancia. Sobre todo si el examen se produce haciendo una pregunta abierta tras otra, sin puntualizar la información en el momento adecuado y luego se producen saltos a temas que fueron tocados con anterioridad para hacer esas precisiones. Si las precisiones de información no son realizadas en el momento en el que el testigo se está refiriendo al tema concreto, es bastante más difícil para una persona que no conoce el caso ni está familiarizada con la información que el testigo posee, comprender cuáles son los objetivos perseguidos por quien formula las preguntas. Si en lugar de preguntar cómo conoce a la víctima e inmediatamente después pasar a preguntar cuál es su relación con el imputado, el litigante se detiene en el bloque de información "relación con la víctima" y le pregunta en forma sucesiva cómo la conoce, desde hace cuánto, qué tipo de relación tienen, con qué frecuencia la ve, cuál es el grado de confianza entre ellos, cómo se lleva la víctima con los vecinos del barrio, etc., será mucho más clara para el tribunal la visión que el litigante quiera establecer sobre la víctima, sus actitudes y relaciones, que si las preguntas se formulan salteadas, a medida que al litigante se le van ocurriendo.

Por ello cuando hablamos de darle al examen un orden cronológico no nos referimos estrictamente a que el litigante debe hacer preguntas desde el primer hecho sobre el que vaya a declarar el testigo al último de acuerdo a las fechas en que sucedieron; más bien lo que queremos referir es que el litigante tiene que identificar cuáles son los bloques de información que buscará acreditar con cada testigo (en el ejemplo hemos determinado que el litigante tiene cuatro bloques de información diferenciados). Una vez establecidos los bloques de información, el litigante tendrá que darles un orden en función a la relevancia que tengan (en el ejemplo, parece que lo más relevante es la declaración del testigo sobre el hecho en concreto, en función eso parece lógico que sea lo primero que se pregunte, más allá de que la relación con la víctima y con el imputado es anterior en el tiempo). Y una vez establecido el orden en que presentará la información por bloques, el litigante sí debe respetar esa cronología que él mismo se ha trazado estratégicamente y ser cuidadoso en sentido de tomar un bloque, hacer todas las preguntas necesarias para producir la información referida y recién cuando haya producido toda la información, moverse al bloque siguiente.

De esta manera, el tribunal podrá ir siguiendo con mucha más claridad las intenciones del litigante, la información se transmitirá en forma más clara y las posibilidades de objeción en la actuación del litigante que esté realizando el examen disminuirán notoriamente, puesto que los objetivos aparecerán más claros a los ojos del tribunal.

11.2.1.6. ¿Qué evitar en un examen directo de testigos?

Para recordar algunas de las cosas que hemos mencionado en los puntos anteriores y agregando otras, haremos a continuación un listado de lo que un litigante debe evitar al momento del examen de testigos:

Protagonizar. La función del litigante es producir la información pasando desapercibido. El protagonista de la declaración debe ser el testigo, que es quien introducirá la información que luego el tribunal valorará en su sentencia.

Usar lenguaje hostil a los testigos. El litigante debe desarrollar la versatilidad suficiente para poder manejarse en forma adecuada en los distintos niveles de lenguaje que los testigos presenten al momento de declarar. Para poder hacerlo, por una parte debe conocer a sus testigos y saber cuáles son sus posibilidades y limitaciones y, por la otra, debe ser capaz de formular preguntas que logren "traducir" la jerga de los testigos a la jerga comprensible para los jueces.

Órdenes rígidos. Si bien parte de la preparación del litigante consistirá en tener un orden ensayado para las preguntas que hará, no puede transformar ese orden en una camisa de fuerza. El litigante debe estar en capacidad de hacer tantas preguntas como sean necesarias para obtener la información que requiere y no quedarse sólo en las preguntas que originalmente pensó si éstas no le dan resultado. En ese sentido, la flexibilidad en la conducción del examen directo es una buena característica.

Pretender probar "todo el caso" con un solo testigo. Esto sucede en general cuando el litigante no tiene claridad sobre la información que puede aportar cada testigo al caso. Si la persona que declara sólo puede decirnos que vio el momento en que Pablo le dio un cuchillazo a Pedro, pero no sabe nada más, es inútil que insistamos en preguntarle por el motivo de tal acción. Para no caer en la tentación de pensar que

“un testigo hace el caso completo” es de fundamental importancia que el litigante sepa qué proposiciones fácticas son las que se acreditarán en juicio con cada uno de los testigos que concurran. Si estamos en un caso en el que un solo testigo tiene toda la información, por supuesto que nuestra obligación será examinarlo sobre toda la información que posee. Pero en un caso en el que el testigo sólo cuenta con una porción de la información, es un demérito en nuestra actuación pretender que el testigo hable de hechos que no le constan.

Pretender usar todos los testigos para toda la información. En el mismo sentido que la indicación anterior, es igualmente contraproducente tener una especie de “lista de preguntas comunes” y formularlas como mantra a todos los testigos que concurran. Es importante abandonar la lógica que nos lleva a pensar que cuántas más personas afirmen el mismo hecho, ese hecho tendrá un peso mayor. A la hora de valorar la prueba el tribunal no puede decir que el caso está más probado si hubo más testigos diciendo lo mismo o menos probado si hubo menos testigos. Para el tribunal el caso estará probado o no estará probado. En ese sentido, traer a diez testigos a afirmar exactamente lo mismo puede resultar incluso impertinente como veremos más adelante. Adicionalmente, conducirse en esa forma puede generar la impresión de que el litigante no conoce su caso y, por tanto, está utilizando el juicio como etapa de investigación.

Leer el examen directo. Como ya hemos mencionado, si bien es bueno que el litigante se prepare y piense en las preguntas que formulará, incluso que se haga un ayuda memoria para dichas preguntas, no resulta adecuado que concurra al juicio a leer las preguntas. Por una parte porque ese accionar resta credibilidad al litigante en cuanto dará la sensación que no conoce su caso y por ello debe leer. Pero adicionalmente, un gran problema que se genera cuando el litigante da lectura a las preguntas es que suele estar más preocupado por el orden de sus preguntas que por las respuestas que da el testigo; esto lo lleva a no escuchar esas respuestas y, por ende, a caer en el peligro de perder información importante que resulta preciso puntualizar o asumir que el testigo dio información que en realidad no introdujo. Por ello, al momento de realizar un examen directo, la concentración del litigante debe estar en atender al testigo, teniendo claros los bloques de información que buscará acreditar con éste.

11.2.2. Examen directo de peritos

En este apartado dedicaremos un espacio para establecer ciertas diferencias entre el examen a testigos y el examen a peritos, ya que si bien la lógica es la misma (son herramientas para la producción de información) las particularidades del trabajo con peritos hacen necesario establecer algunas puntualizaciones.

11.2.2.1 ¿Qué es el examen directo de peritos? Diferencias con los testigos

A diferencia de los testigos, que llegan a juicio por haber percibido en forma directa a través de sus sentidos alguna información relevante para el caso que se juzga, los peritos llegan a juicio por poseer una experticia especial en un área de conocimientos derivada de sus estudios o especialización profesional, su desempeño en ciertas artes, o el ejercicio de determinado oficio.

Los peritos entonces concurren al juicio a declarar no en función al conocimiento directo que tengan del hecho, sino debido a que por su manejo de un ámbito específico del conocimiento, pueden realizar análisis y sacar conclusiones sobre un aspecto puntual sometido a su experticia.

La prueba pericial ser brindará, entonces, a través del perito que concurre a juicio y es sometido a las reglas del examen y el contraexamen. De la misma manera que referíamos en el caso de los testigos que una declaración anterior no constituye prueba testifical, sino que el testigo debe inmediatez con el tribunal y allí producir la información que posee, en el caso de los peritos esto es muy relevante: no son pocos los sistemas que han asumido que el informe pericial es el equivalente a la prueba pericial y en función a ello basta con la introducción del informe y su lectura en el juicio para producir la prueba. Sin embargo, aquí también la intermediación debe cumplirse y, por tanto, para producir una prueba pericial el perito que produjo un informe sobre algún aspecto del caso deberá concurrir a la audiencia de juicio, brindar su declaración y explicar el contenido y conclusiones de dicho informe. No podemos perder de vista lo que hemos dicho al principio: el perito ingresa al proceso en función de que su experticia es requerida para aclarar un punto importante para el caso. Esto implica que sin el conocimiento del perito,

el tribunal de juicio no contará con información suficiente para tomar una decisión de calidad en función a que precisa de sus explicaciones y aclaraciones para comprender ese ámbito de conocimiento específico. Es casi evidente la necesidad de la presencia del perito en el juicio.

Otro tema importante a establecer es que en un sistema acusatorio, el perito no es un auxiliar de la justicia, sino que es perito de parte. Esto no quiere decir, por supuesto, que esté habilitado a concurrir al juicio e inventar una historia que favorezca a la parte que lo propuso; pero sí implica que si una parte ha propuesto un perito es porque las conclusiones a las que éste ha arribado contribuyen a apoyar su teoría del caso; y al igual que con cualquier persona que haya arribado a una conclusión determinada aplicando un método de análisis testeado previamente, es esperable que al concurrir al juicio el perito defienda las conclusiones a las que ha arribado en la realización de su trabajo pericial.

11.2.2.2. ¿Cómo trabajar con los peritos? La preparación previa

Además de lo que hemos mencionado en cuanto a la preparación de testigos, en el trabajo con peritos debe considerarse que, por su actuación específica en el proceso, el litigante debe estar al tanto del trabajo previo que realice. Esto no quiere decir, por supuesto, que deba participar en todo el proceso que el perito deba realizar para la elaboración de su informe y sus respectivas conclusiones, pero sí debe familiarizarse con los procesos que el perito ha seguido, las razones por las que ha seguido esos procedimientos y las conclusiones a las que ha arribado.

Hemos dicho que el informe pericial no tiene valor probatorio en el juicio, ya que la prueba en dicha instancia es el perito concurriendo a declarar. Sin embargo, en la etapa de preparación del examen, el informe tiene un papel muy relevante ya que será un instrumento de trabajo del litigante para su preparación para el examen.

Dado que el examen a un perito versará sobre aspectos del conocimiento que no son sabidos previamente por el litigante (si así lo fuera, no habría necesidad de un perito en el juicio), para realizar sus preguntas es importante que el litigante tenga claridad sobre el trabajo que se ha realizado y los resultados que se han obtenido. Y en este sentido, el litigante deberá estudiar el informe, marcar todo lo que no sea claro, consultar con el perito hasta entenderlo a cabalmente y trabajar con-

juntamente con él para que al momento de concurrir a declarar a juicio, sus explicaciones sean accesibles a todo el público y, principalmente, al tribunal que posteriormente deberá valorar la información producida.

El trabajo con el lenguaje de la declaración es fundamental. El litigante debe trabajar a consciencia con el perito para lograr que pueda explicar su trabajo en el juicio. Muchas veces, al observar declaraciones de peritos, notamos que los mismos concurren y prácticamente repiten lo que se ha escrito en su informe, en términos muy técnicos y difícilmente comprensibles para alguien por fuera de la ciencia específica de la que se trate. Esto constituye un problema que el litigante debe prever y evitar: si el tribunal no tiene una cabal comprensión de lo que significa concretamente para el caso la conclusión a la que ha arribado el perito, existe la probabilidad de que la valoración que realice de su testimonio sea equivocada; o también puede suceder que un tribunal consciente de sus limitaciones decida no valorar la declaración del perito por haber sido incomprensible en su contenido. La habilidad del litigante al momento de la preparación no será, entonces, "subir" al nivel del perito en términos de manejo de la información, sino lograr "bajar" al perito a un lenguaje que utilizando términos simples y comprensibles para el ciudadano medio, expliquen cuál ha sido el resultado de su trabajo y qué importancia tiene para el caso concreto.

11.2.2.3. ¿Quién está a cargo del examen directo de peritos? La función de los consultores técnicos

En algunas legislaciones se ha regulado, para los exámenes a peritos en juicio, la posibilidad de los litigantes de contar con un consultor técnico. Ciertas prácticas han llevado esa regulación al extremo de asumir que es el consultor técnico quien debe realizar el examen en tanto el litigante permanece observando la situación. Esto no puede ocurrir de esa manera: si llevamos a un consultor técnico al juicio que "hable el idioma del perito" y reemplazamos al litigante por ese consultor técnico, probablemente obtengamos un diálogo entre dos expertos que dejará afuera al resto de los asistentes a la audiencia y nos veremos ante la situación señalada anteriormente: riesgo de que el tribunal valore en forma equivocada el trabajo del perito o directamente decida no valorarlo por no haber comprendido.

Por ello, la función del consultor técnico en el juicio será de apoyo al litigante. Previamente al juicio puede resultar un apoyo importante, para ayudarlo a entender el informe pericial y generar un "puente" con el perito. Durante el juicio le servirá tanto para puntualizar preguntas para generar información completa para el tribunal durante el examen como para orientarse y tener claridad sobre lo que la contraparte está preguntando en el contraexamen.

En todo caso, debe comprenderse que la figura del consultor técnico es un apoyo para el litigante y nunca puede reemplazar su función en el juicio. Caso contrario, se correrán los riesgos que ya hemos mencionado.

Adicionalmente, es importante dejar claro al perito en el trabajo de preparación previa que en su declaración debe ceñirse a lo que el litigante le solicite a través de sus preguntas. La postura de los peritos en un juicio suele ser diferente a la de los testigos: en tanto saben que están concurrendo a declarar sobre un tema que el resto de los presentes en la audiencia no maneja, pueden caer en posiciones soberbias al declarar, utilizar lenguaje técnico de difícil comprensión o asumir que es por todos conocido algo que sólo ellos entienden. Para evitar tales situaciones, el litigante debe dejar claro al perito que su tarea en el juicio será contestar las preguntas de la forma más clara posible y, en el examen concreto, preguntar tanto como sea necesario para que las enunciaciones del perito sean comprendidas por el tribunal.

11.2.2.4. Las herramientas para el examen directo de peritos

En cuanto a las preguntas posibles en el examen a peritos se aplica la misma lógica que hemos descrito para testigos: preguntas abiertas y cerradas, utilizando las abiertas para generar el panorama general y las cerradas para puntualizar aquellos puntos que resulten de importancia para la teoría del caso.

En el caso de los peritos, los litigantes deben tener claro que deben pedir explicaciones cada vez que sea necesario (*explique cómo llegó a esa conclusión?, aclare en palabras sencillas lo que acaba de decir?, etc.*). Si el litigante ha hecho su trabajo de preparación en forma adecuada, es probable que ya tenga bastante clara la terminología técnica del perito y sepa cuál es la explicación de las conclusiones a las que ha arribado. Nuevamente: debemos recordar que el tribunal no conoce el caso, no

ha accedido previamente a esa información y, por ende, precisa una explicación de cero. En este punto también es necesario recordar que a la hora de dar su sentencia, los jueces deberán valorar sólo la información que se produjo en el juicio, por lo que no podrán recurrir a consultas posteriores o buscar por su cuenta información que les aclare o explique lo que los peritos han dicho en juicio. Es tarea del litigante, y sólo del litigante, que el mensaje que quiere transmitir al tribunal llegue en forma adecuada. Su herramienta de trabajo son las preguntas y debe utilizarlas para que el perito deje claro cuál ha sido la tarea concreta que ha realizado, cómo lo ha hecho y qué conclusiones ha sacado.

11.2.2.5. ¿Cómo estructurar un examen directo de peritos?

Para producir un examen directo a un perito, el litigante debe demostrar al tribunal tres cuestiones:

- Que el tema de la declaración amerita un conocimiento experto para su adecuada comprensión.
- Que la persona que viene a declarar al juicio es verdaderamente experta en la materia.
- Que todos, incluido el tribunal, son legos en relación con el conocimiento del perito: son sus conclusiones las que valen.

