

Colección Litigación y
enjuiciamiento penal adversarial
Director
Dr. Alberto Binder

Examen directo de testigos

GONZALO RUA




edicionesDidot


EDITORIAL
LIBARIUS

Examen directo de testigos

Gonzalo Rua

Colección
Litigación y enjuiciamiento penal adversarial

Director
Dr. Alberto Binder
Coordinadora general
Leticia Lorenzo


edicionesDidot


EDITORIAL
UBIJUIS

Rua, Gonzalo S.
Examen directo de testigos. - 2a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos
Aires : Didot, 2015.
200 p. ; 14x21 cm.

ISBN 978-987-3620-15-7

1. Derecho Penal. I. Título.
CDD 245

Fecha de catalogación: 22/01/2015

© ediciones **Didot**

© Gonzalo Rua

2° ed. 2015

Hecho el depósito en ley 11.723

Libro de edición argentina

ISBN 978-987-3620-15-7

Edita: ediciones**Didot**

Te. (+5411) 6624-5381/4771-9821

Arévalo 1830, CABA (1414)

www.edicionesdidot.com

didot@edicionesdidot.com

en coedición con: Ubijus S.A. de C.V.

Begonias 6-A. Col. Clavería, C.P. 02080

www.ubijus.com

ubijus@gmail.com

(55) 44304427

Diseño de tapa: Hernán Matías Rosa González

Impreso en marzo de 2015

Nuevo Offset

Viel 1444, CABA, Argentina

Índice de contenido

Prólogo	11
Presentación	15
1. Introducción	19
1.1. La credibilidad del testimonio	23
1.2. La herencia del sistema inquisitivo	27
1.3. El cambio normativo en la región. El juego de las diferencias	35
a. <i>Facultades probatorias del tribunal</i>	36
b. <i>Facultad de disponer sobre la prueba</i>	39
c. <i>Discusión sobre la admisión de la prueba testimonial</i>	40
d. <i>Acreditación del testigo y del testimonio</i>	41
e. <i>Facultad del juez para interrogar testigos</i>	43
f. <i>Forma de ejecutar el testimonio</i>	47
g. <i>Ámbito de las preguntas sugestivas</i>	48
h. <i>Alcance del re-examen directo</i>	50
i. <i>Posibilidad de volver a escuchar a un testigo que ya prestó su testimonio</i>	51
j. <i>Incorporación de las declaraciones testimoniales brindadas durante la investigación</i>	53
1.4. La nueva lógica de dos versiones en pugna	55

2. Los objetivos del examen directo	59
3. Planificación del examen directo	65
3.1. La relación entre nuestros testigos y la teoría del caso	65
3.2. Clasificación de los testigos	74
3.3. Orden de comparecencia de los testigos	76
4. Cómo interrogar a un testigo. El uso adecuado de las preguntas	85
4.1. Las preguntas narrativas	87
4.2. Preguntas abiertas	91
4.3. Preguntas cerradas	92
4.4. La utilización de preguntas sugestivas. El uso de las objeciones	95
4.4.1. Preguntas sugestivas permitidas	98
4.4.1.1. Preguntas sugestivas introductorias	98
4.4.1.2. Preguntas sugestivas de transición	99
4.4.1.3. Preguntas sugestivas al testigo hostil	100
4.4.1.4. Preguntas sugestivas por la negativa	105
4.4.1.5. Otras preguntas sugestivas	107
4.5. Un modelo posible	108
5. La acreditación del testigo	111
5.1. Introducción	111
5.2. Objetivos de la acreditación	112
5.3. La acreditación es flexible	118
5.4. La acreditación y el tribunal	126
6. La acreditación de nuestras proposiciones fácticas	127
6.1. Introducción	127
6.2. El testimonio y la teoría del caso	129
6.3. El relato de los hechos	134
a. El relato cronológico	137

b. Obtener una imagen como si fuese un director de cine	140
c. Evitar los "puros títulos"	142
d. Mantener la atención del tribunal	143
e. Utilizar apoyo gráfico	146
f. Las opiniones personales de los testigos a veces cuentan	147
g. Mantener el control del testigo y de la información que introduce	149
6.4. Incorporación de prueba material	152
7. La descripción del hecho en algunos supuestos en particular	157
7.1. Reconocimientos en rueda y en álbum fotográfico	157
7.2. Supuestos de flagrancia	161
8 El uso de las declaraciones previas	165
8.1. Introducción	165
8.2. El uso de las declaraciones previas	169
8.3. Refrescar la memoria al testigo	171
a. Generar el escenario de duda y la existencia de una declaración previa	173
b. Exhibir y reconocer la declaración previa,	175
c. Lectura de la declaración y acreditación del hecho	176
9. La preparación del testigo	179
9.1. La costumbre en América Latina	179
9.2. Declaración previa y entrevista previa	182
9.3. Los objetivos de una entrevista previa con el testigo	184
9.3.1. La preparación del testigo	185
9.3.2. La preparación del testimonio	186
9.4. La preparación del testimonio y la exhibición de piezas procesales de la investigación penal preparatoria	189
9.5. La preparación ilegal del testigo	191

10. Algunos “tips” para obtener un buen examen directo	193
10.1. Temas y etiquetas	193
10.2. No prepare las preguntas	194
10.3. Prepare al testigo	194
10.4. Utilice preguntas cortas y sencillas. Vaya al punto. No dé rodeos	194
10.5. Procure que el que hable sea el testigo y no el abogado	195
10.6. Escuche al testigo. Nunca declara igual	195
10.7. Comience y finalice de manera sólida	196
10.8. Repita los puntos fuertes y oriente hacia dónde va	197
10.9. Utilice apoyo gráfico	197
10.10. Verifique si presentará evidencia material	197
10.11. Tome decisiones estratégicas. Decida si anticipará o no debilidades	198
10.12. No olvide el lema del caso	199
11. Compendio de casos	201
11.1. Caso Donda	201
11.2. Caso Carmen Rosales	210
11.3. Análisis de casos	212
Bibliografía consultada	215

Prólogo

El Juicio penal es, también, un acto de cooperación social. La absorción de la violencia que tiene como una de sus funciones la ardua tarea de construir la legitimidad de la respuesta estatal violenta, no es solo una labor de abogados sino que se convoca para ello a los ciudadanos. No me refiero a los jurados, esa sana institución que por suerte comenzamos a vivir en nuestro país, sino a los testigos, portadores de esa porción de verdad que permitirá construir la base de la justificación racional del enjuiciamiento. Foucault en la tercera conferencia recopilada en *La verdad y las formas jurídicas* tiene hermosas palabras sobre el testimonio: “para resolver un problema que en cierto sentido también es una disputa, un litigio criminal –quien mató al rey Layo– aparece un personaje nuevo en relación con el viejo procedimiento homérico: el pastor. Oculto en su cabaña, a pesar de ser un hombre sin importancia, un esclavo, el pastor vio y, porque tiene en sus manos ese pequeño fragmento de recuerdo, porque traza en su discurso el testimonio de lo que vio, puede contestar y vencer el orgullo del rey o la presunción del tirano. El testigo, el humilde testigo puede por sí solo, por medio del juego de la verdad que vio y enuncia, derrotar a los más poderosos (...) Esta dramatización de la historia del derecho griega compendia una de las grandes conquistas de la democracia ateniense: la historia del proceso a través del cual el pueblo se apoderó del derecho de juzgar, de decir la verdad, de oponer la verdad a sus propios señores, de juzgar a quienes lo gobernaban”. En los últimos años nos hemos acostumbrado a hablar de la verdad en el proceso, ya sea como un problema técnico, ya sea como un problema filosófico, pero solemos perder de vista este

valor político de la verdad que es, precisamente, el núcleo de la preocupación de toda la obra de Ferrajoli. El testigo es el ciudadano que tiene en sus manos ese *pequeño fragmento de recuerdo* que constituye todavía el material más importante de la indispensable construcción de la verdad, sin la cual todo el sistema de garantías (columna vertebral del Estado de Derecho) tambalea.