Como puede observarse, a diferencia de lo que sucede con la declaración de un testigo, que se producirá sobre la base de lo que percibió con los sentidos y se referirá a cuestiones vinculadas a la experiencia del común de la gente, en el caso del perito, el tribunal prestará mucha más atención y/o dará mucho más valor a su declaración en tanto la misma sacará conclusiones. Un testigo común no puede concurrir al juicio a sacar conclusiones sobre lo que percibió a través de sus sentidos: debe relatar exactamente lo que conoce y será el tribunal posteriormente quien saque las conclusiones. En cambio el perito, por ser el único conocedor de la materia presente en el juicio, concurrirá a declarar las conclusiones que sacó al momento de realizar los exámenes que se le encargaron y serán esas conclusiones las que el tribunal tome en consideración a la hora de dar su sentencia.

En cuanto a la estructura propiamente tal, como en el caso de los testigos, el litigante tendrá dos ámbitos de trabajo: la acreditación del perito y el relato del trabajo realizado con relación al caso.

Con relación a la acreditación, se presentan algunas particularidades con el testimonio de los peritos: en tanto se trata de un conocimiento específico, desconocido para el tribunal y el resto de los presentes, en el que la persona que ha concurrido a declarar es presuntamente experta, gran parte de la acreditación versará sobre su grado de experticia en el ámbito particular de su declaración. Por ello el litigante deberá invertir buena parte del tiempo de examen al perito en demostrar al tribunal que efectivamente se encuentra ante una persona idónea para brindar declaración; preguntas sobre su formación básica, su educación especializada, su actividad laboral, su actividad académica, las publicaciones e investigaciones que posea, su experiencia en estudios como el realizado para el juicio, serán claves para construir la credibilidad del testigo en tanto "persona acreditada para venir al juicio a sacar conclusiones en este ámbito específico de trabajo".

Adicionalmente, con relación a la acreditación personal, también será importante demostrar que el perito no concurre al juicio a declarar por un interés personal en la causa (sea porque está cobrando una suma desorbitantemente superior a la que debería cobrar para un caso como el que se juzga, porque tiene alguna relación con las partes, porque tiene algún interés académico vinculado a los resultados del caso, etc.). En todo caso, es importante considerar que las cuestiones de interés no son automáticas. Es decir, no podemos afirmar "cobró mucho, por tanto tiene un interés"; si se trata del profesional más prestigioso en esa área de conocimiento específico es esperable que cobre por encima del honorario de un profesional medio, por ejemplo. Las cuestiones de interés deberán acreditarse en concreto, de acuerdo a las características del caso.

En lo que hace al relato concreto de su trabajo, por lo general este estará estructurado en tres grandes ejes: qué fue lo que hizo, cómo lo hizo y a qué conclusiones llegó. En consecuencia, a diferencia de lo que referíamos con relación a los testigos sobre la importancia de llevar un orden cronológico en la declaración, dado que aquí los puntos del relato serán muy específicos vinculados a esos tres ejes, lo más recomendable es partir de ese ámbito general para planificar, en específico en cada caso, qué será lo importante de rescatar en la declaración de cada perito.

En lo que se refiere a "qué fue lo que hizo" este bloque de la declaración del perito se vinculará a los estudios específicos que se le pidieron para el caso concreto. Generalmente se consultará sobre el momento en el que se le solicitó el estudio, la distancia entre dicho momento y el momento del hecho, quién fue el solicitante, etc.

Con relación al eje "cómo lo hizo", aparece una cuestión de acreditación vinculada al testimonio de los peritos: los procedimientos. Esto se relaciona con la necesidad de dejar demostrado en el juicio que el método o proceder que utilizó el perito para hacer el estudio y arribar a sus conclusiones es el unánimemente aceptado por su ámbito de conocimiento. Debemos recordar que nos encontramos ante un área de conocimiento desconocido para el tribunal y, en función de ello, para valorar la declaración de los peritos tomarán muy en cuenta quiénes son (acreditación de la persona) y cómo trabajan (acreditación del método), ya que ello les generará cierto grado de certeza en la credibilidad de sus relatos. Si un perito concurre al juicio y dice que sacó una conclusión "x" utilizando un procedimiento nuevo, recientemente creado por él mismo, que no tiene ninguna aceptación y ni siquiera es conocido por sus colegas, difícilmente las conclusiones a las que ese perito haya arribado sean asumibles por el tribunal, por más que ese perito sea el profesional más prestigioso del ámbito de conocimiento en cuestión. Si, por el contrario, un profesional medio concurre al juicio a dar sus conclusiones y explica cómo llegó a ellas, detallando el procedimiento y estableciendo que éste es el universalmente utilizado para ese tipo de estudio específico, probablemente esas conclusiones sean más creíbles que las del perito anterior, por más que el prestigio de aquél fuera mucho mayor que el de este perito.

El último eje, el de las conclusiones, será el más importante en función a que es, concretamente lo que al litigante le interesará que el tribunal asuma en su sentencia. Sin embargo, sin el trabajo previo en la acreditación de la persona y los dos ejes del relato anteriormente señalados, poco impacto tendrán las conclusiones que el perito refiera. Llegados al momento de consultar sobre las conclusiones es cuanto más preciso deberá ser el litigante en hacer comprensible la información para el tribunal, en que quede claro cada punto de lo relatado por el perito y en solicitar tantas explicaciones como considere necesarias para que

los dichos del perito se condigan con las proposiciones fácticas que el litigante pretende acreditar.

11.2.2.6. ¿Qué evitar en un examen directo de peritos?

En adición a las recomendaciones realizadas al referirnos al examen de peritos, para los peritos es también recomendable evitar:

Complejidad. Debe tenerse muy presente que la tarea del litigante no es elevarse al nivel del perito, sino bajar al perito al nivel de los legos en su materia específica. La preparación es importante; la familiarización del litigante con el lenguaje técnico por parte del litigante también lo es. Pero ello no implica que el litigante deba asumir una vez en juicio la postura de "el perito y yo nos entendemos" y despreocuparse de la comprensión del resto de los asistentes a la audiencia. Si el litigante ha llevado un perito al juicio es para demostrar una o varias proposiciones fácticas y para lograr tal cometido lo fundamental es que el tribunal sepa, con exactitud, cuáles son las conclusiones que el perito ha sacado, cómo ha llegado a esas conclusiones y por qué debe considerarse que es idóneo para declarar sobre el punto del que se trate.

Extender el ámbito de declaración. Hemos dicho que un perito es un experto en determinado ámbito del conocimiento. El litigante debe tener muy presente al momento de realizar el examen que el perito sólo puede declarar sobre ese ámbito de conocimiento específico. Preguntarle al médico que realizó la autopsia cuál era el estado mental de la víctima al morir, por ejemplo, está absolutamente fuera de lugar, ya que no tiene la experticia para declarar sobre ese punto. O pretender que el perito balístico señale cuál era la intención de la persona que disparó el arma, tampoco es una cuestión que pueda responder desde su experticia. Es importante ser cuidadosos con el alcance que le damos a las declaraciones de los peritos, ya que en su decisión el tribunal sólo podrá considerar como probadas las afirmaciones que estén dentro del ámbito de conocimiento para el que ha sido acreditado el perito en cuestión.

11.2.3. Prueba material

A continuación revisaremos otra de las herramientas para producir información en un juicio: la prueba material. La particularidad de esta prueba, en términos generales, es que estará vinculada a alguna de las pruebas que anteriormente hemos revisado: será introducida por un testigo o por un perito y será utilizada para encontrarle un sentido y explicación a su presencia en el juicio por algún o algunos de los testigos y/o peritos en el juicio.

11.2.3.1. ¿A qué llamamos prueba material?

Llamaremos prueba material a toda evidencia que se presente en juicio y que no se trate de una declaración testimonial, pericial o la propia del imputado. Dentro de lo que entendemos como prueba material se incluyen los objetos, documentos, videos, grabaciones de audio, fotografías, etc.

En alguna medida podríamos decir que la prueba material constituye prueba de apoyo para los dichos de los testigos y/o peritos, ya que como mencionábamos previamente, su ingreso al juicio estará en términos generales vinculadas a las declaraciones que se presenten en la audiencia. Por lo mencionado resulta de fundamental importancia tener un muy buen manejo de la teoría del caso que se presenta al juicio para definir en qué momento y a través de cuál testigo o perito ingresará la prueba material, ya que ésta debe estar puesta al servicio del relato que intenta probarse.

Hemos mencionado cuando comenzamos a describir las herramientas de producción de la información que los códigos de procedimientos en general suelen regular la prueba testifical, la prueba pericial y la material, en ese orden. Sin embargo, ello no implica un orden mandado a los litigantes, sino que los mismos deberán definir cómo presentarán la prueba de acuerdo a su estrategia de litigación. Esto es de particular importancia en el caso de la prueba material, ya que por tratarse de prueba inanimada, muchas veces suele perderse su sentido por olvidos o malas definiciones de parte de los litigantes. Por ejemplo: si "decido" presentar toda la prueba material una vez producidas las declaraciones de mis testigos y peritos, probablemente

me encuentre en problemas ya que dicha prueba **debe** ingresar al juicio a través de un testigo o un perito específico. Si la declaración del testigo idóneo para introducir la prueba ya se produjo, tendré que volver a llamarlo para hacer la introducción y, probablemente, la misma quedará absolutamente descontextualizada ya que no se produjo en el ámbito del relato del testigo. Por ello es importante desarrollar herramientas que me permitan clarificar cuándo ingresaré la prueba, como estudiaremos a continuación.

11.2.3.2. ¿Cómo trabajar con la prueba material? Preparación previa para su correcta introducción

Hemos dicho que la prueba material ingresará a través de testigos o peritos. Esto tiene una razón: alguien tiene que darle un sentido a esa prueba en el contexto del caso y ya que hemos establecido que los dichos de los abogados no constituyen pruebas, la única forma de contextualizar a la prueba material, explicar su importancia para el caso y precisar el por qué de su incorporación en un momento concreto, es a través del relato de un testigo o un perito.

Si, por ejemplo, el litigante quiere introducir un balance del que puede concluirse que hubo malos manejos por parte de la administración, para dar esa explicación y mostrar dónde están las evidencias será preciso el testimonio de un perito contable, del contador de la empresa, de un experto en el área, en fin, de alguien que conozca el balance y pueda indicarle al tribunal donde están las fallas que llevan a concluir que hubo un mal manejo. Si, en otro caso, quiero introducir el arma con que se produjo el homicidio será necesario que quien la recogió explique dónde la encontró, en qué posición, a qué distancia de los involucrados, etc. Dependerá de cada caso la necesidad y posibilidad de prueba material. Y para cada caso el litigante deberá pensar, en términos de su teoría del caso y su estrategia de litigación, a través de quién, en qué momento y para acreditar qué proposiciones fácticas introducirá una prueba material. Esto nos lleva a complejizar un poco más el instrumento que hemos elaborado para diseñar nuestra teoría del caso:

ACUSADO: VÍCTIMA: TIPO PENAL CONSIDERADO:						
ELEMENTOS DE LA TEORÍA JURÍDICA	TEORÍA FÁCTICA		TEORÍA PROBATORIA			
	Afirmación de hecho	Debilidad o Fortaleza	Prueba Testimonial / Pericial	Debilidad o Fortaleza	Prueba Material	Debilidad o Fortaleza
ELEMENTO 1	Proposición Fáctica 1		Testigo 1		Prueba 1	
	Proposición Fáctica 2				Prueba 2	
	Proposición Fáctica 3				Prueba 3	
	Proposición Fáctica 4		Perito 1		Prueba 3	
ELEMENTO 2	Proposición Fáctica 5		Testigo 2			
	Proposición Fáctica 6		Testigo 3		Prueba 2 Prueba 4	
ELEMENTO 3			Perito 2		Prueba 1	
					Prueba 2	
					Prueba 4	

Vemos que para trabajar en forma adecuada con la prueba material, deberemos hacer una nueva división en nuestra teoría del caso diferenciando la prueba testimonial o pericial y la prueba material. De esta manera, identificaremos en principio qué pruebas testificales o periciales nos sirven para acreditar cada proposición fáctica que afirmemos; y en un segundo momento deberemos identificar qué pruebas materiales debemos introducir con cada prueba testifical o pericial para acreditar las proposiciones fácticas que conforman nuestro relato del hecho.

Como se intuirá, el ejercicio de planeación se va volviendo más específico y, por tanto, más complejo: tengo que tener claro el orden de mis testigos de acuerdo a cómo deseo introducir mi relato del caso (mis proposiciones fácticas). Pero también tengo que tener claro qué prueba puedo introducir con cada testigo y con cuántos testigos precisaré utili-

zar la prueba una vez introducida. Es decir: para introducir una prueba material tengo que identificar (como veremos más adelante) el testigo idóneo, el que efectivamente puede permitirme su introducción; para utilizar una prueba material previamente debo haberla introducido, entonces, no podré llamar a declarar en primer lugar a un testigo con el que deseo utilizar la prueba material pero que no puede introducirla al juicio, si esta prueba no ha sido introducida con anterioridad.

Adicionalmente, para las pruebas materiales también tendré que tener en consideración su fortaleza o debilidad, que generalmente tendrá relación con la forma en que fueron obtenidas y con el grado de acreditación que precisan. El grado de acreditación de la prueba variará de acuerdo a la generalidad de la misma. Por ejemplo: si quiero introducir al juicio un cuchillo de cocina aduciendo que es el arma homicida, probablemente ese cuchillo previamente deba haber seguido un procedimiento estricto de cadena de custodia que lo individualice en el universo de los cuchillos de cocina como EL cuchillo de cocina con el que se produjeron las heridas mortales; aquí habrá un control riguroso en función a que no deseamos que se ingrese al juicio cualquier cuchillo, sino aquel que fue obtenido en la escena del crimen. Si, por el contrario, quiero introducir al juicio la tapa del 10 de febrero del año en curso del diario de circulación nacional más vendido del país, probablemente las necesidades de acreditación sean menores puesto que hubo una sola tapa de ese diario el 10 de febrero del año en curso y es bastante difícil que se tergiverse y se cambie por otra sin que nadie lo note (hoy en día bastaría con buscar en internet las ediciones anteriores del diario para constatar la originalidad de la misma). La cuestión para el litigante es que dado que pueden producirse cuestionamientos y su tarea es anticiparlos y tener una explicación razonable para los mismos, es importante hacer el análisis sobre la fortaleza o debilidad de cada una de las pruebas materiales.

11.2.3.3. *¿Cómo introducir la prueba material en juicio?*

Para introducir la prueba material en el juicio, el litigante debe tener claro en primer lugar cuál es el testigo idóneo para cada prueba que introducirá. Entenderemos por testigo idóneo a aquél que tuvo el primer contacto con la prueba material e inició la formalización de la misma al

interior de la investigación (lo que en nuestros sistemas suele denominarse la "cadena de custodia").

Puede darse el caso en que un mismo testigo sea idóneo para introducir varias pruebas (el típico caso es el del policía que recoge la evidencia encontrada en la escena del crimen) o que diversos testigos sean idóneos para la introducción de pruebas diversas. Lo importante es tener claro en qué momento y con qué testigo es útil a mi teoría del caso la introducción de la prueba material.

Una vez identificados los testigos idóneos para la introducción de la prueba material, el procedimiento en sí será parte del examen directo a los testigos. Para hacer que la prueba material ingrese como apoyo a mi relato del caso, es importante que la misma adquiera sentido en el contexto de una declaración. Por ello, previamente a exhibir la prueba material en concreto al testigo idóneo debo hacer las preguntas correspondientes para que el testigo me hable del objeto. Por ejemplo, en el caso del policía que hizo el levantamiento de evidencia en la escena del crimen, será necesario que al relatar sus actividades en la investigación, me mencione que recogió evidencia en la escena del crimen. Establecido ello, procederé a preguntarle qué evidencia en concreto recuerda haber recogido en la escena del crimen y él me responderá que recogió "un cuchillo de cocina".

Al haber introducido en su declaración la existencia del objeto, ya estoy en condiciones de exhibírselo al testigo para que lo reconozca. Dependiendo del sistema la evidencia estará en poder de las partes o del tribunal; en general en nuestros sistemas la evidencia suele quedar en poder del tribunal de juicio, por lo que una vez que el testigo me diga que recogió un cuchillo de cocina, procederé a solicitar al tribunal que se me proporcione la prueba marcada como "acusación 1", se la exhibiré en primer lugar a mi contraparte para que vea de lo que se trata y, si tiene alguna objeción que manifestar lo haga en ese momento o de lo contrario asienta su exhibición al testigo y, si la contraparte asiente, le exhibiré la prueba material al testigo.

Al exhibirle la prueba material al testigo, es importante que él sea quien me diga de qué se trata y no que yo lo dirija. Por ello, la pregunta correcta a realizarle será "¿qué le estoy mostrando?" (o "¿qué es esto?", "¿qué tengo en mis manos?", etc.) y no "¿este es el cuchillo de cocina que recogió?"; esta segunda fórmula constituye una pregunta sugestiva

y, como hemos establecido, en un examen directo están prohibidas las preguntas de ese tipo. Una vez que le pregunte al testigo qué es lo que le estoy mostrando, el testigo me responderá que es el cuchillo de cocina que recogió en la escena del crimen. Seguidamente deberé cerciorarme de generar a esa prueba material acreditación suficiente (recordemos que dijimos que cuanto más general sea la prueba en cuestión, más necesaria será la acreditación en específico). Para ello, mi pregunta será "¿cómo lo reconoce?" o "¿cómo sabe que es el cuchillo que recogió?" o cualquier otra formulación que invite al testigo a explicar por qué está seguro que es el cuchillo que recogió y no otro. En este caso específico, por tratarse de un elemento recogido por la investigación, el testigo seguramente podrá dar explicaciones vinculadas a la cadena de custodia (el empaque en que se encuentra la prueba material, la etiqueta y su contenido, las firmas que constan en la misma, etc.). El trabajo del litigante en este ámbito será dejar establecido fuera de duda que la prueba material introducida tiene una relación efectiva con el caso.

Finalmente, cuando el testigo me haya dado razones por las cuales se trata en específico de la prueba del caso, solicitaré al tribunal su introducción al juicio y acto seguido utilizaré la prueba. Es decir, le pediré al testigo que me muestre dónde la encontró, cómo estaba, a qué distancia de la víctima, en poder de qué persona se encontraba, cualquier elemento que sea de importancia para mi teoría del caso en específico.

Una vez introducida la prueba material, podré hacer uso de ella con todos los testigos que vengan a declarar y tengan información relevante vinculada a la misma. Por ejemplo, si posteriormente a que introduje el cuchillo de cocina concurre un testigo que conoce muy bien al acusado y declara que en su cocina tenía una colección de cuchillos porque le gustaba mucho la cocina, puedo tomar el cuchillo ya introducido y pedirle que me diga si vio alguna vez el objeto que le muestro, etc.

11.2.3.4. ¿Qué evitar en el uso de la prueba material?

Introducirlas en cualquier momento. Dado que en alguna medida la prueba material es un apoyo a la prueba testifical o pericial, en sentido que se introducirá en el contexto de una declaración y encontrará su explicación en los dichos de un testigo o un perito, es de fundamental importancia realizar el ejercicio previo de identificar

con qué testigo y en qué momento se introducirá cada una de las pruebas materiales existentes en el caso y con cuál o cuáles testigos o peritos se utilizará posteriormente. No es conveniente introducir las pruebas materiales al finalizar las declaraciones, como último punto a cumplir, ya que ello parece más indicador de una formalidad que de una estrategia. De la misma forma, no es conveniente dejar las pruebas materiales para el fin de la producción de la prueba ya que, como hemos explicado, por regla general la forma de introducirla será a través de un testigo y dejar su introducción para el final obligaría al litigante a llamar a declarar nuevamente a testigos que ya brindaron su declaración, sólo a fines de introducir la prueba material.

Carencia de estrategia. Llegado a juicio, el litigante debe tener claro qué prueba desea introducir y qué prueba descartará, no ofreciéndola para la audiencia. Como hemos mencionado en anteriores oportunidades, el juicio no lo gana quien más pruebas lleva (en litigación, muchas veces lo que abunda **sí** daña), sino quien tiene una estrategia clara detrás de las pruebas que ofrece. Cada prueba material ofrecida debe tener un propósito en función a una proposición fáctica, sino no es necesario llevarla a juicio.

No utilizarlas. En el mismo sentido que lo anteriormente dicho: si llevo una prueba material al juicio debo utilizarla para graficar en la mente del tribunal cómo sucedieron las cosas. ¿Dónde estaba el cuchillo de cocina? ¿Quién lo tenía? ¿Cómo se utilizó en el caso? ¿Cómo pudo producirse la herida con el cuchillo? Si poseemos el cuchillo, se recogió en forma legal y se introdujo al juicio, lo lógico es que cada testigo o perito que pueda dar una explicación que involucre el cuchillo lo tomé y muestre al tribunal dónde estaba, cómo se usó, etc. La prueba material es importante en tanto constituye un indicio inmediato con relación al hecho (no es una mera cuestión demostrativa, sino que es una evidencia vinculada con la ocurrencia del hecho) y nos brinda la posibilidad de agregar dimensiones al testimonio. Por ello, si introducimos la prueba material pero luego no la utilizamos, la dejamos sobre el escritorio del tribunal esperando que ésta mágicamente haga su trabajo sola, estaremos cometiendo un error importante de litigación. Recordemos que la prueba no habla por sí sola, sino que debe ser puesta al servicio de un relato específico: la teoría del caso con la que concurrimos a litigar el juicio.

11.2.4. Los apoyos en la presentación de la información

Hemos repasado ya las herramientas que el litigante posee para producir información: examen de testigos, examen de peritos e introducción de prueba material. En este último punto hemos mencionado la importancia de incorporar otras dimensiones al relato. Los testigos y los peritos pueden poseer mucha información y de mucha importancia para el juicio, pero su solo relato a veces no es suficiente. Sea porque no son claros, porque no son concretos, porque el tribunal imagina las cosas de una forma diferente a cómo las relatan, por las dificultades que existen para prestar atención a todo el contenido de una declaración con la misma intensidad o por una serie infinita de otros factores, puede suceder que el mensaje hablado no llegue al tribunal de la manera en que los litigantes pretenden que llegue.

En función a ello, nos interesa terminar este apartado sobre producción de información haciendo referencia a las herramientas de apoyo a dicha tarea, para posibilitar que los mensajes que pretenden enviarse al tribunal lleguen con la claridad esperada.

11.2.4.1. Los apoyos en la presentación de la información. Utilidad

Cuando hablamos de apoyos en la presentación de información nos referimos a elementos que, sin ser prueba (sin tener una relación directa con los hechos) pueden servir a una mejor comprensión de la prueba por parte del tribunal. De ahí su utilidad: permiten al litigante transmitir en forma más clara el mensaje que desea enviar al tribunal.

Tradicionalmente, se ha asumido que en el sistema acusatorio un juicio consiste en la producción de información a través de testimonios y pruebas materiales, sin posibilidades adicionales. Sin embargo, en la actualidad comienza a verse cada vez más la necesidad de incorporar a las declaraciones otros elementos, que permitan mantener la atención del tribunal y apoyar su comprensión. Lo importante es asumir que los apoyos tendrán como única finalidad mejorar la calidad de la información introducida por los testigos y/o peritos y nunca reemplazar su declaración o incorporar información en forma autónoma.

11.2.4.2. ¿Qué tipos de apoyos pueden utilizarse?

Desde pizarras y marcadores para que los testigos puedan realizar gráficos hasta presentaciones audiovisuales, todo tipo de apoyo puede ser utilizado y será bienvenido en un juicio en tanto permita cumplir la finalidad mencionada: mejorar la calidad de la declaración del litigante.

Existe un temor fundado en permitir el uso de apoyos en sentido que no son pocas las veces en las que pretende reemplazarse una declaración con un apoyo. Por ejemplo: si le presento al testigo un gráfico en el que están los nombres de las calles, indicado el lugar donde fue encontrado el cuerpo, el nombre de la víctima, los automóviles que se encontraban estacionados en la vereda con sus respectivos colores y números de patentes, etc., no estaré presentando un apoyo, sino que básicamente estaré induciéndolo en una forma diferente a la de las preguntas, ya que ante la pregunta "¿indíquenos en este gráfico qué fue lo que vio?" al testigo le bastará mirar el gráfico y comenzar a relatar todo lo que en este mismo momento está viendo. En ese caso el gráfico no será un apoyo, sino que será un reemplazo de la declaración.

Distinto es el caso si yo le presento un gráfico con un plano sin nombres ni características más que manzanas y calles, para que él vaya llenando la información. Ante la pregunta: "¿Qué fue lo que vio?" comenzará a relatar el hecho y yo podré pedirle que vaya situando en el gráfico (marcando con una fibra, colocando pinches, como sea más útil y posible) los distintos elementos que él mismo vaya incorporando en su relato (dónde estaba el cuerpo, cuántos autos había, cómo se llamaban las calles, dónde estaba él parado, etc.). Aquí el gráfico que he presentado es un verdadero apoyo porque no aporta ninguna información en sí mismo sino que permite que la declaración del testigo tome cuerpo a partir de su incorporación de los distintos elementos en el gráfico concreto.

En el mismo sentido puedo utilizar fotografías, presentaciones en diversos programas informáticos, planos, maquetas, etc. Lo importante es que el apoyo no incorpore información, sino que pueda ser utilizado por quien efectivamente va a incorporarla para mejorar su declaración.

11.2.4.3. Previsiones a la hora de utilizar un apoyo para la presentación de la información

Si el litigante desea utilizar apoyos para la presentación de la información, es importante que lo comunique tanto a su contraparte cuanto al tribunal. Como hemos mencionado, suelen presentarse temores a la hora de permitir su uso, por lo cual es mejor tener la discusión previamente (en la audiencia de control de la acusación, por ejemplo) a darla en el mismo momento de la audiencia. Si yo concurre directamente a la audiencia con el gráfico al que hacemos mención en el punto anterior y lo saco para ponerlo delante del testigo, probablemente mi contraparte se oponga a su utilización (más allá de que no tenga ningún dato ni información que pueda direccionar al testigo) sobre la base que no tuvo conocimiento previo de mi pretensión de usar el apoyo. En esta situación, es bastante probable que para evitarse problemas, el tribunal le dé la razón a mi contraparte y me impida el uso del apoyo. Si, en cambio, yo anuncio previamente en la audiencia de control de la acusación mi intención, podremos tener un debate específico sobre el punto y el tribunal podrá decidir con mayor información su uso o no.

También es importante que en el trabajo previo con testigos y peritos el litigante haya comprobado que están en posibilidad de completar su declaración mediante gráficos o esquemas. Si nos encontramos frente a un testigo que tiene dificultades, se pone nervioso y, en definitiva, empeora su declaración a través del uso de estos mecanismos, es preferible mantenernos en la lógica de formularle preguntas y recibir las respuestas sin mayores complejidades, dado que en ese caso será lo mejor. Si, por el contrario, nos encontramos frente a un testigo o perito que puede clarificarnos mucho más a través de una pizarra que en su propia explicación oral, entonces será fundamental que solicitemos que este testigo pueda hacer uso de una pizarra.

También es necesario avisar con anterioridad al tribunal en términos logísticos. Si preciso una pizarra para que un testigo declare, es importante saber si el tribunal puede proveerla o si debo llevarla yo por mi cuenta, en cuyo caso también deberé cerciorarme que exista el espacio adecuado para ubicarla. Igualmente si deseo realizar una proyección: debo avisar al tribunal con anticipación para saber si cuentan con la tecnología adecuada o, caso contrario, si me autorizan a proveerla para

la audiencia. Estas cuestiones, que suelen ser relegadas a un segundo plano o directamente no considerarse, deben ser tomadas en cuenta y revisadas por el litigante, para no desesperar en el momento de la audiencia y tener estrategias alternativas en caso de ser necesario.

11.2.5. Un caso específico de apoyo: las declaraciones previas para refrescar memoria

En diversos lugares de este Manual hemos insistido en la importancia de erradicar el expediente como metodología de trabajo, asumir la oralidad como regla para la presentación de información y la toma de decisiones, y diferenciar las funciones de cada momento procesal que se transite. En este último ámbito hemos establecido que llegados al juicio, para que un elemento se valore debe ser presentado en la audiencia; no valdrán registros anteriores en el caso de los testigos, ni actas donde conste la existencia de los objetos materiales. Los testigos deben concurrir al juicio, al igual que los peritos, para prestar su declaración y que la misma sea valorada en juicio. Y las pruebas materiales deben ser traídas e introducidas en la audiencia, para que las mismas puedan considerarse al momento de dar sentencia.

Sin embargo, también hemos dicho que para llegar a juicio bien preparados, las partes deben conocer el contenido de su prueba antes de la audiencia y trabajar para definir su mejor presentación posible en el juicio. Surge entonces, en el caso de los testigos y peritos, la pregunta sobre qué uso adicional puede dársele a los registros que existan antes del juicio de su conocimiento sobre el caso. A continuación, revisaremos uno de sus usos posibles.

11.2.5.1. ¿Qué es una declaración previa?

Consideraremos como declaración previa a cualquier tipo de manifestación que una persona haya realizado con anterioridad a la audiencia del juicio con relación a su conocimiento de los hechos que se juzgan. En términos generales estas declaraciones tendrán lugar en el curso de la investigación y en función a ello probablemente se hagan constar en la carpeta de investigaciones que el fiscal lleve para constatar permanentemente sus avances, su teoría del caso y la posibilidad real de ir a juicio.

Pero esto no es una regla: una declaración previa puede encontrarse, por ejemplo, en la declaración dada por un testigo a un medio de comunicación a través de una entrevista, en una carta enviada a un conocido, en un correo electrónico, etc. No existe una regla que establezca que para ser considerada como "declaración previa" la misma deba haber sido efectuada al interior de un proceso judicial y cumpliendo con formalidades determinadas. De lo que se trata es de que el contenido de la declaración dada tenga relación con los hechos que se juzgan y, en función a ello, puedan vincularse a lo declarado en el juicio.

11.2.5.2. ¿Cuándo puede utilizarse como apoyo para la presentación de información?

En términos de presentar información, la declaración previa dada por un testigo (independientemente el formato que la misma tenga) puede ser utilizada como un "ayuda memoria", es decir, como una herramienta que nos permita orientar al testigo y encaminarlo en forma adecuada en su declaración.

Como estamos hablando de la declaración previa para producir información, la misma será utilizada como un apoyo para refrescar la memoria del testigo sobre algún punto que no recuerda y que nosotros tenemos certeza que conoce. En este sentido, una de las primeras cuestiones a valorar antes de utilizar una declaración previa es cuál es la importancia concreta que el olvido del testigo genera para nuestro caso. Es decir: si a raíz del olvido puede generarse una situación en la que el tribunal falle en contra, en tal caso será más que conveniente utilizar la declaración previa para refrescar la memoria del testigo e incorporar la información necesaria. Si, por el contrario, el olvido del testigo es secundario y la situación del caso no mejoraría a través de la incorporación de la información olvidada, será mejor no utilizar la declaración. En definitiva, se trata de un uso estratégico, en función a las necesidades concretas del caso y el impacto que pueda tener la muestra de una declaración previa al testigo.

La pregunta que el litigante deberá hacerse antes de utilizar una declaración previa será cuán importante es para el caso la información omitida por el testigo y cuán grande puede ser el impacto si la declaración es utilizada.

11.2.5.3. Ventajas de su uso

Como todo lo que se haga en un juicio, la utilización de una declaración previa será una cuestión de estrategia, de acuerdo a los objetivos del litigante. La ventaja de su uso está dada porque si la información que el testigo está omitiendo es realmente esencial para el caso, si es clave para la acreditación de una determinada proposición fáctica y pese a haber realizado todos los esfuerzos (preguntarle de distintas formas, tratar de llegar al punto a través de distintas líneas de examen) el testigo no responde lo que el litigante precisa, la declaración previa es una herramienta importante para traer esa información al juicio y lograr que el testigo la introduzca.