El libro que presentamos hoy trata de convertir ese fragmento de recuerdo en la información más útil posible. Como lo recuerda Gonzalo Rúa —quien ya ha publicado en nuestra colección su obra sobre “contraexamen”, completando ahora el tratamiento del testimonio— citando a Lubet, los casos se ganan o se pierden, por regla general, en el examen directo de nuestros testigos. La idea de examen directo es y parece sencilla, pero se enfrenta a dos tipos de prácticas que debemos superar a la hora de mejorar las herramientas para litigar. La primera, consiste en la creencia de que el testigo debe ser “arrojado” al juicio para que exprese con “libertad” todo lo que sabe. Lo que subyace a esta práctica es la idea-prejuicio de que la actividad de las partes es *siempre y en todo caso una actividad distorsiva del testimonio*. Hay un resabio de ideología inquisitorial en este prejuicio, que se funda en otro mayor que descrea que en el proceso deba haber litigio o que el litigio es siempre un intento de engaño a la actividad desinteresada del juez, único sujeto cuya razón busca el bien y la verdad. Este libro, como toda esta colección, como también el sistema adversarial mismo, se funda en una idea contraria: no puede existir verdadera imparcialidad por fuera de un litigio bien estructurado y la primera responsabilidad de la imparcialidad —de la cual siempre hemos dicho que es un “oficio” no una virtud moral— es respetar y hacer respetar esas reglas del litigio que conocemos como juicio imparcial. El arte del examen directo consiste en que el testigo testimonie bien, adecuadamente, que se oriente hacia lo pertinente, que realce lo que realmente sabe y que no se pierda en los laberintos propios de un juicio sin litigio, generalmente acompañado de las mil formas de la retórica vacía que propicia el alambicado lenguaje judicial o la presentación “tramiteril” de los casos y las peticiones.

La segunda práctica, quizás la más perniciosa de todas, es el maltrato al testigo. Nuestras organizaciones judiciales —incluso las que existen en sistemas ya acusatorios reformados— suelen destrar al testigo

con acciones muy concretas: no se lo atiende amablemente cuando ha gastado su tiempo para colaborar con la administración de justicia, no se le reparan los pequeños gastos que ha tenido que hacer para trasladarse, se lo hace esperar sin darle explicaciones, tiene que soportar esa terrible costumbre de aplazar audiencias o hacerlas comenzar con demora, como si el único tiempo valioso fuera el de los jueces, se permite que se los interroge de un modo agresivo, no se les indica con claridad la razón de su testimonio, se deja que las partes citen a testigos sin mayor cuidado, en fin, un cúmulo de pequeñas prácticas que demuestran que nuestras organizaciones judiciales tratan mal a los testigos, pero no por una especie de maldad organizacional, sino porque todavía son sistemas que descuidan la verdad y prefieren las actas a las personas; mientras la ideología del trámite señoree en nuestros sistemas los testigos serán poco apreciados en una administración de justicia penal que, en el fondo, trata de evitar tomar decisiones. Se llega incluso al extremo de que esa falta de consideración al testigo proviene de quien lo ha propuesto, de quien pretender valerse de su testimonio para ganar su pretensión. Cuántas veces hemos visto que abogados públicos y privados, acusadores presentan a los testigos sin preparar el interrogatorio, sin saber exactamente para que lo quieren o necesitan, sin comprometerse en lo más mínimo con el valor de su tarea de cooperación social.

Frente a estas prácticas los sistemas adversariales son aquéllos que deben tener muy claro que la reconstrucción de lo fáctico es la clave de que la idea política de la verdad cumpla su función. Y en esa reconstrucción de lo fáctico, el abogado debe saber extraer el pedacito de verdad que todo testigo tiene, realzarlo, hacerlo brillar ante el juez. La verdad es descubrimiento de lo que está oculto, de los que se nos esconde a la consideración usual. Lograr que la verdad del testigo aparezca es una técnica, una técnica que este libro busca enseñar; una técnica que, como ocurre siempre, es el resultado de muchos años de experiencia; en nuestro caso, de siglos de experiencia. Alguien dirá que finalmente todo lo que se enseña en esta colección tiene un alto contenido de sentido común. Precisamente de eso se trata, de construir una práctica de litigio que no riña con el sentido común de la gestión de los intereses en conflicto. Pero también la experiencia ha demostrado que lo que parece sencillo no lo es tanto cuando hay que ponerlo en

acción, que existen miles de casos en los que trabajar el detalle es la clave del litigio. En fin, ningún abogado debería ser tal sin la capacidad de conducir el examen directo del testigo: la más básica, pero muchas veces, la más determinante de las técnicas de litigación.

Alberto M. Binder

Incip

Presentación

Por Gonzalo Rua¹

Como menciono al inicio de esta obra, los casos se ganan o se pierden, por regla general, en el examen directo de nuestros testigos. Sin embargo, a pesar de su singular implicancia en el resultado final del juicio, poco se ha avanzado en el estudio de cómo debe hacer un abogado para preparar, planificar y ejecutar un examen directo persuasivo y eficaz. La enseñanza del derecho, lejos de preocuparse por brindar herramientas efectivas para la práctica del litigio, se desentendió de ello, concentrando su atención en la repetición de dogmas teóricos alejados de la práctica judicial.

Si bien en los últimos años ha comenzado lentamente a vislumbrarse una nueva tendencia hacia la visión práctica de la abogacía, orientada al litigio en sí, el examen directo de los testigos parece aún una materia olvidada, a pesar de su enorme importancia para acreditar los hechos del caso. Son muchos los temas que rodean al examen directo de un testigo. Cómo presentar persuasivamente un relato, cómo orientar al testigo hacia los puntos medulares del caso, cómo construir credibilidad en su narración son algunos de los ejes centrales que rodean esta prueba.

¹ Abogado. Juez Penal en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Docente de posgrado en la Universidad de Buenos Aires. Director del Programa de Reformas Penales en el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP). Miembro de la Junta Directiva del INECIP. Participó en diversos procesos de reforma, tanto en el rol de capacitador como consultor en organizaciones judiciales, en diversos estados provinciales de Argentina y en varios países de la región.

La visión que se tiene del testimonio desde la inquisición, orientado más a un relato espontáneo –no dirigido–, en el cual el testigo debe decir “todo lo que sepa” sobre el hecho para que la verdad aflore y salga a la luz, impacta aún hoy día en la forma en que se desarrolla esta prueba y no permite darle un nuevo horizonte de proyección. No se trata de dejar que el testigo relate todo lo que sabe, sino antes bien, orientar ese relato a los hechos en controversia. Y para ello se requiere de mucho estudio del caso (teoría del caso) y planificación de la prueba.

De la mano de la visión inquisitorial que, de algún modo, pervive sobre la prueba, en algunos países de la región aún se ve con malos ojos la entrevista personal del abogado con sus testigos para la preparación adecuada del testimonio. Todavía falta mucho camino por desandar para perfeccionar el litigio, tanto en el examen como en el contraexamen de testigos. Este libro, de alguna manera, se apoya en el trabajo realizado en los últimos años en diversos procesos de implementación y capacitación en la reforma procesal penal, donde he podido observar la falta de planificación de la prueba testimonial en el litigio.

Quizás el mayor déficit en la forma de producir la prueba testimonial esté centrado en la falta de relación del testimonio con la teoría del caso. Pareciera ser que los abogados, acostumbrados al sistema mixto en el que eran los jueces los que tenían enormes potestades sobre la prueba, no terminan de tomar confianza en la importancia de su rol en planificar y ejecutar la forma en que presentarán las evidencias.

La falta de una adecuada guía analítica que permita orientar la labor del abogado litigante, a través del reconocimiento de los hechos controvertidos del caso y de la presentación de proposiciones fácticas –directos o indiciarios– favorables y creíbles sobre esos puntos, son unas de las principales falencias en el litigio. Es por eso que esta obra que hoy presento se orienta no solo a precisar las diferencias teóricas entre un modelo adversarial y uno mixto o inquisitivo (capítulo primero), sino en proporcionar a los litigantes herramientas satisfactorias (guías analíticas, utilización de preguntas adecuadas, mecanismos de persuasión, técnicas de planificación y preparación del testimonio, entre otros) para presentar una historia persuasiva a través de la prueba testimonial. En definitiva, la tarea del abogado no es más que la presentación de un caso, a través de la prueba, de la manera más persuasiva posible para los intereses que defiende.