En este punto es necesario dejar claro que en ninguna medida la declaración previa reemplazará a la declaración del testigo. Por ello justamente estamos estudiándola entre los posibles apoyos a la producción de información: la declaración previa será una muleta para que el testigo pueda seguir caminando, declarando durante el juicio. En ningún caso se traerá la declaración previa para que se dé la lectura omitiendo proseguir con la declaración del testigo.

11.2.5.4. Desventajas de su uso

Las desventajas en el uso de las declaraciones previas estriban en que el impacto de una información que es introducida luego de haber sido leída por el testigo, es mucho menor al impacto de una información que es incorporada en forma espontánea a través de la respuesta a una pregunta realizada por el litigante.

Por ello hay que limitar el uso de las declaraciones previas a lo estrictamente necesario. Como hemos mencionado con anterioridad: sólo a los casos en que resulta esencial que ese testigo incorpore esa información y habiendo intentado todos los medios, no queda más remedio que recurrir a la declaración previa.

Si en lugar de utilizarla en forma restringida el litigante hace un uso abusivo de él, trayendo la declaración (o declaraciones) anterior cada vez que el testigo duda o varía un poco en su respuesta original, estará generándose un problema de difícil resolución, ya que el tribunal tomará en consideración esa actividad a la hora de valorar la credibilidad del testigo y no será en forma positiva precisamente.

11.2.5.5. Procedimiento para su uso

De la misma forma que hemos visto que la introducción de prueba material en el transcurso de una declaración testimonial o pericial requiere una serie de pasos específicos, también esto se da con la declaración previa.

Cuando el litigante quiera utilizar una declaración previa para refrescar la memoria del testigo, en primer (como recomendación estratégica) deberá estar seguro que la información faltante es esencial para su caso y que, además, es esencial que sea incorporada por este testigo, ya sea porque es el único que la posee, ya sea porque el impacto que tendrá en boca de otros testigos no será el mismo.

Una vez en ese escenario específico, antes de apelar a la declaración previa, el litigante deberá intentar llegar a la información a través de las herramientas naturales: las preguntas al testigo durante el examen directo. Aquí vemos nuevamente la importancia de no tener un examen directo preestablecido para cada testigo, sino de tener una lista de temas que deben incorporarse con cada uno de ellos y pensar en distintas formas de preguntar que le permitan incorporar la información requerida. Si utilizadas todas las formas pensadas para incorporar la información, esta no surge de boca del testigo, el litigante podrá decidir la utilización de la declaración previa.

Si ha decidido utilizar la declaración previa, lo primero que el litigante deberá hacer en el examen al testigo será generar la base, establecer la existencia de tal declaración previa. En ese sentido deberá preguntarle directamente al testigo si recuerda haber prestado una declaración anterior, si recuerda haber hablado del caso anteriormente, si alguien lo entrevistó previamente al juicio, en definitiva, cualquier fórmula que considere apropiada para que el testigo responda que sí ha dado una declaración anterior sobre el caso.

Una vez que el testigo incorpore la información sobre su declaración previa, esto es, una vez que el testigo le diga al litigante que efectivamente habló con anterioridad del caso, el litigante deberá "tender el puente" para que el testigo admita que la declaración sea de utilidad. Para ello, el litigante deberá consultar al testigo si le ayudaría a recordar ver su declaración anterior, si tendría una idea más clara si le fuera exhibida la declaración, si recordaría mejor el punto sobre el que está

declarando si pudiera ver lo que dijo con anterioridad, nuevamente: cualquier fórmula que sirva para que el testigo se sienta consultado y confiado en sentido que puede pedir que se le exhiba la declaración anterior para constatar sus respuestas.

Si el testigo ha respondido que sí le serviría la declaración, el litigante pasará al tercer punto que consistirá en exhibirle al testigo la declaración anterior siguiendo las líneas que ya hemos estudiado al describir la introducción de prueba material: no inducir al testigo. Antes de conducirse al testigo, es conveniente que el litigante exhiba la declaración a la contraparte para que esté claro que se trata de ese documento específico y no de una nota realizada en el momento para que el testigo la lea. Una vez revisada la declaración por la contraparte (ya que casi por regla este procedimiento no tendrá objeción, esto debería darse rápidamente), el litigante pedirá al testigo que le diga qué es lo que le está exhibiendo en lugar de preguntarle directamente si la declaración que le exhibe es la que prestó con anterioridad (en la primera fórmula el litigante hace una pregunta abierta en tanto en la segunda fórmula una pregunta sugestiva, prohibida en el examen directo). Ante esta pregunta, el testigo será quien diga que es la declaración que dio con anterioridad y la forma en que la reconoce (porque está su firma, por la fecha en que fue dada, porque aparece su foto, etc. Esto dependerá del tipo de declaración que se trate y no debe convertirse en un formalismo sino verse en concreto caso a caso).

Una vez establecido que se trata de su propia declaración, el litigante procederá a utilizarla y aquí es donde la tarea se vuelve más específica aún: no se trata de decirle al testigo que dé lectura a toda su declaración, sino que lo que el litigante deberá hacer es pedirle al testigo que lea para sí, en voz baja, la parte de la declaración pertinente a la información que el litigante precisa en este momento en el juicio; es conveniente que el litigante marque al testigo la parte puntual que requiere que sea leída, para que no se pierda en la lectura de todo el documento. Una vez que el testigo ha culminado la lectura, el litigante vuelve a formular la pregunta al testigo, requiriéndole la información específica que no pudo recordar sin la declaración previa.

Como puede observarse, la declaración del testigo no se reemplaza sino que se completa con su lectura de la declaración que prestó con

anterioridad. Como hemos mencionado, el riesgo de utilizar esta herramienta es que el impacto que produce en el tribunal, poner a un testigo a leer lo que dijo anteriormente, es muy alto; y es probable que no valore la información introducida por éste a partir de la lectura de igual manera que lo haría a partir de respuestas espontáneas. Sobre todo recordando que en un sistema acusatorio se asume que el litigante hizo un trabajo de preparación con los testigos y que éstos están claros en cuanto a los aspectos relevantes de su testimonio.

Sin embargo, llegado el caso, es un apoyo que puede utilizarse, en forma excepcional, si se requiere realmente que el testigo recuerde algo esencial.

Hemos visto hasta aquí las herramientas que el litigante tendrá en su poder para producir información, es decir: para producir su propia prueba. Ahora nos pondremos en el rol de contraparte y estudiaremos las herramientas que quien no esté produciendo la prueba tiene para ejercer el control sobre la misma, de forma tal de no permitir el ingreso al juicio de información de baja calidad.

11.3. Control de la información

El control de la información en juicio es la manifestación concreta del principio de contradicción. Mientras una parte esté produciendo su prueba, pretenderá que todas las afirmaciones que se realicen se tomen en consideración sin ningún tipo de control, que todas las preguntas que haga resulten admisibles y que, en definitiva, su versión de los hechos sea considerada como la verdad procesal a asumir en la sentencia. El rol de la contraparte durante la producción de información de su contrario será prestar atención a cada pregunta, a cada afirmación a cada incorporación probatoria, para manifestar la contradicción allí donde sea necesaria.

Para ejercer este control existen una serie de herramientas que se contraponen con las que hemos revisado al momento de estudiar la producción de información en juicio y que pasaremos a revisar una a una en los próximos apartados.

11.3.1. Contraexamen de testigos

La herramienta que estudiaremos a continuación está muy presente en nuestra vida cotidiana. Por ejemplo: queremos comprar un automóvil

usado, el vendedor nos dice que está en excelentes condiciones, que le hizo el servicio mecánico hace muy poco tiempo y que sólo lo ha utilizado desde que lo adquirió para salir a pasear los fines de semana, por lo que el kilometraje que tiene es muy bajo. ¿Compráramos el automóvil confiando sólo en los dichos del vendedor? Probablemente no. Probablemente pensemos que dado que el vendedor desea hacer el negocio, esté exagerando un poco las bondades del auto y que para no llevarnos sorpresas posteriores es mejor llevar a un mecánico amigo para que lo revise, buscar la opinión de alguien que sepa o, al menos, hacer un par de consultas extra para saber si es tan buen negocio como aparece ante nuestros ojos.

En definitiva, antes de hacer el negocio buscaremos ejercer algún tipo de control sobre la información que el vendedor nos ha dado para controlar la calidad de la misma y verificar si nos conviene o no seguir adelante con la operación. Lo mismo sucede en los juicios: los jueces que decidirán un caso necesitan que la información que una parte les propone a consideración sea testeada, controlada, por alguien que tenga intereses distintos y que no esté dispuesto a hacerle favores a quien está produciendo la información. Por ello la tarea principal en nuestro rol de contraparte en un juicio será la del control, y el contraexamen de testigos será una herramienta muy potente para tal fin.

11.3.1.1. ¿Qué es el contraexamen de testigos?

El contraexamen de testigos es el trabajo que el litigante realizará con los testigos de la contraparte. A diferencia del trabajo con los testigos propios, que consiste en acreditarlos y permitirles producir información afín a la propia teoría del caso, el trabajo con los testigos de la contraparte consistirá en identificar sus puntos débiles y mostrárselos al tribunal, de forma que éste pueda dimensionar cuál es en realidad la calidad del testimonio brindado.

Una cuestión importante a establecer de inicio: los casos no se ganan con buenos contraexámenes. Sin dudas es importante saber contraexaminar y, como veremos a lo largo de este apartado, constituye una de las habilidades más difíciles a desarrollar como litigantes. Pero no es esta herramienta la que, por regla, nos permitirá ganar los casos. Es importante, para dimensionar el trabajo de contraexamen, abandonar

el mito del abogado de película que gana sus casos sin prueba y sólo poniendo en aprietos a los testigos presentados por su oponente.

En primer lugar, debemos recordar que para ir a un juicio es imprescindible manejar una teoría del caso y ello requiere un cierto manejo de la prueba. En segundo lugar, asumir que los testigos de la contraparte no se intimidarán por nuestra sola presencia en la sala ni confesarán espontáneamente ante una pregunta nuestra que han estado mintiendo todo el tiempo; esto por dos razones: en primer lugar, en términos generales los testigos no concurren al juicio a mentir, sino que van a aportar información que efectivamente conocieron (muchas veces sin quererlo) sobre el caso. En segundo lugar, si el litigante que ha propuesto a los testigos ha hecho adecuadamente su trabajo, es probable que les haya explicado cuál es el rol de la contraparte y los testigos estén preparados para las preguntas que podamos formularles. Por ello, sin perder de vista la importancia de planificar contraexámenes allí donde sean necesarios, debemos tener claro que no es (sólo) con ellos que ganaremos un juicio.

Por lo dicho hasta ahora, la primera pregunta que deberá hacerse el litigante al momento de preparar su estrategia de trabajo con la prueba de la contraparte es: ¿cuál es la necesidad de contraexamen que existe con cada uno de los testigos propuestos por el adversario? Para ello, básicamente deberá preguntarse si:

- Los testigos propuestos afectan notablemente su teoría del caso propia, en cuyo caso probablemente deba buscar líneas de contraexamen.
- Los testigos propuestos apoyan en forma esencial a la teoría del caso de la contraparte, en cuyo caso también será necesario verificar líneas de contraexamen.

Pero si se trata de testigos que aportan información secundaria, información no relacionada con los hechos controvertidos en el caso o información directamente asumida por ambas partes en el juicio, es probable que la decisión más inteligente sea no contraexaminar a esos testigos, ya que la información que declaren no ayudará a fortalecer la teoría del caso propia ni a debilitar la ajena y hasta se correrá el riesgo de perjudicarse con alguna pregunta que no debió haber sido formulada y permitió al testigo fortalecer la versión ya entregada en el

examen directo. Por ello, no siempre todos los testigos propuestos por la contraparte deberán ser necesariamente contraexaminados.

Ahora bien, en los casos en que sea necesario realizar un contraexamen, la preparación se torna una herramienta esencial para su correcta ejecución. Pasemos a revisarla a continuación.

11.3.1.2. La preparación del contraexamen

A esta altura ya habrá quedado claro, pero vale la pena repetirlo una vez más: el contraexamen de testigos tiene una finalidad muy distinta al examen directo (en el examen produzco información, en el contraexamen controlo la información producida por mi contraparte en su examen directo a sus propios testigos) y, por tanto, requiere una preparación distinta a la que relatábamos al momento de exponer este punto en cuanto al examen directo.

En primer lugar, debe asumirse que, salvo raras excepciones, generalmente no tendremos acceso directo a los testigos de nuestra contraparte. Es decir: no tendremos la libertad de reunirnos con ellos, hacerles preguntas, verificar sus versiones, ya que mediarán cuestiones de posibilidad y tiempo. Por una parte, es probable que estemos mucho más concentrados en nuestra propia información (en prepararnos para probar nuestra teoría del caso en juicio) que en la de la contraparte; pero adicionalmente sabemos que los testigos irán a declarar al juicio en servicio de una determinada versión de los hechos y, en ese contexto, es difícil que un testigo que sabe que nosotros representamos al interés opuesto, tenga apertura para reunirse con nosotros y responder todas nuestras preguntas en forma previa al juicio. Aunque esto no quiere decir que sea imposible: es importante hacer el intento de reunirse con los testigos de la contraparte, ya sea formal o informalmente, para poder tener de primera mano la versión que entregarán en el juicio e identificar los posibles problemas que puedan existir.

Un segundo tema a considerar es que a diferencia de lo que sucederá con nuestros testigos, que irán a declarar sabiendo que es importante que aporten información a nuestra teoría del caso, los testigos de la contraparte serán reacios a responder nuestras preguntas. Como decíamos antes: ningún testigo, ante una pregunta nuestra en el juicio, va a decirnos que acaba de entender lo importante que es el caso y a

confesar que ha mentido todo el tiempo para favorecer a la contraparte; debemos asumir que los testigos se aferran a sus versiones porque están convencidos que las cosas sucedieron como las relatan.

En función a lo expuesto, una premisa para la preparación de contraexámenes es la modestia: la pretensión que persigamos debe ser adecuada a nuestras posibilidades concretas de control. Y nuestras posibilidades concretas de control estarán directamente relacionadas con la información que hayamos obtenido previamente al juicio sobre este testigo y su versión de los hechos. Por ello, el trabajo de preparación del litigante consistirá, en gran parte, en buscar información sobre los testigos y sus dichos por canales alternativos a los propios testigos (contraste con otros testimonios, contraste con su mismo testimonio en diversos momentos del proceso, investigaciones específicas sobre los testigos y su vinculación con las partes, etc.).

Es muy importante que esté claro que un litigante no puede concurrir a hacer un contraexamen en juicio sin información previamente obtenida que le permita sostener sus preguntas y el control específico que quiera ejercer. Para verlo con un ejemplo concreto: si en el juicio quiero poner en evidencia que es imposible que el testigo haya visto el hecho porque estaba a una cuadra de distancia y no llevaba puestos sus anteojos recetados para mirar de lejos, por lo que su visión estaba notablemente disminuida, previamente al juicio yo tengo que hacer la averiguación sobre si el testigo usa lentes o no, qué graduación tienen en caso de usarlos y para qué tipo de situación específica usa los lentes; caso contrario corro el riesgo que en pleno juicio ante la pregunta sobre los anteojos el testigo me responda que no usa, que usa para leer o cualquier cosa que deje trunco mi deseo de introducir la visibilidad como un factor de disminución de la credibilidad del testigo en cuestión.

Salir de pesca en pleno juicio y pretender obtener algo importante para nuestro caso es lo menos recomendable para un litigante, sobre todo en contexto de contraexamen. Por ello, la preparación para el contraexamen consistirá en primer lugar en determinar, de los testigos de mi contraparte, a cuáles debo contraexaminar.

Una vez determinado ese punto, procederé a verificar mis posibles puntos de contraexamen y para ello deberé obtener información de respaldo para cada uno de mis dichos durante el juicio.