Esta obra es, en parte, continuación de la anteriormente publicada en esta colección (contraexamen de testigos). Se trata de parte de un estudio que estoy realizando sobre la reforma procesal penal en América Latina, que pretende trabajar no solo la evolución histórica del movimiento de reforma que ha operado en los últimos veinte años en casi todos los países de la región, sino también la evolución normativa, organizacional de las instituciones que componen el sector justicia y la forma práctica en que opera el derecho a través de las reglas del litigio. Es por eso que, al igual que la obra anteriormente presentada, los temas son abordados a través del trabajo de algunos casos que se encuentran detallados en el capítulo 11. De allí que se recomienda su previa lectura.

Este libro, como observará el lector a lo largo de sus páginas, no está anclado en un código procesal determinado, sino que se trabaja en base a los diversos códigos procesales penales existentes en Latinoamérica, ya que pretende ser una obra que pueda ser de utilidad para la presentación de la prueba testimonial en cualquier país de la región que haya abrazado el sistema adversarial.

En esta oportunidad quiero agradecer el apoyo que me han brindado desde el Poder Judicial de la CABA –donde me desempeño como juez hace más de diez años–, para mi formación en procesos de reforma y para conformar estos textos que no son solo teóricos, sino que están impregnados de mucho trabajo de campo, estudio e investigación sobre el funcionamiento del sistema de justicia penal en la región. En estos largos años que he trabajado en procesos de reforma penal, he podido visitar y cooperar en los procesos de implementación en muchos países de la región (Ecuador, Panamá, Chile, Guatemala, México, Perú, Cuba, entre otros), como así también en la mayoría de las provincias argentinas (en especial quiero mencionar a Entre Ríos, Santiago del Estero, Tucumán, Salta y Río Negro), donde he podido observar las prácticas actuales de sus sistemas, que han sido de gran utilidad para mi formación y para poder comprender los avances y retrocesos de la justicia penal en América Latina.

Esta obra en particular se enmarca dentro de un proceso de estudio e investigación que estoy realizando a través del CEJA, destinado a analizar el movimiento de reforma procesal penal en América Latina. En especial quiero agradecer a Luis Lozano –Juez del Tribunal Superior de Justicia de la CABA– y a Juan Manuel Olmos –Presidente del Consejo

de la Magistratura de la CABA-, por el apoyo incondicional para realizar este tipo de trabajos de investigación. Asimismo, a Jaime Arellano –Director del Centro de Estudios de Justicia de las Américas– quien confió en mí para la realización de este tipo de estudio.

Por último, quiero agradecer a los integrantes del Poder Judicial del Estado de Nuevo León, México, con quienes vengo trabajando fuertemente para la consolidación del modelo adversarial, donde se observan grandes avances y que, seguramente, será un Estado referente para la reforma en México y en toda la región. Sin duda, muchos de los aportes de esta obra están basados en ideas que se fueron consolidando en los cursos allí dictados. En especial a Gustavo Guerrero Gutiérrez, Presidente del Consejo de la Judicatura, y a Jesús Demetrio Cadena Montoya, Director del Instituto de la Judicatura, ambos del Poder Judicial del Estado de Nuevo León, quienes han confiado en nuestra institución –INECIP– para cooperar en esa tarea.

1. Introducción

Los casos se ganan o se pierden, por regla general, en el examen directo de nuestros testigos². Es por eso que en el sistema anglosajón –con una vasta experiencia en la planificación estratégica del litigio– se suele referir al examen directo como el corazón del caso³, como la principal oportunidad para narrar y acreditar una historia. La razón de ello obedece, básicamente, a que las proposiciones fácticas más relevantes –hechos– tendemos a acreditarlas a través de nuestros testigos con sus respectivos exámenes directos. Para eso tenemos que presentar un relato que resulte confiable, creíble y que aborde y profundice los temas centrales del caso. No se trata que los testigos brinden un relato social del hecho, tal como lo vivenciaron a través de sus sentidos, sensaciones y sentimientos⁴. Como lo afirman Baytelman y Duce, el examen directo “no consiste en guiar al testigo para que diga todo lo que sabe, sino, más bien, para que diga todo lo que sirve y, desde el punto de vista del litigante, esto es todo aquello que fortalece su teoría del caso o debilita la de la contraparte”⁵.

² Lubet, Steven, *Modern Trial Advocacy. Analysis and Practice*, NITA, Second edition, Indiana, 1997, p. 45. La traducción de las obras en inglés me pertenece.

³ *Ibidem*. En igual sentido, Thomas Mauet, quien afirma que la mayoría de los casos se ganan en los puntos fuertes de nuestro caso; no en las debilidades de su oponente (Mauet, Thomas, *Trial Techniques*, seventh edition, Advisors, New York, 2007, p. 97).

⁴ Nos referimos a lo que cada persona pudiera declarar respecto de un hecho ilícito que presencié o sufrí. No necesariamente ese relato se focalizará en los hechos que el litigante necesita obtener para ganar el caso.

⁵ Baytelman, Andrés y Duce, Mauricio, *Litigación penal, juicio oral y prueba*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2004.

Para poder contar una historia persuasiva a través del relato de nuestros testigos, es preciso que los testimonios se orienten hacia los puntos medulares y centrales del caso, donde se presentan hechos controvertidos. Identificar estos nudos es la primer actividad que debe realizar un abogado litigante, para lo cual, debe valerse de la teoría del caso como herramienta metodológica de trabajo. De poco serviría pretender realizar un interrogatorio eficaz sobre nuestros testigos si no hemos abordado previamente, a través de alguna guía analítica que nos permita obtener una visión global del caso, la distinción de los hechos controvertidos de los incontrovertibles –esto es, aquéllos que por más que quisiésemos que no estén, son parte del caso y nuestra historia tiene que asumirlos–; los hechos principales de los secundarios; y los hechos relevantes de los que no lo son. Para ese fin, la teoría del caso es, ante todo, nuestra explicación sobre lo ocurrido, la que nunca podrá ser abandonada en el juicio, ni en los interrogatorios directos realizados sobre nuestros testigos, ni durante el contraexamen de los testigos de la parte contraria. Pero en rigor de verdad, la teoría del caso es mucho más que la determinación de los hechos. Se comporta como “el conjunto de actividades estratégicas que debe desarrollar un litigante frente a un caso, que le permitirán determinar la versión de hechos que sostendrá ante el tribunal, y la manera más eficiente y eficaz de presentar persuasivamente las argumentaciones y evidencias que la acreditan en un juicio oral”⁶.

La preparación del juicio oral comienza mucho tiempo antes que dé inicio la audiencia de debate. En la selección que hacemos de nuestras evidencias durante la investigación penal preparatoria, y que se discute su admisión en la audiencia preparatoria de juicio oral –también conocida como etapa intermedia–, se define mucho de lo que irá a ocurrir en la audiencia de debate⁷. No solo se trata de identificar qué pruebas

⁶ Moreno Holman, Leonardo, *Teoría del caso*, Ediciones Didot, Buenos Aires, 2012, p. 28.

⁷ A pesar de la enorme importancia que tiene el tratamiento de la admisión de prueba en la audiencia preparatoria de juicio, y su indudable implicancia en el resultado del juicio oral, la litigación sobre estos ejes es aun francamente pobre. El principio de amplitud probatoria, propio de la tradición racionalista de la prueba (*free proof*), sumado a la falsa creencia de que cuanto mayor cantidad de elementos de prueba ingresen a conformar el *corpus* probatorio, mayores serán las expectativas de arribar a la verdad, terminan por provocar que no haya un debido control de la calidad de información que ingresa como prueba al debate. En la región no se advierte aún que el modelo adversarial debe partir necesariamente de interpretar al derecho probatorio como una suerte de límite o regla de exclusión que opera en la etapa intermedia y que evita, precisamente,

pretendemos presentar en el juicio oral, sino también cuáles hechos son los que queremos acreditar con aquéllas, realizando un juicio lógico sobre nuestras expectativas de éxito en el caso. Reconocer los hechos controvertidos, planificar el desarrollo y ejecución de las pruebas tendientes a acreditarlos y proyectar nuestras chances de éxito en el caso, son algunos de los principales desafíos de la litigación oral.

Es cierto que un caso –tal como muestras las películas–, se puede ganar también con un buen contraexamen, debilitando la credibilidad del testigo o del testimonio, por ejemplo, ya sea por las condiciones de iluminación del lugar donde se percibieron los hechos, o generando un cuadro de dudas sobre la credibilidad o falibilidad del testimonio⁸. Sin embargo, en la gran mayoría de los casos, son precisamente los exámenes directos los que inclinan la balanza para uno u otro lado y, por ende, requieren de una preparación y planificación responsable por parte del litigante.

Ahora la pregunta es, de qué modo podemos planificar adecuadamente un examen directo. O, dicho de otra manera, cómo presentar una narración persuasiva de un testigo a través de un examen directo, si en nuestra formación académica, en líneas generales, no se ha profundizado en una visión práctica y estratégica de la litigación y de la abogacía⁹. Sabemos que cuanto más precisos, claros y circunstanciados presentemos los hechos, más persuasivos y eficaces seremos, y mayores

el ingreso de información de baja calidad. Al respecto ver, Ferrer Beltrán, Jordi, “La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasi benthamiana”, en AA.VV., *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*, Abeledo Perrot, Santiago de Chile, 2010, p. 4.

Como bien señala Taruffo, el principio de libertad probatoria tiene límites que están desarrollados bajo el concepto de “*law of evidence*”. Así, “existen algunas zonas en las que operan, en cambio, reglas jurídicas que de distintas formas –principalmente introduciendo limitaciones– se superponen y sustituyen a aquellos criterios, en función de exigencias o valores incorporados al ordenamiento jurídico y que se considera que deben prevalecer sobre el principio de libertad de la prueba” (Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, 4ª edición, Trotta, Madrid, 2011, ps. 359 y ss).

⁸ Para ello, precisamente, está el contraexamen. Al respecto, ver, Rúa, Gonzalo, *Contraexamen de testigos*, Ediciones Didot, Buenos Aires, 2014.

⁹ Cómo se explica sino que, a pesar de su importancia, haya tan poca literatura sobre este punto. El sistema inquisitivo de justicia y la visión tradicional de que tanto las partes como el Juez deben procurar arribar a la verdad, han tallado fuertemente la forma de producir prueba en el proceso penal. Y la prueba testimonial no ha sido la excepción. Tal como apunta Binder, “de lo que se trata es de lograr pasar de un modelo de administración de justicia basada en el trámite, en la petición (que es el modelo de las peticiones administrativas), a una administración de justicia basada en el litigio” (Binder, Alberto, *La implementación de la nueva justicia penal adversarial*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2012, p.

serán nuestras chances de obtener un resultado satisfactorio en el juicio. Básicamente porque estaremos brindando la posibilidad al jurado o al juez de revivir los hechos según nuestra perspectiva¹⁰, aquélla que constituye nuestra teoría del caso, nuestra explicación sobre lo ocurrido, y que será expuesta en el alegato de apertura.

Para cumplir adecuadamente esa función, como dijimos, se requiere algo más que sentar a un testigo en una sala de audiencias y dejar que cuente "todo lo que sabe", tal como lo regulan los sistemas mixtos e inquisitivos. Ese no parece ser un ejercicio muy profesional de la abogacía, sino más bien implica dejar librado al azar, a la actitud y aptitud de un tercero –en este caso, el testigo– para narrar determinados hechos. Al contrario, como veremos en esta obra, se requiere de un entrenamiento adecuado sobre determinadas áreas y destrezas, hasta hace pocos años casi inexploradas por estas tierras. Identificación de los hechos relevantes, preparación del testigo y del testimonio, acreditación adecuada de aquél, detalles precisos del relato en los hechos controvertidos y control de la prueba, son algunos de los ejes centrales donde debe profundizarse el estudio de la abogacía.

Si las partes pretenden presentar una historia creíble y persuasiva a través de su prueba, es fundamental que tengan cabal conocimiento de quiénes son sus testigos, qué vieron y qué escucharon. No deben limitar su tarea a revisar el legajo de pruebas, sino que deben profundizar la investigación. Nunca un testigo dice todo lo que sabe en una declaración previa. Y no queremos que la parte que no relató nos sorprenda en la audiencia de juicio. Al tener en cuenta ello, no hay duda que los abogados deben conocer a sus testigos¹¹ para preparar una narración persuasiva de los hechos que pretenden dar por ciertos.

Sin embargo, a pesar de los más de veinte años de esta nueva oleada de reformas en la región, que comenzó con la vigencia del Código Procesal Penal acusatorio en Guatemala en el año 1994¹², en líneas

180). Para ello, es necesario aferrarnos a la idea de que el proceso penal en un sistema adversarial es un proceso de partes, donde corresponde a éstas y no al Juez, probar los hechos del caso.

¹⁰ Mauet, Thomas, *Trial Techniques...*, op. cit., p. 97.

¹¹ Conf. Chaia, Rubén, *La prueba en el proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2010, p. 528.

¹² Sobre la evolución de la reforma procesal penal en América Latina, se puede consultar el trabajo de Langer, Máximo, "Revolución en el proceso penal latinoamericano: difusión de ideas le-

generales, cuesta aún observar en la práctica una adecuada planificación de un examen directo. No ha sido sencillo torcer el bagaje cultural proveniente del modelo anterior.

La falta de un plano normativo adecuado que realice una diferenciación entre la forma de examinar y contraexaminar a un testigo, las facultades probatorias de los Jueces, la potestad de incorporar muchas declaraciones por escrito bajo un sinnúmero de supuestos regulados, la "mala prensa" que aún tienen las entrevistas de los abogados con los testigos y la escasa preparación de los litigantes han sido suficiente antídoto para lograr cambios profundos en las prácticas, al inicio de este proceso de reforma. Estas circunstancias terminaron por generar un terreno pantanoso para la tarea que debe realizar un abogado litigante en las salas de audiencias.

En el presente libro trabajaremos desde un punto de vista teórico-práctico sobre los casos "Carmen" y "Donda", que se encuentran en el anexo de casos al final de esta obra, por lo que sugerimos su lectura previa.

1.1. La credibilidad del testimonio

En los últimos veinte años se ha intensificado el estudio sobre la incidencia de la prueba testimonial en las sentencias y la dificultad de determinar, a través de parámetros objetivos, la veracidad de lo narrado por los testigos, que necesariamente impregnan de subjetivismo sus relatos¹³. ¿Son creíbles los testimonios? ¿Es previsible determinar si un testigo miente? ¿Qué parámetros tenemos en cuenta para apreciar la veracidad de un testimonio? Estos interrogantes plantean una necesidad mayor en la preparación de la prueba testimonial e ilustran sobre la importancia de mantener bajo control la forma en que ingresa la información al juicio. Ya no es suficiente la sola afirmación de un testigo para tener por acreditados los hechos, sino que también es preciso dar buenas razones para sostener y argumentar su credibilidad. Sobre este punto ya nos alertaba hace más de cien años Framarino dei Malatesta quien

gales desde la periferia", *Revista de Derecho Procesal Penal. El proceso penal adversarial*, Tomo II, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2009.

¹³ Si bien es cierto que la llamada "psicología del testimonio" ha sido una preocupación desde hace varios siglos atrás, en los últimos años ha habido una fuerte evolución y preocupación para determinar criterios razonables y objetivos de credibilidad del testimonio. Sobre la evolución en la materia, ver Nieva Ferroll, Jordi, *La valoración de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 214.

refería que el testimonio tiene tanto valor probatorio como exactitud la percepción de los hechos aseverados, y si no se sabe cómo se llevó a cabo la percepción, no se puede tener fe en su exactitud¹⁴. No se trata de dejar que el testigo relate los hechos a su libre albedrío, sino antes bien, precisar y dar sustento a sus dichos, a través de hechos secundarios, que le den mayor veracidad. Entendemos por hechos secundarios aquéllos que no están destinados a acreditar directamente alguno de los hechos contenidos en la acusación o en la teoría del caso de la defensa, sino que tienden a brindar credibilidad o sustento a las afirmaciones aportadas por el testigo sobre el hecho principal¹⁵. La acreditación de los hechos secundarios, en casos donde abunda prueba indiciaria, resultan vitales para el éxito de nuestra empresa.