Obtenida la información sobre los diversos testigos que necesitaré contraexaminar en el juicio, tendré que determinar mis objetivos para cada uno de los contraexámenes que realizaré. Para esto, es importante asumir que el contraexamen siempre se prepara mirando al alegato en conclusiones: cuando piense mi contraexamen, debo preguntarme cuáles conclusiones deseo afirmar en mi alegato final. En el ejemplo que veíamos antes, probablemente yo quiera decir en mi alegato de clausura que *el testigo que la acusación llevó a juicio es poco creíble en cuanto a su versión de los hechos porque ha relatado con muchísimo detalle algo que sucedió a una cuadra de distancia de donde él se encontraba, siendo que él estaba sin sus anteojos recetados para ver de lejos y por tanto su versión no debería considerarse como acreditación de lo sostenido por la fiscalía*. Para decir esto, esa información deberá haberla sacado en el contraexamen a ese testigo, utilizando preguntas de control, tal como veremos líneas más adelante.

También es importante para la planificación de mi contraexamen, diferenciar entre dos grandes tipos de objetivos: sobre el testigo o sobre el testimonio. Si mi contraexamen va a versar sobre el testigo, probablemente lo que procuraré es mostrar que esta persona que ha venido a declarar está mintiendo adrede para favorecer la versión de la parte que lo propuso; y para ello probablemente requiera mostrar que el testigo tiene algún interés concreto en el caso (sea por su relación con la parte que lo propuso, sea porque obtuvo un pago por su testimonio, sea por una enemistad con la contraparte, etc.). Nótese que esta es la versión más controversial de contraexamen y, por tanto, si quiero demostrar que el testigo está mintiendo intencionalmente, tendré que tener la prueba de respaldo ya que probablemente el testigo se mantenga en sus dichos y trate de hacerme quedar a mí como quien está faltando a la verdad.

El segundo tipo de objetivos es también controversial pero no ataca directamente al testigo: el litigante no buscará mostrar una intencionalidad de su parte para mentir en el juicio, sino que intentará demostrar que el testimonio que ha brindado, más allá que el testigo esté convencido sobre éste, resulta poco creíble. Para mostrar tal cuestión, el litigante tiene a la vez dos dimensiones: condiciones de percepción internas y/o condiciones de percepción externas.

Con condiciones de percepción internas nos referimos a los sentidos propios del testigo: ¿cómo es su visión?, ¿cómo está su capacidad auditiva? Etc. En el ejemplo, del testigo que no tenía puestos sus anteojos, por más seguro que esté de su relato, la realidad nos dice que tiene anteojos recetados para ver de lejos y que en el momento del hecho no los llevaba puestos; al encontrarse a una cuadra de distancia, es al menos sostenible que su percepción visual estaba disminuida para hacer una declaración en detalle de lo sucedido e identificar a las personas que intervinieron en el hecho delictivo.

Con condiciones de percepción externas nos referimos, en cambio, a la situación en que el testigo presencié el hecho: ¿Cómo era la iluminación? ¿Cuál era la distancia? ¿Había mucha gente? ¿Cuánto tiempo pasó? Etc. Todas aquellas circunstancias externas al testigo que puedan haber afectado su percepción al momento del hecho y puedan permitirnos afirmar que es difícil que tenga la claridad con la que declara en el juicio.

Como puede observarse, tanto al indagar sobre las condiciones de percepción externas como las internas, no estaremos atacando al testigo en términos de "está mintiendo", sino que estaremos afirmando que "es probable que su percepción fuera poco clara y, por tanto, la información no es de calidad".

Una tercera categoría de objetivos poco usual pero posible en el contraexamen es la de producción de información. Es decir: utilizar los testigos de la contraparte para acreditar proposiciones fácticas y/o introducir prueba material propia. Si como litigante me encuentro en la situación en que un testigo ofrecido por mi oponente me servirá en el juicio para introducir prueba o acreditar proposiciones fácticas de mi teoría del caso, entonces operaré con la lógica del examen de testigos ya descrita. Lo importante en este caso es tener claro que si voy a utilizar un testigo de la contraparte para acreditar información que me es de utilidad, no puedo a la vez desacreditar al testigo (decir que está mintiendo), porque será contraproducente con mi objetivo de producir información: si digo que alguien miente, no puedo pretender luego que le crean la parte del testimonio que me favoreció.

11.3.1.3. ¿Quién está a cargo del contraexamen de testigos?

De la misma manera que en el examen, el litigante es quien debe ejercer el control sobre el testigo. La diferencia fundamental con el examen directo es que en este caso estaremos frente a un testigo hostil: un testigo que sabe que nuestra tarea será cuestionarlo a él o a su testimonio y en función a ello intentará por todos los medios que estén a su alcance defender la versión que ya ha introducido en el examen directo.

Por ello el litigante debe estar muy atento a las respuestas del testigo, evitar que responda sobre temas que no se le han preguntado e impedir en la medida de lo posible que el testigo se extienda en sus respuestas dando explicaciones. El contraexamen no es un ámbito para dar explicaciones y es el litigante quien debe impedir que el testigo lo utilice para ese fin.

En función a la finalidad propia del contraexamen y a las necesidades de control más estricto es que las herramientas para su realización variarán sustancialmente con relación al examen directo, como veremos a continuación.

11.3.1.4. ¿Cuáles son las herramientas del contraexamen de testigos?

La herramienta fundamental para la realización de un contraexamen de testigos es la pregunta sugestiva. Afortunadamente en la actualidad se ha ido superando la discusión que se dio en un inicio con las reformas procesales penales en sentido de la supuesta prohibición absoluta que existía en los códigos para la pregunta sugestiva. Sin embargo, en función de que algunos códigos mantienen la fórmula "están prohibidas las preguntas sugestivas, capciosas o impertinentes" y de que esa fórmula es la que da lugar a sostener que las preguntas sugestivas están también prohibidas en el contraexamen, creemos necesario aclarar el punto.

Como hemos establecido al describir el examen de testigos, la razón de prohibir la pregunta sugestiva es que la información debe ser introducida directamente por la persona que observó los hechos, por el testigo. Por ello en un examen directo el litigante estará obligado a hacer preguntas que permitan que el testigo declare libremente, para que sea su testimonio la fuente de información.

Al ser la finalidad del contraexamen muy distinta, esa prohibición carece de sentido: en tanto en el contraexamen no buscaremos introducir información sino testear la calidad de la información introducida, es necesario que las herramientas para controlar la calidad sean adecuadas a tal finalidad.

En nuestro ejemplo del testigo que no tenía los lentes al momento de observar el hecho, piense el lector si sería posible producir las proposiciones fácticas "1. El testigo usa lentes para ver de lejos; 2. El testigo estaba a más de una cuadra del hecho; 3. El testigo no tenía puestos sus lentes en el momento en que observó el hecho" a través de preguntas abiertas en un contraexamen. Probablemente no. Recordemos que el testigo tenderá a sostener su versión introducida en el examen; si en el contraexamen le preguntamos algo abierto del tipo *¿Cómo es su visión?* Probablemente la respuesta del testigo sea "Buena" y si le repreguntamos *¿Qué tan buena es su visión?* Probablemente nos responda con alguna evasiva del tipo "Muy buena para mi edad" o nos reafirme su versión diciéndonos "Lo suficientemente buena como para ver a A dispararle a B". En un contraexamen, la única forma de producir la proposición fáctica "El testigo usa lentes para ver de lejos" es hacer la pregunta sugestiva directamente al testigo: "Es verdad que usted usa lentes?" El testigo estará obligado a decir que sí por cuanto ha jurado decir verdad. Y si el testigo me dice que no, aparece la importancia de estar preparado y tener ya sea la prescripción médica de los lentes para ver de lejos, ya sea una foto del testigo con sus lentes, ya sea una declaración jurada del óptico que le hizo el último par de lentes; cualquier elemento que sirva para corroborar mi versión específica con relación a este testigo y demostrar que es capaz de mentir incluso bajo juramento.

Diremos entonces que en función a que la finalidad del contraexamen es controlar la información para que el tribunal valore la calidad de la misma, la principal herramienta será la pregunta sugestiva. Y a esto agregaremos algo más: las preguntas sugestivas en un contraexamen deben ser de un solo punto. Nótese que en el párrafo anterior no formulamos la pregunta *¿Es verdad que usted usa lentes y esos lentes son para ver de lejos?* En esa pregunta estamos trayendo dos puntos de información: 1. Usa lentes, 2. Son para ver de lejos. En un contraexamen, por cada punto de información haremos una pregunta:

Litigante: *¿Es verdad que usted usa lentes?*

Testigo: "Sí".

Litigante: *¿Es verdad que esos lentes son para ver de lejos?*

Testigo: "Sí".

La importancia de desarrollar la habilidad de hacer preguntas sugestivas de un solo punto tiene una doble explicación: por una parte, permite al litigante mantener al testigo más controlado, ya que cuanto más concretas y concisas sean las preguntas, menos posibilidades tendrá el testigo de dar explicaciones o intentar volver a sus dichos del examen directo; por otra parte, el impacto en la construcción de argumentos en el alegato de clausura será mayor si digo "hemos visto que el testigo usa lentes, que esos lentes son para ver de lejos, que presencié el hecho a más de una cuadra de distancia y que en ese momento no tenía puestos sus lentes" que si simplemente digo "el testigo no pudo ver bien lo que ocurrió". En la primera afirmación le estoy dando al tribunal cuatro puntos de información que necesariamente deberá valorar al momento de dar su sentencia, en tanto en el segundo caso sólo estoy haciendo una afirmación vaga que será mucho más fácil dejar de lado en la sentencia. Y recordemos que hacemos el contraexamen pensando en qué cosas queremos decir en concreto en el alegato de clausura.

Una segunda herramienta a utilizar en el contraexamen de testigos será la pregunta cerrada. Ya hemos hecho referencia a la definición y características de la pregunta cerrada al referirnos al examen directo. En el caso del contraexamen, opera de la misma manera: al permitir puntualizar información resulta pertinente para un contraexamen ya que el litigante no pierde el control, en función a que el ámbito de respuesta siempre será limitado.

Las preguntas abiertas no son recomendadas para el contraexamen ya que al permitir la libre declaración del testigo generan un espacio mayor para que el mismo vuelva a sus dichos del examen directo y fortalezca la versión de mi contraparte.

11.3.1.5. *¿Cómo estructurar un contraexamen de testigos?*

Para establecer la estructura del contraexamen es importante recordar dos puntos ya tocados: su finalidad es controlar la información y en el contraexamen la modestia es recomendable.

En función a estos dos aspectos, la estructura del contraexamen será temática, no cronológica. Si por ejemplo sólo queremos cuestionar la capacidad real de haber observado el hecho del testigo, para continuar con el ejemplo que venimos revisando, no será necesario hacer más preguntas que las referidas al punto de la visión del testigo. Si, adicionalmente a su condición interna "visión" queremos verificar la condición externa "distancia" y "visibilidad", le preguntaremos por esos tres aspectos:

Visión:

- *¿usa lentes?*
- *¿son para ver de lejos?*
- *¿no los estaba usando cuando observó el hecho?*

Distancia:

- *¿estaba a una cuadra del hecho?*
- *¿el hecho ocurrió en la esquina de San Martín y Calle 1?*
- *¿usted estaba en la esquina de San Martín y Calle 2?*
- *¿estaba en la vereda del frente a la vereda donde ocurrió el hecho?*
- *¿La calle San Martín entre 1 y 2 tiene la longitud de una cuadra normal?*

Visibilidad:

- *¿El hecho ocurrió a las 21.30?*
- *¿La avenida San Martín es una de las más concurridas de la ciudad?*
- *¿A esa hora había bastante gente transitando la avenida?*
- *¿Serían más de 15 personas las que transitaban la avenida, entre las calles 1 y 2?*
- *¿Había automóviles estacionados en la av. San Martín entre 1 y 2?*
- *¿Había más de 5 automóviles estacionados?*

El trabajo del litigante será, entonces, identificar los puntos específicos sobre los que quiere cuestionar el testimonio, pensar el argumento que

quiere construir en su alegato de clausura y desagregar ese argumento en tantas preguntas sugestivas de un solo punto como le resulten posibles. Una vez obtenidas las respuestas de parte del testigo, estará en condiciones de confeccionar a partir de éstas un argumento importante en el alegato final para sostener su versión.

11.3.1.6. *¿Qué evitar en un contraexamen de testigos?*

Entre los errores más usuales que suelen observarse en el contraexamen de testigos, se encuentran los que a continuación exponemos como elementos a evitar:

Anticipar conclusiones. Hemos repetido varias veces que el contraexamen de testigos mira al alegato final. Esto implica que las conclusiones se sacarán **en el alegato final**, no en el contraexamen. En primer término porque no es legal sacar conclusiones durante la producción de la prueba y en segundo lugar porque en caso de hacerlo, corremos el riesgo de que el testigo ponga fin a nuestra argumentación. Por ejemplo, si durante el contraexamen, luego de haber hecho todas las preguntas sobre los lentes le decimos al testigo "entonces usted no pudo haber visto con claridad lo sucedido ya que estaba a más de una cuadra y no tenía puestos sus lentes para ver de lejos, que acaba de decir que necesita para percibir con claridad", corremos el riesgo que el testigo nos diga "no los estaba usando porque tenía lentes de contacto" o cualquier otro tipo de explicación no deseada por nosotros y obtenida por anticipar las conclusiones. Por ello es necesario recordarlo: las conclusiones se sacan en los alegatos finales, nunca antes. Por más que estemos seguros de que hemos conseguido establecer un punto de descrédito del testigo, que tengamos certeza que no hay explicación posible, que tengamos plena seguridad que su credibilidad ha disminuido, debemos guardarnos las ganas de anunciarlo a los cuatro vientos en ese momento y esperar hasta nuestro alegato final para hacer la argumentación correspondiente.

Posibilitar explicaciones. En el mismo sentido que lo expuesto con relación a las conclusiones, existe cierta tentación por parte de los litigantes en el sentido de mostrarle al testigo que "está acorralado" y pedirle que salga del corral. Nunca, bajo ningún punto de vista, debemos pedir explicaciones a los testigos. Porque si pedimos que nos

expliquen, lo más probable es que los testigos tengan algún tipo de explicación medianamente creíble. Cambiemos el ejemplo anterior, si le decimos al testigo “¿Y cómo se explica que haya visto tan bien el hecho si no estaba usando sus anteojos recetados para ver de lejos y estaba a más de una cuadra?” es probable que el testigo nos diga “Porque tenía puestos lentes de contacto” o “porque la distancia a la que dejo de ver es de 500 metros y la cuadra tiene sólo 100” o alguna cuestión por el estilo que más allá de su credibilidad o no, no podrá ser refutada por nosotros porque no estábamos preparados para esa respuesta. Por ello lo más recomendable es no permitir **y mucho menos pedir** que el testigo dé explicaciones sobre los puntos que vamos introduciendo en el contraexamen.

Ir de pesca. En términos generales es una regla de litigación que nunca debe hacerse una pregunta si no se conoce su respuesta. En materia de contraexamen esto es mucho más importante aún. Si no conozco las respuestas, no tendré ninguna posibilidad de refutación sobre lo que afirme el testigo y, por tanto, mi trabajo en el contraexamen será inútil. Por ello, si no tengo información de respaldo, es mejor no hacer preguntas.

Repetir el examen directo. Una forma específica de “ir de pesca” es la repetición del examen directo por parte del litigante encargado del contraexamen. Definitivamente, no tiene ningún sentido hacer esto. Es más: puede incluso favorecer a la contraparte en cuanto a repetir el examen directo, sólo se logrará reforzar la versión de los hechos presentada por la contraparte y hacerla más creíble. Por ello si no existe ningún ámbito específico de información sobre el que se quiera ir en el contraexamen, lo más recomendable es no hacer preguntas de ningún tipo.

11.3.2. *Contraexamen de peritos*

Brevemente nos referiremos al contraexamen en el ámbito específico de los peritos, como lo hemos hecho al revisar el examen directo.