Como dijimos, en el proceso penal actual ya no es suficiente con el relato de un testigo que reflere haber observado al imputado en la escena del hecho, sino que corresponde al litigante también proporcionar buenas razones para dar mayor credibilidad del testimonio. A modo de ejemplo, ¿es creíble lo que afirma? ¿Hay razones para sostener que el testigo tendría interés en el caso que lo lleva a mentir? ¿Cómo era la iluminación del lugar al momento en que el testigo habría observado al imputado? ¿Pudo equivocarse? ¿Hay margen de error que supera la duda razonable? ¿Y a qué distancia se encontraba de la persona que dice haber observado? ¿Y cómo era la visión del testigo al momento en que ocurrieron los hechos? Éstas y otras preguntas similares debe formularse un litigante para comenzar a diagramar el interrogatorio, de modo tal que, a través de estos hechos secundarios, le proporcione mayor credibilidad a su testigo.

Como bien señala Perfecto Andrés Ibáñez tanto en el modelo de pruebas legales –prueba tasada– como en el de libre convicción, si bien opuestos, se parte en ambos desde una simplificación en el análisis de la prueba

¹⁴ Framarino Del Malatesta, Nicola, *Lógica de las pruebas en materia criminal*, 3ª edición, Unione Tipografica Editrice, Torino, 1912, (trad. por Simón Carrejo), Temis, Bogotá, 1997, p. 105.

¹⁵ Al decir de Taruffo, los hechos secundarios o simples se distinguen de los hechos principales en la medida en que no reciben calificación jurídica alguna. Afirma el autor que “estos hechos adquieren significado en el proceso solo si de ellos se puede extraer algún argumento acerca de la verdad o falsedad de un enunciado sobre un hecho principal” (Taruffo, Michele, *op. cit.*, p. 120). Como ejemplos de hechos secundarios de un reconocimiento podríamos mencionar la iluminación del lugar, el tiempo que duró el hecho, el estado de nervios de la víctima, etcétera.

testimonial carente de racionalidad. En términos de Ibáñez, en ambos modelos se parte “acriticamente de una simplificación”¹⁶. Mientras que en el primer modelo –propio del sistema inquisitivo– se partió de la supuesta racionalidad de que bajo determinadas reglas la prueba era concluyente (por ejemplo, la existencia de dos testigos), en el modelo de libres convicciones se ha tendido también a simplificar el proceso de determinación de los hechos, centrandó el análisis de la credibilidad de la prueba testimonial en aspectos poco claros como ser la seriedad del testigo, la tranquilidad, la forma en cómo relata los hechos o los detalles arrojados en el testimonio¹⁷. Bajo la misma lógica, el profesor cubano Danilo Rivero García apunta que a la falibilidad del testimonio se une la pobreza de los conocimientos indispensables por parte de los juristas, para con un mínimo de rigor científico, someter a crítica el testimonio escuchado (conocimiento de la psicología judicial, por ejemplo), quedando su apreciación de esta manera, sujeta a la más absoluta arbitrariedad¹⁸. Sumado a ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido bien clara al establecer que la revisión de un fallo condenatorio “debe ser un recurso ordinario, accesible y eficaz, que permita un examen o revisión integral del fallo recurrido, esté al alcance de toda persona condenada y respete las garantías procesales mínimas”¹⁹, entre los que deben incluirse, obviamente, los hechos secundarios que dan mayor o menor sustento a lo declarado por los testigos.

¹⁶ Conf. Andrés Ibáñez, Perfecto, *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Claves del derecho procesal penal, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, p. 100.

¹⁷ Al decir del autor español, la prueba testifical “tiene algo de auto contradictorio, porque, mientras atribuye al que la presta una auténtica capacidad de transmitir datos fácticos, incluso hechos al tribunal: elementos por tanto, dotados de supuesta consistencia objetiva; al propio tiempo asocia el valor de verdad de tales informaciones a la apreciación de elementos tan inaprensibles y de tanta relatividad como los de referencia, cuya lectura, siendo función personalísima, no podría dejar de variar según el sujeto que la lleve a cabo”. (Idem, p. 103). Sobre todo si no se cuenta en juicio oral con un sistema que registre la audiencia en video digital.

¹⁸ Añade el profesor cubano varios ejemplos. Así expresa que podría “darle crédito a un testimonio porque el sujeto declaró con firmeza ante el Tribunal, y restárselo a otro, por hacerlo con dubitación. El primero podía estar acostumbrado a mentir a los Jueces, incluso por haberse preparado para ello. El otro, hombre de campo, quien acude al Tribunal por vez primera, se siente nervioso y teme enfrentarse a ese escenario” (Rivero García, Danilo, *Estudios sobre el proceso penal*, ONBC, La Habana, 2014, p. 129).

¹⁹ Conf. CIDH, Fallo “Norin Catrیمان vs. Chile”, 29-5-2014, par. 270. En igual sentido, “Herrera Ulloa vs. Costa Rica” y “Mohamed vs. Argentina”, del 23-11-2012.

Al inconveniente del modo en que en la práctica judicial se valora y otorga credibilidad al testimonio, basado en aspectos poco centrales y carentes de científicidad, contamos con el problema adicional de cómo se construyen los recuerdos en la memoria, el cual tiene un alto componente de reelaboración y que, bajo determinados aspectos, se vuelve falible y fácilmente maleable²⁰. Se ha estudiado desde la psicología que las huellas de la memoria no son una réplica exacta de la realidad, sino una recreación de ella que va reconstruyendo y reelaborando lo ocurrido con la diversa información que va recibiendo. No podemos reproducir nuestros recuerdos como si se tratara de una video filmación. Cada vez que evocamos uno, integramos los detalles que recordamos a nuestras expectativas de lo que deberíamos recordar²¹.

²⁰ Mazzoni, Giuliana, *¿Se puede creer a un testigo? El testimonio y las trampas de la memoria*, Troita, Madrid, 2010, p. 24. Señala la autora que el testimonio no solo depende de la memoria del testigo. Hay diversos factores a tener presente tales como la edad del testigo, el nivel de conciencia del individuo, el grado de atención prestado, la cantidad de recursos cognitivos empleados y los esquemas mentales de referencia que entrar en juego al interpretar el significado del episodio, entre otros (Ídem, ps. 20 y ss.).

²¹ Así, lo exponen claramente Chabris, Christopher y Simons, Daniel, en su libro *El gorila invisible y otras maneras en las que nuestra intuición nos engaña*, (trad. Gabriela Ferrari), Siglo veintiuno, Buenos Aires, 2011, p. 72). Allí exponen una serie de experimentos, entre ellos el famoso caso del "gorila invisible", que puede ser buscado en internet. Allí exhiben el funcionamiento de la memoria y como tiende a procesar información de manera intuitiva, aún cuando la misma pudiera ser falsa. En esta obra, los autores citan una demostración palmaria de este principio que fue realizada por los psicólogos William Brewer y James Treyns. Allí condujeron a unas personas a una oficina de una universidad y se les pidió que esperasen allí durante unos minutos. Treinta minutos más tarde se los condujo a otra oficina y se les pidió que escribieran en una lista todo lo que habían observado. Se trataba de una típica oficina de postgrado, con escritorio, sillas, estantes, etc. Pero la oficina era inusual, ya que no tenía ningún libro. Sin embargo, el 30 % de los encuestados afirmó recordar haber visto libros, lo que da cuenta del tipo de "falsa memoria" (Ídem, ps. 67 y ss.).

Del mismo modo, para verificar estas pautas, en un curso destinado a fortalecer las destrezas de los Jueces para la conducción de audiencias y la toma de decisiones, organizado por el Poder Judicial del Estado de Nuevo León, México, luego de dar clases durante un par de horas, solicité a los cursantes (en total eran cerca de veinticinco) que me dijese de qué color era la corbata que llevaba puesta –que instantes antes había procedido a quitármela–, y que me indicaran si estaban seguros o no de ello. Fue llamativo que solo el 25 % de los alumnos pudo responder a la pregunta de manera correcta y con un alto grado de seguridad. Sin embargo, más llamativo aún fue que el 50 % de los cursantes afirmaron que mi corbata era de otro color a la que llevaba puesta, indicando que estaban 100 % seguros de ello. En este caso, la memoria les había jugado una mala pasada, construyendo información por fuera de los recuerdos.

Tal como lo expone el premio nobel de economía y psicólogo Daniel Kahneman, existen dos tipos de procesos mentales para procesar información. El primero opera de manera rápida y automática

Estas dos circunstancias –juicio de credibilidad judicial de la prueba testimonial y falibilidad de la memoria– dan una pauta no solo de la enorme complejidad que implica valorar un testimonio, sino también la dificultad de producir adecuadamente la prueba testimonial, lo que da cuenta de la necesidad de fortalecer un examen directo a través de información –hechos secundarios– que refuerce su credibilidad. Resulta claro que un sistema que no regule un genuino contraexamen con la admisión de preguntas sugestivas que permitan confrontar la información vertida, no parece ser un buen modelo a seguir para la producción de información de alta calidad. De hecho, hay casos que requieren un mayor trabajo para determinar la fiabilidad del testimonio, tales como los casos de identificación de sospechosos y ruedas de reconocimiento, que veremos más adelante en esta obra²².

1.2. La herencia del sistema inquisitivo

Los casi quinientos años de vigencia del sistema inquisitivo cultural y normativamente impuesto en nuestra América Latina, han dejado una profunda huella en la forma de aplicar el derecho que persiste

(sistema uno), mientras que el segundo centra la atención en actividades mentales (sistema dos). Usualmente las personas utilizan el pensamiento rápido e intuitivo para la toma de decisiones cotidianas, ya que si no sería bastante compleja y tediosa la vida. Si preguntamos la hora a otra persona, creemos que nuestro interlocutor nos dice la verdad y tendemos a creerle sin realizar otro tipo de análisis mental. Solo cuando con el pensamiento rápido encontramos alguna dificultad, ingresa el sistema mental más lento para procesar otra información. Cuando realizamos un cálculo mental de cierta complejidad, como una multiplicación de 24 por 17, requerimos de un trabajo mental y esforzado que realice diversos pasos para arribar a una conclusión. Asimismo, existen ilusiones del pensamiento que se denominan "ilusiones cognitivas", que nos generan un amplio margen de error en la toma de decisiones. Para reducir el margen de error es preciso reconocer cuando el pensamiento rápido (sistema uno) es insuficiente para la toma de decisiones (Kahneman, Daniel, *Pensar rápido, pensar despacio*, Debate, Buenos Aires, 2012, ps. 45 y ss.). Llevándolo al campo jurídico, las afirmaciones que realiza un testigo no siempre son producto de un pensamiento mental complejo (sistema dos), y algunas de las conclusiones a las que arriba pueden tener un margen de error. Es condición del abogado litigante fortalecer la credibilidad de sus afirmaciones (en el examen directo) o desacreditar aquéllas (contraexamen).

²² Como veremos más adelante, la forma en que el personal policial se dirige al testigo dando cuenta que el imputado "debe estar ahí", los datos que le aporta a la víctima el oficial a cargo de la investigación, entre otras, pueden ser elementos extremadamente peligrosos para recrear y reelaborar la información que posee el testigo y, por consiguiente, su memoria. Sobre ello, conf. Mazzoni, C., Ídem, ps. 22/23; y Andrés Ibáñez, P., Ídem, p. 116.

hasta nuestros días²³. A pesar del extenso movimiento de reforma de la justicia penal latinoamericana operado en las últimas décadas, cuyo objetivo sigue siendo remover la matriz y la tradición inquisitorial del proceso penal²⁴, aún persisten prácticas que se apoyan en dicha tradición. Esa marca indeleble, aunque con menor intensidad, mantiene hoy día su presencia en la práctica judicial y en la forma en que se instrumentan los diferentes medios de prueba, que requieren aún de un largo camino de evolución hacia modelos más adversariales, sobre todo en lo atinente al registro de la información, preparación de la prueba, planificación y valoración de ésta en juicio²⁵. Como remarca Damaska, durante muchos siglos la administración de justicia continental e inglesa han diferido notablemente en este terreno (referido a la prueba), pues uno se apoya en lo que está registrado –en un frío expediente, adjetiviza el autor en otra parte de la obra– en un archivo y el otro, en la comunicación oral²⁶.

²³ Tal como explica Maier, en el año 1567, a través de la Nueva Recopilación, se acordó la vigencia en América hispana como derecho común a las Siete Partidas, que había sido sancionada por Alfonso X, “El sabio”, promediando el siglo XIII. Con esta ley, España recibía del derecho romano canónico el modelo inquisitivo en la persecución penal (Maier, Julio, *Derecho Procesal Penal*, Tomo 1, *Fundamentos*, 2ª edición, Del Puerto, Buenos Aires, 1996, ps. 300 y 302), el que continuó vigente algunos años después de la independencia de España (idem, p. 460). Independientemente de la efectiva vigencia de las Siete Partidas en la región, el modelo cultural impuesto desde la conquista de América fue el inquisitivo, no quedando influencia alguna de la legislación indígena anterior a la conquista (idem, p. 328).

²⁴ Afirma Binder que para el cambio de la matriz y la tradición inquisitorial del proceso penal ha sido un hito la transformación del procedimiento penal hacia uno de estructura predominantemente adversarial, lo que comporta un horizonte de proyección con capacidad evolutiva (Binder, Alberto, *Derecho Procesal Penal. Hermenéutica del proceso penal*, Tomo 1, Ad-Hoc, 2013, ps. 32 y ss.).

²⁵ Como bien explica Nicora, el “lastre inquisitivo en la cultura jurídica” opera bajo un esquema profundamente arraigado en nuestra sociedad, que está centrado en un modelo autoritario donde el Juez tiene un inmenso poder para descubrir la verdad (Nicora, Guillermo, “¿El fin de la adolescencia? Definiendo el rol del Ministerio Público en un proceso acusatorio”, *Revista de Derecho Procesal Penal. El Proceso penal adversarial*, Tomo 1, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2008, p. 78).

²⁶ Damaska, Mirjan, *Las caras de la justicia y el poder del estado. Análisis comparado del proceso legal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2010, p. 109. Del mismo modo, Carrara remarca que no es que en el sistema acusatorio no exista una investigación previa. Solo que esa investigación que ocurría en Roma era tan solo preparatoria del juicio criminal, sin que tenga parte alguna en él, a diferencia del modelo inquisitivo en el que la inquisición escrita da soporte al juicio oral (Carrara, Francesco, *Programa de Derecho Criminal*, Temis, Bogotá, 1996, Tomo 2, p. 300).

Y la prueba testimonial no ha sido la excepción; al contrario. Históricamente la prueba testimonial, de algún modo, fue la base del sistema inquisitivo, ya que el testimonio es nuestra mayor fuente de creencia e información y, en dicho modelo, al ser tomado por el inquisidor, valía aún de mayor credibilidad y confianza²⁷. Si bien es cierto que en el proceso inquisitorial la confesión era la reina de las pruebas, no lo es menos que aún bajo ese modelo se valía de una denuncia –aunque más no sea informal– para comenzar la investigación. De modo tal que ese testimonio era el que, usualmente, motorizaba la investigación y las torturas para obtener la confesión, la que tendía a reafirmar lo denunciado.