11.3.2.1. *¿Qué es el contraexamen de peritos?*

El contraexamen de peritos es, en un sistema acusatorio, el verdadero control de calidad del trabajo realizado en la pericia por un experto de parte. En la mayoría de nuestros sistemas hemos establecido la costumbre

de llevar a un perito (o más de uno) de la acusación y, posteriormente, a un perito (o más de uno) de la defensa que contraponga una versión diferente a la brindada por el perito de la acusación. Conclusión: una disputa de peritos. Hemos referido que para que un perito concorra a juicio debe demostrarse al tribunal que existe en el juicio un punto controvertido que se refiere a un área de conocimiento que escapa al corriente y requiere de una opinión experta. Hemos establecido también que por eso mismo, tanto el tribunal como las partes serán “legos” en la materia sobre la que declare el perito. En este contexto, llevar a un perito de la acusación y contraponerlo con un perito de la defensa deja las cosas en una especie de suma cero, en tanto el tribunal no posee el conocimiento especializado para determinar cuál de las dos versiones es la más creíble. Otra mala costumbre de nuestros sistemas es la del “perito dirimidor”, que viene siendo un tercer perito que es llamado a dar conclusiones cuando las opiniones de los peritos de parte se oponen. Nuevamente: disputa de peritos. ¿Cómo saber que la opinión del dirimidor es la acertada?

En definitiva, consideramos que no tiene demasiado sentido llevar a más de un perito a declarar sobre un punto específico del caso, cuando el verdadero control de calidad de la pericia debe hacerlo el litigante en el contraexamen. Por supuesto que este es un trabajo muy delicado que requiere de un trabajo previo muy puntual por parte del litigante, tal como pasaremos a revisar a continuación.

11.3.2.2. *La preparación del contraexamen*

Hemos referido en el punto anterior la poca utilidad de llevar a un “contra perito” al juicio a exponer una versión distinta de los hechos. Sin embargo, contar con un experto en la preparación del contraexamen sí es un elemento importante para hacer un trabajo correcto en el juicio.

En lugar de buscar una segunda pericia sobre los elementos estudiados, es conveniente contar con un experto que nos explique el informe realizado por el perito de la contraparte y nos marque cuáles son los puntos cuestionables, si es que existieran. Al referirnos al contraexamen de testigos hemos dicho que hay que ser muy cuidadoso al momento de determinar su necesidad y modestos en cuanto a los objetivos a perseguir. La misma lógica, y quizá con más intensidad, aplica para los peritos: para hacer un contraexamen debemos tener

plena certeza de su necesidad y estar absolutamente preparados para su ejecución. Esto implica conocer el informe, conocer al perito, haber trabajado con un experto propio que nos haya colaborado en la preparación del examen y tener claramente definidos los objetivos que se perseguirán en el contraexamen en juicio.

Los posibles objetivos en un contraexamen a peritos no diferirán sustancialmente de las referidas para los testigos: cuestionamiento a la persona o al relato.

En el caso del perito, las líneas de contraexamen podrán referirse a la existencia de un interés específico (como hemos visto con anterioridad, dentro del interés podrán darse diversos supuestos de acuerdo a cada caso puntual), pero también podrán estar relacionadas con la idoneidad del perito para el trabajo concreto: ya sea porque ha faltado a la verdad en cuanto a sus acreditaciones técnicas para realizar la pericia que se le encomendó o porque su experticia no es la adecuada para el estudio específico solicitado.

En el caso del relato, hemos revisado que la declaración de un perito en el examen directo no se refiere al hecho en forma cronológica, sino que describe principalmente el trabajo realizado en cuanto a qué se le solicitó, cómo lo hizo y cuáles fueron los resultados. Las líneas de contraexamen en este ámbito, el del relato, podrán referirse a los procedimientos realizados (no se utilizaron los procedimientos estandarizados para el estudio encomendado) o a las conclusiones, en dos ámbitos distintos: la certeza de las conclusiones es muy baja; o pueden darse explicaciones diversas a las que dio el perito en su conclusión y ser igualmente aceptables.

11.3.2.3. ¿Quién está a cargo del contraexamen de peritos?

Al igual que hemos referido en el examen directo, debe ser el abogado quien formule el contraexamen y, en caso de contar con un consultor técnico, éste podrá asistirlo aportándole información o acotándole algunas preguntas específicas sobre la declaración que se está dando, pero en ningún caso reemplazarlo.

El contraexamen a peritos plantea la complejidad de que nos encontramos no sólo ante un testigo hostil, sino que además estamos ante un

testigo que maneja un lenguaje propio. Por ello es importante que el litigante esté adecuadamente preparado y que tenga la capacidad de cortar las respuestas que no se vinculen a las preguntas por él realizadas y no permita que el perito asuma protagonismo y reitere las explicaciones que ya introdujo en su examen directo.

En cuanto a las herramientas para contraexaminar a peritos y la estructura del mismo, aplica lo ya dicho con relación a los testigos.

11.3.2.4. ¿Qué evitar en un contraexamen de peritos?

En adición a lo ya dicho con relación al contraexamen de testigos, que se aplica para los peritos, es también importante evitar entrar en "las aguas del perito". Esto quiere decir que el litigante no debe caer en la tentación de entrar en discusiones con el perito sobre temas que no domina, ya que corre el riesgo que el perito termine por reafirmar las afirmaciones que ha introducido en el examen directo. Por ello, es importante fijarse objetivos claros, concretos y, como hemos repetido varias veces en estos puntos, modestos.

11.3.3. Uso de declaraciones previas para controlar información

Si bien es cierto que el litigante tendrá escasas oportunidades de entrevistarse personalmente con los testigos de la contraparte, no es menos cierto que tendrá acceso a toda la prueba que se presentará al juicio con anterioridad a la audiencia. En los sistemas en que se realice la audiencia de control de la acusación, en este momento, los litigantes ya tendrán claro cuál es la prueba que el oponente podrá introducir en la audiencia y el contenido de la misma. En el caso de la defensa, tiene derecho a acceder a la investigación durante toda la etapa previa al juicio y, por tanto, tendrá la oportunidad de conocer cuáles son las personas entrevistadas por la acusación y el contenido de las declaraciones dadas.

Las manifestaciones de todo tipo realizadas en forma previa al juicio por los testigos que la contraparte presentará, se convierten en un elemento central para trabajar en el control de la información que se introduce en el juicio. En los siguientes puntos desarrollaremos este tema.

11.3.3.1. Diferencias con la declaración previa para refrescar memoria

A diferencia del contexto en el que se utilizará una declaración previa para refrescar memoria, que será de ayuda y colaboración para con el testigo olvidadizo, en el caso de la declaración previa para controlar la información el contexto será mucho más confrontativa, en tanto la finalidad de este uso de la declaración previa es evidenciar una inconsistencia del testigo y, por tanto, disminuir su credibilidad frente al tribunal.

Por ello, para utilizar una declaración previa en este contexto de confrontación, el proceso para hacer uso de la misma deberá ser mucho más cuidadoso en términos de legitimar a la declaración previa, como veremos líneas más abajo.

11.3.3.2. ¿Cuándo puede utilizarse como apoyo para controlar la información?

La declaración previa podrá ser utilizada para controlar la información cuando lo manifestado por el testigo en el juicio difiera sustancialmente de lo que ha sostenido en manifestaciones anteriores. Aquí hay que llamar la atención sobre un punto: la contradicción de parte del testigo debe ser sustancial. Con ello queremos decir que una pequeña variación en la respuesta, o una respuesta distinta en un punto que no está controvertido en el juicio, no constituyen motivación suficiente para utilizar una declaración previa.

Para utilizar en forma adecuada una declaración previa para controlar información, el litigante debe tener muy claros los puntos controvertidos entre la teoría del caso de su contraparte y la suya propia, tener claro también cuáles son las proposiciones fácticas que el testigo concurre a juicio a enunciar y, fundamentalmente, qué es lo que ha dicho con anterioridad sobre esos puntos. Si en ese contexto, en el transcurso de su declaración (sea en el examen directo o en el contraexamen) el testigo varía su respuesta (o respuestas) con relación a sus declaraciones anteriores sin ninguna explicación sobre la variación, entonces allí el litigante podrá hacer uso de la declaración previa para evidenciar la inconsistencia.

11.3.3.3. Ventajas de su uso

La principal ventaja en el uso de una declaración previa para controlar información es que se confrontará al testigo con un elemento concreto: una declaración anterior proporcionada por él mismo. En este caso, si se trata de un punto controvertido, el tribunal probablemente no tenga más remedio que no tomar en consideración la declaración del testigo, ya que al existir una variación sustancial en su respuesta sin ninguna explicación sobre el punto, no podrá determinar cuál versión es la verdadera: si la que prestó en el juicio o la dada con anterioridad. La ventaja está, entonces, en que le da elementos concretos al tribunal para medir la credibilidad de los testigos en un sentido u otro.

11.3.3.4. Desventajas de su uso

La desventaja que presenta el uso de esta herramienta ya ha sido mencionado en alguna medida cuando vimos su uso para refrescar memoria: si el litigante no la utiliza en el momento adecuado, para el punto adecuado, restará credibilidad a su trabajo y a su caso.

Por ejemplo, en el caso de utilización de las declaraciones previas para controlar información, si el litigante en vez de utilizarla puntualmente para un tema específico, sustancial, en el que exista una contradicción real, toma la declaración previa del testigo y pretende ir siguiéndola punto por punto preguntándole lo mismo en la audiencia de juicio para ver si en algún momento "pisa el palito" y se contradice, este tipo de actividad más que restar credibilidad al testigo, restará credibilidad al litigante (el tribunal podría pensar que está tentando a la suerte porque no preparó su caso).

Por ello, como hemos mencionado con anterioridad, la utilización de esta herramienta debe ser pensada estratégicamente en términos de costo-beneficio: si la contradicción que se pondrá en evidencia con su utilización tiene peso suficiente como para disminuir la credibilidad del testigo que se encuentra declarando, en tal caso deberá utilizarla. Si, por el contrario, la contradicción es mínima y de todas maneras intento marcarla trayendo la declaración previa, eso puede ser visto como un acto de desesperación para salvar mi caso, más que como una actuación estratégica.

11.3.3.5. Procedimiento para su uso

En primer lugar, el litigante debe tener claro que se encuentra frente a una inconsistencia relevante para la decisión del caso. Si efectivamente se encuentra en ese universo, el primer paso, en el marco del contraexamen, es fijar concretamente la inconsistencia. Esto, básicamente, implica repetir las palabras del testigo y preguntarle si efectivamente eso fue lo que quiso decir. Si la respuesta inconsistente del testigo con su declaración previa se produjo en el examen directo, recordaremos la pregunta que le hizo el abogado y la respuesta que dio:

Litigante: Sr. X, el abogado de la acusación acaba de preguntarle a qué distancia estaba usted del lugar del hecho, ¿es así?

Testigo: Sí, efectivamente.

Litigante: Y usted le respondió que se encontraba a escasos cuatro metros, ¿es verdad?

Testigo: Sí, eso dije.

De esta manera, dejamos clara la respuesta inconsistente. Si la inconsistencia se produce en el contraexamen, de todas maneras debe fijarse:

Litigante: Sr. X, ¿es verdad que Usted estaba a más de una cuadra de distancia cuando sucedió el hecho?

Testigo: No, no es así. Yo me encontraba a unos tres o cuatro metros del lugar.

Litigante: Sr., déjeme ver si estoy claro: ¿usted está diciendo que estaba a menos de cinco metros del lugar?

Testigo: Sí, eso dije.

Es muy importante que quede clara cuál es la respuesta que el testigo está dando, en su declaración en juicio, a la pregunta realizada. Recordemos que para valorar, el tribunal sólo podrá considerar la información producida en el juicio. De allí la importancia que el testigo deje claro cuál es su respuesta actual, para luego poder evidenciar la inconsistencia.

El segundo paso para el uso de la declaración previa para controlar información será hacer que el testigo reconozca la existencia de la misma. Básicamente, este paso consiste en preguntarle al testigo

"Sr. X, ¿recuerda que usted concurrió a la fiscalía a prestar una declaración al día siguiente del hecho?", para que el testigo acredite la existencia de esa declaración. Aquí, nuevamente, aparece la importancia de estar preparados y haber estudiado con detalle los elementos existentes, ya que si el testigo llegara a negar que tal declaración previa haya existido, es importante que el litigante cuente con una copia de ésta, a fin de mostrarla y evidenciar que desde la partida el testigo está faltando a la verdad.

Una vez establecida la existencia de la declaración, en aquellos casos en los que el testigo asuma su existencia, el tercer paso consiste en rodearla de condiciones de legitimidad: dejar constancia en el juicio de la voluntariedad del testigo para prestar esa declaración anterior. Se le consultará al testigo si prestó la declaración voluntariamente, si leyó su contenido antes de firmarla, si alguien le obligó a decir algo o cambió sus palabras al momento de registrarla, etc. Todos los elementos que sirvan para dejar claro que el testigo brindó esa declaración voluntariamente.

El cuarto paso consistirá específicamente en evidenciar la consistencia. Para ello, al momento en que le acerque la declaración previa al testigo, le pediré que dé lectura en voz alta a la pregunta concreta sobre la que existe contradicción. En nuestro caso ejemplificativo:

Litigante: Usted le respondió que se encontraba a escasos cuatro metros, ¿es verdad?

Testigo: Sí, eso dije.

Litigante: Sr. X, usted prestó una declaración por este caso al día siguiente de ocurrido el hecho, ¿es verdad?

Testigo: Sí, efectivamente.

Litigante: ¿Y esa declaración la prestó en presencia del fiscal, no?

Testigo: Sí, el fiscal me tomó la declaración.

Litigante: Y usted contestó honestamente a todas las preguntas, ¿verdad?

Testigo: Por supuesto.

Litigante: ¿Nadie lo presionó para dar esa declaración?

Testigo: Nadie, en absoluto me presionó para nada.

Litigante: Sr. X, ¿es esta la declaración que usted dio? (previamente a pasarle la declaración al testigo es conveniente mostrarla a la defensa para que dé el visto bueno).

Testigo: Sí, esta misma.

Litigante: ¿Cómo la reconoce?

Testigo: Porque está mi firma y la firma del fiscal que me tomó la declaración.

Litigante: Sr. X, ¿podría dar lectura en voz alta a la parte que le estoy pasando subrayada? (le muestra la declaración con el subrayado).

Testigo: (lee) "yo me encontraba pasando un poco la otra esquina, como a una cuadra y en la mano de enfrente del lugar donde ocurrió el hecho.

Una vez realizado todo el procedimiento, dejo el punto para el alegato final. Es decir: no vuelvo a preguntarle al testigo cómo es que vino al tribunal a faltar a la verdad o a contradecirse, sino que una vez evidenciada la existencia de la inconsistencia, la guardo para argumentar al final del juicio sobre la credibilidad del testigo.

11.3.4. Objeciones

A continuación repasaremos las principales características de la herramienta establecida en los sistemas acusatorios para controlar puntualmente el trabajo de producción de información que nuestra contraparte esté realizando en el momento en que lo esté realizando.

A diferencia de las herramientas hasta ahora estudiadas, la característica principal de la objeción es que le permite al litigante interrumpir el desarrollo de la producción de información de su oponente en el instante en que nota que está intentando introducir información prohibida.

11.3.4.1. ¿Qué son las objeciones?

Las objeciones son el mecanismo para incidentar en un sistema oral, la forma específica con que cuentan las partes para manifestar su disconformidad con la actividad desarrollada por la contraparte que pueda afectar sus derechos o poner en riesgo las reglas propias del juicio oral.

Esquemáticamente, podemos decir que existen tres razones posibles para objetar:

Excluir evidencia perjudicial. En este caso, la objeción debe pensarse desde la teoría del caso. Yo puedo tener una razón "legal" para objetar, pero si no afecta mi teoría del caso, estratégicamente no necesito realizar la objeción. Cuando lo que quiero es impedir el ingreso de evidencia perjudicial para mi caso, debo atar la objeción a mi teoría del caso.