Ya desde las Partidas se prestaba especial atención a la forma de llevar a cabo ese testimonio para intentar desentrañar la verdad de los hechos, fijando modos de interrogación que tendían a trabajar sobre aspectos o hechos secundarios que pudieran dar mayor credibilidad tanto a los dichos del testigo, como así también a la forma de realizar el interrogatorio durante la práctica de la tortura²⁸. Y la información que allí se volcaba se mantenía secreta, incluso para las partes, ya que lo relevante no era la publicidad, sino antes bien, el mecanismo para arribar a la verdad²⁹.

²⁷ Tal como afirma Páez, la mayoría de los testimonios son aceptados irreflexivamente, sin que medie un proceso de deliberación consciente. Nuestra credibilidad probablemente está apuntalada por mecanismos subconscientes muy estables que sopesan la plausibilidad de las afirmaciones de los demás (Fricker, 1995). De hecho, nuestra confianza en las palabras de los demás son un requisito para la interacción social en general (Páez, Andrés, “Una aproximación pragmática al testimonio como evidencia”, en AA.VV., *Estándares de prueba y prueba científica*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 216).

²⁸ Por ejemplo, en la Partida III, Tit. XVI, Ley 28, se menciona que el Juez debía interrogar sobre el tiempo en que fue hecho aquello sobre que atestiguan, la presencia de otros testigos y demás circunstancias, distinguiendo los testigos de buena fama de aquellos que son viles o sospechosos. Solo a éstos debiera realizarse más preguntas sobre el tiempo y demás circunstancias del caso. Al respecto, ver Nieva Ferroll, J., *Idem*, p. 213.

²⁹ Señala Maier las características principales del sistema inquisitivo. “El secreto absoluto de las actuaciones, que comprendía, incluso, el nombre de los denunciados y de los testigos de cargo, y hasta la misma sentencia, razón por la cual el imputado absuelto seguía preso si no pedía su libertad –y de oficio no se disponía– y acababa su vida en la prisión, porque el secreto comprendía al público que, prácticamente, solo constataba la desaparición de un vecino. La obligatoriedad de la denuncia o de la delación, aún entre parientes próximos, con el fin de adquirir información a todo trance y tornar punible hasta el silencio. El interrogatorio del imputado bajo juramento y tortura, sin que existieran privilegios personales que eximieran de la aplicación de tormento” (Maier, Julio, *Derecho Procesal Penal*, Tomo 1, op. cit., p. 302).

Ese formato de testimonio, fuertemente influido por la inquisición, estructurado bajo un modelo escrito y sin posibilidad de controvertir su información, pasó al sistema mixto –o inquisitivo morigerado– bajo los resabios del viejo molde, casi sin variables, aunque con mucho maquillaje para intentar mostrar otro rostro. Así, si bien se le permitió a la defensa conocer las pruebas que había en su contra y producir prueba de descargo en juicio, las declaraciones testimoniales recibidas durante la instrucción quedaban escritas, formalizadas y sacralizadas en un expediente, con la posibilidad de su posterior incorporación por lectura en el juicio, haciendo las veces de pruebas pre-constituidas –una suerte de anticipo probatorio– sin control de las partes.

La existencia de un expediente como antesala de la realización del juicio oral, y la supuesta excepcionalidad de su incorporación por lectura –que terminó por ser más una regla–, fue determinante al momento de instrumentar la prueba testimonial³⁰. La prueba testimonial se convirtió más en una reafirmación de la declaración prestada durante la instrucción que en la producción de una prueba autónoma, nueva y sujeta a contradicción. Al dársele un trato de reafirmación de un acto anterior, la declaración testimonial no tuvo un cauce adecuado de crecimiento. La amplia recopilación de información formalizada y ritualizada en un expediente, como antesala del juicio, tuvo una enorme influencia en aquél.

Detrás de este modelo de instrumentación y materialización de la prueba testimonial, propio del modelo mixto, está la base conceptual del anterior sistema inquisitivo preocupado por obtener la verdad real de lo ocurrido a cualquier costo y por cualquier medio. Al modelo inquisitivo no le preocupaba que la información ingresada no estuviese sujeta a contradicción, ni el riesgo de error judicial³¹. De allí su premi-

³⁰ Como prueba basta citar al Código Procesal Penal de la provincia de La Rioja que permite una amplitud del tribunal en revisar el expediente. Así, el art. 424 dispone: "la Cámara puede ordenar la lectura de la denuncia, de actas del sumario o cualquier otro documento perteneciente a la instrucción". Cabe destacar que al momento de la redacción de esta obra se encuentra en tratamiento un proyecto de Código adversarial presentado por el INECIP, que fue elaborado a través de una comisión conformada, entre otros, por los riojanos Jorge Gamal Chamia, Héctor Daniel Barría, Lucas Romero Ratti, Laura Cora Bogani, Hugo Montivero, Mario Martínez, y por el INECIP Tobías Podestá, David Terroba y Gonzalo Rua.

³¹ Como bien alertaba Framarino dei Malatesta al oponerse a los sistemas que permitían la incorporación de la prueba por escrito, el principio de oralidad "tiene su fundamento en un principio más amplio, es decir, en el del examen directo de las pruebas, al cual es preciso confiarse, siempre

nencia en la incorporación por lectura de actas judiciales sin control de partes, donde se plasmaban los dichos brindados por un testigo a la instrucción. Bajo ese manto se interpretó, incluso, que los defensores eran auxiliares del juez³² y se partió de la errónea idea de que tanto el Juez como las partes (acusación y defensa) estaban en una audiencia de juicio para desentrañar la verdad, generándose así una confusión de roles en una maraña de intereses contradictorios y confusos. Solo así puede justificarse que se permita incorporar en juicio la declaración de un testigo que fue prestada sin la presencia de un juez y de las partes, y que no se encuentra registrada en soporte digital de audio y video. Nada menos confiable que la incorporación de una evidencia por lectura sin intermediación y que fue tomada de semejante forma³³, cuando, precisamente, el juicio oral no es otra cosa que un mecanismo muy eficiente para depurar la información sobre la base de la cual se han de tomar decisiones de gran relevancia³⁴.

Al contrario, tal como lo explica Ferrajoli, el sistema acusatorio parte de una base conceptual diferente. Ya no es la primacía del fin de una verdad obtenida por cualquier medio –propio del inquisitivo y aceptado con algunos matices por el sistema mixto–. Se trata, en el proceso

que ello sea posible, para evitar el influjo extraño del espíritu de quien redactó el testimonio sobre la mente del juez que debe pronunciar la sentencia". (Framarino dei Malatesta, N., Ídem, p. 24).

³² Cuesta creer que aún hoy en Argentina contemos con Procuradores Generales que estén a cargo de funciones diametralmente opuestas como la de ser jefe de los Fiscales y Jefe de los Defensores Públicos. Así, las provincias de Tucumán, Santiago del Estero y Buenos Aires, entre otras, mantienen aún esa figura de monstruo de dos cabezas representada por la responsabilidad de acusar y defender adecuadamente.

Francamente me resulta imposible comprender cómo pueden cumplir esa función. Me imagino ordenando a los fiscales que acusen con errores procesales, o a los defensores que defiendan con armas poco convincentes. Esta doble función no solo repercute negativamente en la función propia de acusar y defender sino también en la organización y la disponibilidad presupuestaria para una y otra función.

Esta postura de mantener el dominio de ambos Ministerios, como pretenden algunos procuradores, es tan absurda y contradictoria como lo es la función del Juez de Instrucción, aún vigente en el ámbito de la Justicia Federal y Nacional en Argentina, en la que se le da la irracional función de velar por las garantías de los imputados que ellos mismos investigan.

³³ ¿Cómo fue tomado el testimonio? ¿Se utilizaron preguntas sugestivas? ¿Capciosas? ¿Se interpretó realmente lo que quiso decir el testigo? ¿Entendió el testigo la respuesta? ¿Se transcribió exactamente lo que dijo el testigo? Y si no fue así, ¿lo redactado representa lo que el testigo dijo?