Proteger al testigo de conductas inapropiadas. Generalmente serán objeciones vinculadas a intentos de argumentación de la contraparte. Esto se produce en el contraexamen cuando el abogado de la contraparte, más que hacer preguntas sugestivas, lo que intenta hacer es dañar el testimonio de nuestro testigo intentando sacar conclusiones o realizar juicios de valor. En este punto es importante recordar que no existe una objeción en sentido de "el contraexamen me está matando" o "estoy perdiendo mi caso". Si el contraexamen es efectivo pero está bien conducido, lo único que puedo hacer es tratar de recomponer a mi testigo con un redirecto (una segunda posibilidad de examinar al testigo sobre los puntos que hayan salido en el contraexamen y que yo no haya tocado en mi examen directo).

Establecer la posibilidad de un posterior recurso. Dependiendo la regulación específica del sistema, la falta de una objeción en el momento preciso puede hacer ceder el derecho de cualquier apelación a partir de considerar un error en la admisión de la evidencia. Por ello, cuando el litigante considere que la introducción de una determinada evidencia (sea una respuesta concreta a una pregunta realizada en el examen, una prueba material, una conclusión de un perito, etc.) podría ser valorada desequilibrando el caso a favor de su contraparte y, además, tenga elementos para sostener que esa evidencia no debe ingresar al juicio por razones vinculadas a la legalidad con la que fue obtenida o la pertinencia de ésta, deberá objetar para, en principio, lograr su no introducción o en caso de no recibir razón en la objeción de parte del tribunal, dejar sentado su derecho a recurrir sobre la base de la resolución negativa de la objeción. Las objeciones deben establecer la base específica para el recurso, aunque esta base resulte obvia.

11.3.4.2. ¿Qué tipo de objeciones existen?

En términos generales, los sistemas procesales penales de la región han establecido la posibilidad de objetar preguntas sugestivas, capciosas o impertinentes al establecer que esas preguntas están prohibidas en el juicio. Ya hemos revisado al momento de desarrollar el contraexamen que esta prohibición no es absoluta, para todos los momentos del juicio, sino que tiene relación con la protección específica que se busca a través de cada una de las prohibiciones posibles:

Se prohíben las preguntas **sugestivas** en función de que la base del juicio oral está en que la información a valorarse sea aportada por los testigos y no por los abogados. Por ello, esta es una prohibición limitada al espacio del examen directo de testigos, que es el momento en que se produce información. En tanto en el contraexamen, lo que el litigante ejercerá es su derecho al control, la pregunta sugestiva estará permitida.

Se prohíben las preguntas **capciosas** en función a que otro de los fines del juicio oral es la producción de información de calidad para ser valorada por el tribunal. En ese sentido, es indeseable que la información que los testigos aporten sea producto de errores o confusiones producidos por los litigantes para engañar a los testigos.

La lógica del juicio oral indica que estarán en debate versiones contrapuestas. La información que se produzca de parte de los testigos debe servir para apoyar una de las versiones y/o contrastar con la otra. Las preguntas **impertinentes**, entonces, se prohíben para evitar que ingrese al juicio información que no tiene relación con las teorías del caso sostenidas por las partes en concreto. La objeción por impertinente sirve también para marcar al tribunal los momentos en los que los testigos están siendo sometidos a un tratamiento hostil o se les está preguntando sobre cuestiones sobre las cuales no pueden dar una respuesta (porque no poseen el conocimiento sobre el punto o porque no son idóneos para dar ese tipo de respuesta).

A continuación revisaremos con un poco más de detalle cada uno de estos tipos de objeciones, verificando en algunos casos los matices que existen a la prohibición y las especies de preguntas prohibidas que pueden ser incluidos dentro de cada tipo.

Las preguntas sugestivas

Como ya hemos mencionado, la finalidad de prohibir este tipo de preguntas es evitar que la información ingrese al juicio a través de los dichos del abogado. Por tanto, la característica de este tipo de preguntas es que "pone en boca del testigo la respuesta", dejándole sólo la posibilidad de responder "sí" o "no".

Sin embargo, no todas las preguntas sugestivas serán preguntas prohibidas. Ya nos hemos referido extensamente a la posibilidad de hacer preguntas sugestivas en el contraexamen. Pero en el examen también habrá preguntas sugestivas permitidas: siempre que las preguntas no vayan directamente al hecho o los hechos controvertidos, en principio, podrán formularse preguntas sugestivas. Esto en función de que la sugestividad en preguntas que no vayan al hecho o hechos controvertidos tiene un carácter irrelevante. Recordemos que la información que debe producirse en el juicio debe tender a probar la teoría del caso de la parte que la está produciendo.

Si un hecho no está en discusión entre las partes, no es necesario probar ese hecho en función a que nadie lo está poniendo en discusión. Así, dentro de las declaraciones de los testigos, habrá determinados contenidos que no estén en discusión. Por ejemplo: si concurre a declarar el mejor amigo de la víctima y la acusación le pregunta "*usted es el mejor amigo de la víctima?*", efectivamente está haciendo una pregunta sugestiva pero, ¿cuán relevante será para el hecho controvertido en el caso esta sugestividad puntual? Probablemente resulte irrelevante; de hecho, probablemente la contraparte sepa que la persona que está declarando es el mejor amigo de la víctima y no haya discusión sobre ese punto. En esos casos, no resulta conveniente objetar la pregunta ya que por una parte nos arriesgamos a que el tribunal no dé lugar a nuestra objeción (recordemos que el tribunal sabe concretamente cuáles serán los puntos controvertidos del caso en función al anuncio de los mismos que se ha realizado en los alegatos de apertura) y, además, debilitemos nuestra posición en el juicio al generar la presunción que estamos objetando por objetar y no con un sentido estratégico.

Otra excepción para permitir las preguntas sugestivas en un examen directo será el caso en que el litigante deba enfrentar a un testigo hostil. Si bien no todos los sistemas lo han regulado expresamente en sus legislaciones, existe un consenso cada vez mayor en la necesidad de asumir que

en un juicio pueden darse situaciones en que los testigos que precisa una parte para acreditar su teoría del caso sean hostiles para con esa teoría del caso; esto implica que los testigos no tengan voluntad para declarar y dar a conocer la información que poseen. Por ejemplo, si el testigo de la acusación en lugar de ser el mejor amigo de la víctima es el mejor amigo del acusado, pero estuvo en el momento en que éste le disparó por la espalda a la víctima diciéndole *"te dije que si te encontraba por acá te mataba"*, probablemente no tenga demasiadas intenciones de declarar lo que vio en ese momento porque sabe que perjudicará enormemente a su amigo. Para este tipo de casos existe la figura del testigo hostil.

Y el tratamiento de un testigo como hostil en el examen directo implica directamente la posibilidad de formularle las preguntas en forma sugestiva. Ahora bien, para proceder de esta forma, el litigante deberá demostrarle al tribunal que se encuentra frente a un testigo hostil. Para ello, deberá iniciar su examen con preguntas abiertas y/o cerradas y, en la medida en que el testigo responda con evasivas, desvíe el tema y, en definitiva, no aporte la información que posee, el litigante estará habilitado para solicitar al tribunal que le permita tratar al testigo como hostil. Si el tribunal accede a esta petición, eso significará que a partir de ese momento el litigante puede formular preguntas sugestivas al testigo. En todo caso, siempre debe evaluarse la necesidad de llevar a este tipo de testigos a juicio ya que la calidad de la información será más baja que la de un testigo que declare en forma abierta. Por tanto, es recomendable considerarlo sólo en aquellos casos en que no cuento con otros medios para acreditar el punto en cuestión de mi teoría del caso.

Las preguntas capciosas

Este género de preguntas prohibidas establece que no pueden formularse en el juicio preguntas que induzcan a errores o pretendan engañar a los testigos para obtener una respuesta determinada. Como hemos mencionado, el fundamento está en que al juicio debe incorporarse información de calidad (de hecho, todo el proceso está estructurado de forma tal que los jueces basen sus decisiones en la mejor información disponible posible). En este caso sí nos encontramos frente a una prohibición absoluta, debido a que no queremos inducciones a error ni en el examen directo ni en el contraexamen a los testigos.

Pese a que solemos estudiar este tipo de preguntas con ejemplos tan evidentes que son difíciles de encontrar en el juicio, como el de la pregunta con dos afirmaciones donde independientemente de la respuesta estoy dando por sentada la primera afirmación, del tipo *"¿el cuchillo con el que mató a su marido estaba en la cocina?"* (diga que estaba en la cocina o que no estaba en la cocina, estoy asumiendo que maté a mi marido), las preguntas capciosas suelen aparecer con mucha frecuencia en el juicio en diferentes formatos, que no son tan evidentes como el mencionado.

Una forma de preguntas capciosas que suele presentarse en los juicios es la de las preguntas **confusas, ambiguas o vagas**. Preguntas que por lo amplio, complejo o poco claro de la indagación concreta que se realiza, ponen al testigo en una situación en la que no sabe concretamente qué es lo que el litigante está preguntando. En los exámenes directos donde, por ejemplo, el litigante se limita a formular cada vez que el testigo termina una respuesta la pregunta *"¿y luego?"* como pretendiendo que el testigo prosiga su relato solo, sin ninguna indicación de a qué tema específico desea el litigante apuntar, pueden objetarse por capciosidad en función a la vaguedad de ese *"¿y luego?"* que carga al testigo con una responsabilidad del tipo "arme usted mi caso porque yo no tengo idea qué debo preguntarle".

Otra forma de pregunta capciosa es la pregunta **repetitiva**, sobre todo en el contraexamen. Una pregunta será repetitiva cuando habiendo sido formulada ya ha sido contestada; esto implica que si el testigo no responde la pregunta que le estamos formulando estamos habilitados para hacerla tantas veces como sea necesario para que nos dé una respuesta concreta. Pero si el testigo ya ha respondido y nosotros insistimos en hacerle la pregunta, probablemente estemos intentando (sobre todo en el contraexamen, insistimos) que el testigo dude y cambie su respuesta. Por tanto, estamos induciendo a un error y esa conducta está prohibida. Si, por ejemplo, le preguntamos en un contraexamen varias veces al testigo si está seguro que el color del auto que vio era azul, a la cuarta o quinta vez que se le pregunte lo mismo el testigo quizá empiece a pensar que insistimos tanto porque él se está equivocando y el auto era de otro color, y nos diga que no está tan seguro. Esa falta de certeza no existía en el testigo, sino que la hemos generado nosotros, en forma capciosa, al insistir una y otra vez en la misma pregunta. Por ello la repetitiva en un contraexamen es una forma de pregunta capciosa.

También son capciosas las preguntas que **tergiversan la prueba**, ya sea asumiendo hechos que aún no han sido introducidos como información al juicio o incorporando información a la prueba que sí se ha producido que no ha sido incorporada. En el primer caso, por ejemplo, ante el testigo que ha dicho que vio un automóvil de cuatro puertas, con dos personas en su interior, que estaba estacionado en la calle al lado del lugar donde ocurrió los hechos si en el contraexamen preguntamos "usted nos dijo que no recuerda el color del automóvil, ¿verdad?" estamos tergiversando la prueba ya que si bien se ha referido al automóvil en ningún momento el testigo ha referido si recuerda o no el color. En el segundo caso, si el testigo se ha referido a un "arma de fuego" y nosotros preguntamos "recuerda alguna característica específica del revolver" también estamos siendo capciosos, en función a que el testigo no ha mencionado en específico que se tratara de un revólver.

Otra posible categoría que encontramos dentro de las preguntas capciosas son las **compuestas**: aquellas preguntas que incorporan varias afirmaciones y ponen al testigo en situación que respondiendo que sí a una responde que sí a todas. Por ejemplo, si preguntamos "¿usted compró un pasaje para salir del país luego de hablar con su socio y enterarse que su hermana había muerto?". Si bien parece una sola pregunta, contiene múltiples afirmaciones puntuales (proposiciones fácticas):

- ¿Usted compró un pasaje?
- ¿El pasaje lo compró con intención de salir del país?
- ¿Habló con su socio?
- ¿En la conversación con su socio se enteró que su hermana había muerto?
- ¿El pasaje lo compró luego de esa conversación con su socio?

Si el testigo responde "sí", estará asumiendo todas esas afirmaciones y si responde que no las estará negando, pero puede que algunas de esas afirmaciones sean ciertas y otras no, en cuyo caso, la respuesta del testigo ha sido producto de una inducción del litigante y, por tanto, de una pregunta capciosa.

Las preguntas impertinentes

La pregunta impertinente es aquella que desde un punto de vista lógico no avanza en la teoría del caso de la parte que la está formulando. En este sentido es importante considerar que se trata de una cuestión de lógica y no de estética o mérito de la pregunta y la pregunta de fondo siempre será la misma: ¿la pregunta que está formulando el litigante permite acreditar algún hecho que sostiene su teoría del caso? Si es así, la pregunta será pertinente, caso contrario podrá objetarse.

Sin embargo, hay que ser cuidadosos con estas preguntas en varios sentidos. Por una parte, las preguntas que tiendan a acreditar al testigo aparecerán a primera vista como impertinentes, pero no lo son en absoluto. Aparecerán como impertinentes en tanto no avanzan, en sentido estricto, en sentido de acreditar o desacreditar proposiciones fácticas sostenidas en la teoría del caso de quien las formula. Sin embargo no lo son en tanto para el tribunal no sólo es importante saber qué es lo que sabe este testigo, sino también tener elementos para determinar cómo es que lo sabe y por qué no tiene razones para mentir en juicio (o si las tiene, si lo que estamos haciendo es intentar desacreditar al testigo). Por ello, las preguntas que tiendan a revisar la credibilidad de los testigos no sólo son pertinentes sino que resultan necesarias desde el punto de vista del tribunal, ya que cuando éste dé su sentencia, debe establecer qué hechos dio por acreditados y cómo valoró la credibilidad de la prueba y para ello necesita de ese tipo de preguntas.

En segundo lugar, es también importante ser cuidadosos porque en muchas ocasiones la forma que los litigantes tienen de llegar a la producción de información (o el control de la misma) sobre los puntos controvertidos puede resultar a primera vista un tanto difícil de comprender. En ese sentido, no es conveniente ser tajantes en la resolución de objeciones por impertinencia sino que más bien es recomendable dar cierta flexibilidad a los abogados, permitiéndoles llegar a su punto. Ahora, cuando resulta evidente que los litigantes están haciendo preguntas sin ningún sentido, que no avanzan en la teoría del caso, en esas situaciones es procedente la impertinencia.

Un tipo específico de preguntas impertinentes son las preguntas por opiniones o conclusiones. Hemos visto al analizar el examen y contraexamen que en juicio, las únicas personas habilitadas para concurrir y dar

conclusiones, son los peritos. También hemos establecido que los testigos concurren a brindar información sobre lo que percibieron directamente a través de sus sentidos. En este contexto, pedirle a un testigo que dé una opinión o una conclusión no es posible en el juicio, ya que las opiniones del testigo no son relevantes para el caso y el testigo no está habilitado (no tiene el conocimiento experto) para dar una conclusión. Si el litigante quiere que una persona concorra al juicio a sacar conclusiones, debe ofrecer a esa persona como prueba pericial, no testifical.

Pero con los peritos también puede darse esta situación: si el litigante pretende extender las preguntas al testigo más allá de su ámbito específico de experticia (recordemos el ejemplo de la pregunta al médico que practicó la autopsia sobre el estado de ánimo de la víctima antes de morir), también estaremos excediendo la posibilidad de preguntas concretas al perito.

En estos casos, la impertinencia estará dada en función a que las respuestas que se den a este tipo de preguntas no tendrán ninguna relevancia y, por tanto, no permitirán avanzar en la teoría del caso.

11.3.4.3. ¿Cuándo puede formularse una objeción?

En primer lugar, debe tenerse siempre en mente que las objeciones son una cuestión estratégica y sólo debo utilizarlas en la medida en que afecten a mi teoría del caso. La tentación de "corregir" la mala formulación de preguntas por parte de los litigantes suele ser grande y, para tal fin, la objeción suele ser la herramienta específica. Sin embargo, un juicio no es una clase de litigación y, por ello, el litigante debe estar atento al perjuicio concreto que pueda estarse causando a su caso más que sobre la estética en la forma de formular las preguntas.

También suele creerse que objetar una y otra vez, aún sin motivo, a la contraparte puede generar que ésta pierda la paciencia y deje de preguntar, cambie su línea de examen o se confunda de alguna forma. Lo que no podemos perder de vista es que cuando hacemos esto no sólo estamos "molestando" a la contraparte sino que también estamos poniendo al tribunal en situación de tomar permanentemente decisiones incidentales e interrumpiendo su atención del fondo del juicio. En función a ello, es probable que un accionar de ese tipo debilite nuestra credibilidad ante el tribunal y el perjuicio sea para nosotros antes que para nuestra contraparte.

Hechas esas aclaraciones, con relación a la formulación en concreto es importante asumir que las objeciones deben realizarse en tiempo preciso, tan pronto como la naturaleza objetable de la pregunta aparezca en evidencia. Si para formular una objeción esperamos a que el litigante culmine la formulación de su pregunta y el testigo la responda, probablemente el daño ya esté hecho: la información habrá llegado a los oídos del tribunal. Por ello el litigante debe estar muy atento a la forma en que pregunta su contraparte y, en el momento preciso en que aparece un contenido objetable, interrumpir y realizar la objeción que corresponda. También es importante identificar de qué tipo de pregunta objetable se trata, ya que la objeción implica fundamentación.

11.3.4.4. ¿Cuál es el procedimiento para formular y resolver una objeción?

Si bien no existe un procedimiento estricto para la formulación de la objeción y nuestros códigos en general tampoco han establecido lineamientos, daremos algunas recomendaciones sobre cómo debería formularse una objeción.

En cuanto a la forma, es recomendable ponerse de pie al momento de formular una objeción. Esto da autoridad al abogado, llama la atención del tribunal y permite iniciar la objeción en forma apropiada.

La objeción debe formularse con fuerza y en forma concisa: no hacer objeciones laberínticas o discursivas. "*Objeción, sugestiva*"; "*objeción, impertinente*"; "*objeción, capciosa*". Cuando el litigante tiende a formular objeciones enredadas o discursivas sólo indica una cosa: no sabe a dónde está yendo o qué está diciendo. Debemos aprenderse cuáles son las objeciones; no son tantas y, como hemos visto, pueden categorizarse en grupos, lo cual resulta muy útil para objetar correctamente.

Es importante también escuchar la respuesta de la contraparte. Puede no haber una respuesta de la contraparte y un fallo directo del tribunal, pero en algunas ocasiones el tribunal puede darle la palabra a la contraparte o la contraparte puede pedirla, en cuyo caso es importante escuchar con atención lo que la contraparte diga para verificar si decide cambiar la pregunta, si da una argumentación para que el tribunal la permita y si debemos mantenernos en la objeción.

Si bien la formulación de objeción debe ser concisa, es necesario estar preparado para argumentar la objeción una vez admitida por el tribunal, si este lo requiere (es decir: si solicita mayores argumentos para decidir el punto). No es recomendable comenzar a hablar en forma directa una vez que la contraparte se ha callado: los jueces suelen ser intolerantes con ese tipo de comportamiento; lo último que los jueces quieren en su sala es tener abogados peleando entre ellos, argumentando y contra argumentando, cuando seguramente ellos saben perfectamente cómo van a decidir la objeción. Si la contraparte ha dado una explicación a la que le gustaría responder, pida al tribunal permiso para responder: "¿podría responder?" o "¿podría ser oído?" En esos casos el juez podrá decirle que sí, o que sí pero que sea breve, indicándole cuán necesaria es su intervención si no tiene la información suficiente para decidir. Y si el tribunal le da la palabra, argumente hacia el tribunal, no hacia la contraparte.

Reciba el fallo del tribunal con profesionalismo. Independientemente que el tribunal haya dado o no razón a su objeción, simplemente siéntese y continúe con su trabajo.

Desde el punto de vista del tribunal, es esencial asumir que este procedimiento debe darse en forma rápida y no hacer perder el hilo de lo que se está discutiendo en el juicio. La resolución debe ser también concreta: "Ha lugar" o "No ha lugar", ya que en caso de hacer lugar a la objeción, se asume que el tribunal está asumiendo la argumentación de la parte que hizo la objeción y, en caso de no hacer lugar, el argumento acogido será el de la parte que defiende la pregunta.

Desde el punto de vista de quien recibe la objeción, una vez que se escucha la palabra "objeción" es su deber parar en la pregunta que se encuentra formulando y escuchar a la contraparte, sin mostrarse enojado o molesto por el incidente. Si considera que la pregunta debe proceder y es necesario defenderla, puede pedir la palabra al tribunal para argumentar por qué se trata de una pregunta procedente, pero si es una pregunta que puede reformular en forma tal que la contraparte no pueda objetar nuevamente, es conveniente la reformulación para poder continuar en forma inmediata con las preguntas que está formulando al testigo.

Y con este punto llegamos al final de las herramientas de litigación para controlar la información.

En cuanto a la posibilidad de objeciones a los alegatos de apertura y clausura, si bien son más extrañas en un juicio, las mismas pueden darse. A continuación listaremos algunas objeciones posibles a esos espacios del juicio.

Objeciones a alegatos de apertura

- **Argumentación de hechos.** Es bastante usual notar que a los litigantes les sale argumentar los hechos en el alegato de apertura, donde no está permitido hacerlo, pero fallan en la clausura, donde es imperativo que lo hagan. Parte del problema puede darse por la confusión sobre cuándo algo es una afirmación de hecho y en qué momento exactamente se convierte en una argumentación. La regla básica a tener en mente con relación al punto es: si un testigo va a decirlo, es un hecho; puede ser un hecho controvertido, pero sigue siendo un hecho. Si requiere de la actuación retórica de los abogados, algún tipo de extrapolación para arribar al punto, es ahí donde se convierte en un argumento y, por tanto, se convierte en una cuestión objetable en el alegato de apertura.
- **Argumentación legal.** Cuando aún no se ha producido la prueba y cerrado el debate los litigantes inician exposiciones vinculadas a la normativa a aplicarse y cómo hacerlo, están saliendo de la finalidad específica del alegato de apertura y, por tanto, su actuación es objetable.
- **Argumentación de credibilidad.** La prueba aún no se ha producido ni se han introducido elementos sobre las razones para creerle o no creerle. Por tanto, no puede exponerse el punto en el alegato de apertura.
- **Referir lo inadmisibles.** Es decir: intentar menciones de prueba que expresamente ha sido dejada fuera del juicio por razones de pertinencia o legalidad en su obtención.
- **Expresar opiniones personales.** Hemos dicho repetidas veces que las opiniones de los abogados no tienen ninguna trascen-

dencia en el juicio. No agregan ni quitan valor a la prueba y, por tanto, no son procedentes.

Objeciones en alegatos de clausura

- **Referirse a hechos no probados.** Por esto es importante prestar atención durante todo el juicio, para evitar referirse a hechos que no se probaron. Aquí es donde es necesaria la argumentación: es necesario referirse a los hechos que se probaron y explicar qué significan.
- **Distorsionar los hechos.** En el sentido que se ha explicado en la objeción sobre tergiversación de la prueba. Ésta puede darse tanto durante la producción de la prueba como al momento de la valoración en los alegatos de clausura.
- **Distorsionar la ley.** Hacer interpretaciones imposibles o darle a la ley contenidos que no tiene.
- **Expresar opiniones personales.** En el mismo sentido recién expresado con relación a los alegatos de apertura.

Como puede observar el lector, todas las situaciones descritas pueden incorporarse dentro de alguno de los tres grandes tipos de objeciones que hemos revisado a lo largo de este apartado.

Finalmente, sobre objeciones es importante incorporar la regla que **buenas preguntas reciben buenas respuestas:**

- Evite preguntas sugestivas en el examen con seis palabras honestas: *quién, qué, dónde, cuándo, cómo y por qué.*
- Pregunte por hechos, no por conclusiones o interpretaciones. Focalice en la percepción del testigo.
- Pregunte de forma corta: preguntas sobre un solo hecho.
- Tenga certeza en cuestiones vinculadas a la evidencia. *Pertinencia y relevancia.*

Con este punto, finalizamos las herramientas de litigación vinculadas a la producción de información y, en términos de juicio, terminamos con las herramientas propias de la fase de debate e introducción de la prue-

ba. Llegados a este punto, sólo resta referirnos a la última actuación que realizarán las partes en juicio: valorar la prueba que se ha producido.

11.4. Valoración de la información. Alegato de clausura

11.4.1. ¿Qué es el alegato de clausura?

Clausurado el debate las partes tendrán una última oportunidad de intervenir y referirse a su caso, ahora sí en términos valorativos, explicándole al tribunal por qué su versión de los hechos, su teoría del caso concreta, ha sido probada y debe ser considerada la "versión oficial" en la sentencia.

La mejor forma de definir un alegato de clausura es considerándolo como un proyecto de sentencia: los litigantes le dirán al tribunal "*si yo estuviera en su lugar, fallaría de esta forma por estas razones*". Entonces, para hacer un buen alegato de clausura es esencial haber realizado una buena actuación durante el transcurso del juicio. El alegato de clausura no es un momento mágico en el que el litigante "despertará" y podrá salvar una mala actuación en el juicio. Si la actuación ha sido mala, lo más probable es que nada pueda decirse en el alegato de clausura o, en todo caso, lo que se diga tendrá muy poca relevancia para el tribunal.

El alegato de clausura es el único ejercicio argumentativo que los litigantes podrán realizar durante todo el juicio. En este sentido, a diferencia de lo que hemos dicho a lo largo de toda la Segunda Parte sobre la prohibición de los litigantes de sacar conclusiones anticipadas, en este momento diremos que urge que los litigantes den sus conclusiones al tribunal, ya que este es el momento en el que el rompecabezas termina de armarse y cada litigante debe darle un sentido específico al tribunal para considerar como probada la teoría del caso que presentó.

11.4.2. Contenido del alegato de clausura

En función de que el alegato de clausura es un ejercicio específico, deberá hacerse cargo de todas las proposiciones fácticas que ha pretendido acreditar, mostrando al tribunal con qué pruebas lo ha hecho y por qué estas pruebas han sido creíbles. Al retomar nuestro

esquema sobre la teoría del caso, en el alegato de clausura debería presentarse en este sentido:

ACUSADO: VÍCTIMA: TIPO PENAL CONSIDERADO:				
ELEMENTOS DE LA TEORÍA JURÍDICA	TEORÍA FÁCTICA	TEORÍA PROBATORIA		CONTRAPARTE
		Probada con	Razones de credibilidad	Cuestionamientos específicos realizados
ELEMENTO 1	Proposición Fáctica 1	Prueba 1		
	Proposición Fáctica 2			
	Proposición Fáctica 3	Prueba 2		
ELEMENTO 2	Proposición Fáctica 4	Prueba 3		
	Proposición Fáctica 5	Prueba 1		
ELEMENTO 3	Proposición Fáctica 6	Prueba 4		

Volveremos a referirnos a la teoría del caso, pero asumiéndola ya probada. Y nuestra tarea concreta estará dada en dos sentidos: demostrar por qué la prueba ha sido completa y suficiente para acreditar cada una de las proposiciones fácticas que hemos sostenido en nuestra teoría del caso; y por qué esa prueba debe ser considerada creíble.

Adicionalmente, tendremos también que hacernos cargo de los cuestionamientos que nuestra contraparte haya realizado, explicándolas en el contexto de nuestra teoría del caso específica y dándole sentido.

Debemos considerar como prioritario en nuestro alegato de clausura la apreciación concreta de la prueba. La pregunta a formularnos será ¿qué es lo que el tribunal no sabe de este caso? Como hemos dicho repetidas veces, el derecho es conocido por los jueces, por lo que salvo casos excepcionales donde se presenten debates legales, los litigantes deberán considerarse en los hechos y la prueba: mostrándole

al tribunal por qué la prueba presentada es suficiente y creíble para tomar una decisión en su favor.

11.4.3. ¿Qué no hacer en un alegato de clausura?

Convertirlo en un alegato de apertura. Hemos visto la diferencia entre ambos alegatos: en la apertura anuncio, en la clausura valoro. Esta es la última oportunidad que tendré para dirigirme al tribunal y debo aprovecharla de acuerdo a su finalidad. Si me limito a reiterar mi alegato de apertura, no le estaré dando al tribunal ningún elemento de valoración que pueda considerar al momento del debate y dictado de la sentencia.

Dar una clase magistral. Lo hemos dicho antes: un juicio no es una clase de litigación. Y concretamente, el alegato de clausura no es un momento para señalarle al tribunal todos los errores que ha cometido la contraparte, a menos que los mismos afecten sustancialmente en la prueba de mi teoría del caso. Tampoco es un momento para demostrar cuánto derecho sé: los jueces conocen el derecho y salvo un debate legal específico que se haya presentado y sobre el que deba argumentar, las citas doctrinales, el recurso a la jurisprudencia y el dominio de la legislación comparada no serán de mucha utilidad a la hora de responderle al tribunal ¿por qué mi prueba es suficiente y creíble para acreditar mi caso? Recordemos una vez más que la atención en los seres humanos es muy limitada, por ello, debemos aprovechar de la mejor forma posible el tiempo que tendremos para presentar nuestras conclusiones, refiriéndonos en concreto a los puntos importantes para el tribunal: qué hemos probado, cómo lo hemos probado y por qué es creíble nuestra prueba.

Pretender que el tribunal asuma mi versión sin darle elementos. El hecho que nosotros estemos conformes con nuestra actuación y consideremos que nuestro caso ha sido probado no se traslada por magia al tribunal. Por ello, pretender que todo está claro y que no es necesario retomar la teoría del caso, completándola con la credibilidad probatoria en un alegato de clausura que le termine de dar sentido a nuestra actuación en el juicio, es uno de los mayores errores que puede cometer un litigante. Para que el tribunal asuma nuestra versión del caso, debo darle los elementos de valoración que le permitan sostenerla en su sentencia y ello sólo puedo hacerlo en el alegato de clausura.

Confrontar. Si bien el proceso es controversial, esto no significa que se trate de una pelea personal entre los abogados. Ocupar el momento del alegato de clausura para cuestionar a mi contraparte, llevarlo a términos personales y generar enfrentamientos es absolutamente infructuoso para el trabajo que efectivamente debo hacer: valorar mi caso y contextualizar en el mismo la actuación de mi oponente, dándole una explicación y sentido acorde con lo que yo he sostenido a lo largo del juicio.

Hacer una relación del expediente. Finalmente, reiteramos una vez más que un proceso penal acusatorio no es compatible con el método de trabajo propio del expediente. Por ello, intentar el alegato de clausura como una relación del expediente será aún más perjudicial de lo que sería actuar de esta manera en el alegato de apertura. Hemos trabajado durante todo el debate, examinado testigos y peritos, introducido prueba material, controlado la prueba de nuestra contraparte. Esa es la relación que debemos hacer en el alegato de clausura: ¿cómo todo este trabajo desarrollado en el debate apoya nuestra versión de los hechos y acredita nuestra teoría del caso? El expediente no tiene nada que hacer en el juicio y no puede ser utilizado como herramienta para formular mi alegato de clausura.

12. PALABRAS FINALES

Llegados al final del desarrollo de este Manual, deseamos reiterar que lo que aquí hemos presentado es una visión muy sintética y panorámica de las distintas herramientas de litigación con que los abogados cuentan para moverse a lo largo de un proceso penal acusatorio en sus momentos iniciales y en el juicio como tal.

Seguramente a partir de la lectura de estas páginas surgirán una serie de dudas y debates que requieren de mayor atención y desarrollo. Por ello, la intención de la Colección de la cual este Manual es parte, será presentar en forma puntual cada una de las herramientas que se han presentado, con mayor desarrollo y abarcando todas las inquietudes y cuestionamientos que los autores de los futuros componentes de la Colección han ido compilando en numerosos cursos de capacitación, talleres, debates académicos y, por supuesto, a partir de su propia práctica profesional.

Esperamos que estos contenidos resulten de utilidad para quienes día a día desarrollan su trabajo en los distintos ámbitos del proceso penal.