³⁴ Tal es la conceptualización que utilizan Mauricio Duce y Cristian Riego, para definirlo (Duce, Mauricio y Riego, Cristian, *Proceso Penal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2007, ps. 385 y ss.).

acusatorio, de la "primacía de los medios", en cuanto garantía de una verdad mínima, pero lo más cierta posible³⁵. En palabras de Binder, la verdad ya no es el motor de búsqueda propio del sistema inquisitivo. En el sistema acusatorio el Juez no busca la verdad sino que la exige a los acusadores³⁶. De allí que las reglas de comprobación –teoría de la prueba– se constituyan como una dimensión de la garantía del hecho, como un límite infranqueable para la toma de decisiones³⁷.

Distinto de cómo se encuentra regulada la prueba testimonial en el sistema mixto, bajo el molde adversarial solo puede ser considerada prueba aquella información que fue válidamente controvertida por las partes en juicio oral, bajo las garantías de imparcialidad del Juez y contradicción, que terminan por operar como garantías de verdad, por cuanto permiten un mejor escenario para la toma de decisiones³⁸. Es este el nuevo horizonte de proyección tanto de la prueba testimonial como del resto de las reglas de comprobación del proceso penal.

En ese contexto cultural, no nos debiera llamar la atención que, en las escuelas de Derecho en Argentina, no haya habido mayores avances en capacitación sobre técnicas de litigación en exámenes de testigos –el qué y el cómo interrogar a un testigo–³⁹. Al contrario, a la ense-

³⁵ Esa diferente primacía –de la verdad o de los medios a aplicar– se observa en la forma de regular la prueba testimonial. Así, Ferrajoli afirma: "Es en estas actividades donde se manifiestan los diferentes estilos procesales; del estilo acusatorio, en el que es una máxima la imparcialidad del juez, simple espectador del interrogatorio que desarrollan la acusación y la defensa, al mixto, en el que los espectadores son las partes y es el juez quien conduce el interrogatorio, hasta el inquisitivo, donde el juez se identifica con la acusación y por eso interroga, indaga, recoge, forma y valora las pruebas. Los diversos estilos indican la distinta relación antes ilustrada entre medios y fines en el proceso" (Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, España, 1998, p. 612).

³⁶ Binder, Alberto, *La implementación...*, op. cit., p. 222.

³⁷ Ídem, p. 228.

³⁸ Así, Guzmán afirma que "el contradictorio y la imparcialidad tienen la particularidad que además de ser garantías que protegen la libertad del imputado, facilitan la tarea del conocimiento de los hechos" (Guzmán, Nicolás, *La verdad en el proceso penal*, Del Puerto, Buenos Aires, 2006, p. 137).

³⁹ Es cierto que en las universidades del sur de Argentina ha habido mayores avances, producto del impulso del modelo de justicia de la provincia de Chubut, pionera en el sistema adversarial en Argentina, y más tarde de los modelos de las provincias de La Pampa, Neuquén y Río Negro, con su código acusatorio recientemente aprobado en diciembre de 2014, en cuya comisión redactora participé. Más a nivel nacional, los avances aún son significativamente reducidos, impulsado más por esfuerzos docentes individuales que por una orientación institucional.

ñanza del derecho pareciera no importarle que la práctica forense siga un modelo opuesto al Estado de Derecho y contrario a los postulados docentes. Como explica Binder, la enseñanza del derecho procesal alimenta esas rutinas en tanto las ignora o las aparta de sus preocupaciones como parte de una realidad respecto de la cual nada puede hacer o tienen que decir, o las incorpora en el saber forense⁴⁰. Del mismo modo, la doctrina –en líneas generales– ha trabajado sobre la prueba testimonial desde un plano estrictamente teórico, pero alejado de la praxis forense, sin advertir que sin profundizar sobre ese eje, difícilmente puedan fortalecerse las garantías constitucionales del contradictorio y de la defensa en juicio. De qué sirve conocer la imputación y poder realizar prueba de descargo, si se incorporan por lectura –o bajo la consigna de "refrescar la memoria" del testigo–, declaraciones que no se pudieron cotejar ni contradecir.

Es necesario montar un nuevo escenario conceptual sobre el cual debe proyectarse la práctica y el modo de recibir una declaración testimonial. La determinación de cómo se debe interrogar a un testigo, cómo individualizar sus fortalezas y debilidades, la identificación de las proposiciones fácticas que he de obtener, los puntos de la declaración que no tienen mayor peso en el caso, la acreditación, la forma de incorporar prueba material a través de los testigos y el orden en que presentarán a declarar, no han tenido un mayor desarrollo teórico aún. Diría que la teoría de la prueba, en lo que respecta al modelo europeo continental, se ha detenido solamente en fijar límites a la prueba testimonial basados en un marco normativo, más no en la forma de producir ese testimonio. Así, se han fijado límites a la capacidad de la prueba testimonial para acreditar determinados hechos (por ejemplo, no se puede probar por testigos el estado civil de las personas, para lo que se requiere de las partidas pertinentes). Otros límites apuntan a no vulnerar el secreto profesional (por ejemplo, médicos), o en dar mayor protección al valor de la familia y su integración (así, la prohibición de declarar en contra de un pariente cercano, salvo que el delito haya sido cometido en perjuicio del testigo o de un pariente igual o más próximo). Sin embargo, poco se ha avanzado sobre los límites que surgen desde el plano teórico práctico, esto es, aquellos mecanismos

⁴⁰ Binder, Alberto, *Derecho Procesal Penal...*, op. cit., p. 41.

tendientes a fortalecer el contradictorio para la toma de decisiones. Las reglas de litigación operan en ese orden, fortaleciendo la calidad de la información a través de un genuino juego de igualdad de armas y posibilidad de controvertir la prueba de la parte contraria⁴¹.

Contrariamente a lo sostenido en los sistemas inquisitivos o mixtos, la versión del testigo que se requiere en juicio es bien distinta a la versión social sobre cómo ocurrieron los hechos⁴². Es por ello que la declaración del testigo no debe limitarse a permitir que el testigo, en primer lugar, declare "todo lo que sabe". El litigante es un narrador de historias que tiene la particularidad de guiar el relato que hace un tercero –el testigo–, de modo que debe generar interés y expectativa en el público –jurado o jueces profesionales–, profundizando los planos centrales del relato y pasando rápidamente por los aspectos periféricos o menos relevantes. Un buen litigante, como buen narrador de historias, no puede dejar librado al azar el qué y cómo se cuenta la historia⁴³.

El testimonio, como medio de prueba, presenta una diferencia sustancial en el nuevo sistema adversarial, al reconocer que quien requiere la presencia del testigo –órgano de prueba– realiza un examen directo con precisas reglas de interrogación, que son bien distintas a las que puede utilizar quien contraexamina al testigo –reglas de contraexamen–. En base a ello la normativa ha variado considerablemente en los nuevos ordenamientos procesales en América Latina, que es preciso puntualizar.

⁴¹ De la investigación realizada por el INECIP en el año 2012, sobre el funcionamiento de los Tribunales Orales en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se pudo comprobar la falta de profundización en las técnicas de litigación, siendo difícil observar una diferencia en la ejecución de un examen directo y un contraexamen. Al respecto, ver García Yomha, Diego y Ahumada, Carolina, *Relevamiento sobre el funcionamiento de los Tribunales Orales en lo Criminal de la Ciudad de Buenos Aires*, investigación del INECIP, Buenos Aires, 2012.

⁴² Conf. Baytelman y Duce, *op. cit.*, p. 115.

⁴³ Vayamos a la fábula del lobo y los tres cerditos, conocida por todos, que usualmente es utilizada para ejercicios de litigación por el profesor Martín Sabelli. Si el narrador de la historia infantil se queda atrapado en aspectos poco trascendentes como ser el lugar donde uno de los cerditos consiguió la paja para construir la primer casa, el precio que pagó el tercer cerdito por el ladrillo, la negociación en la compra del material en un corralón, seguramente el público empezará, cuanto menos, a bostezar. Sin embargo, si esos detalles los pasamos por alto, pero detenemos nuestra atención en el momento en que el lobo está por atrapar los cerditos con intención homicida, la atención aumentará. Esa es la tarea del litigante junto a su testigo: utilizar los conocimientos del testigo para generar una narración persuasiva sobre los aspectos centrales de la historia.

1.3. El cambio normativo en la región. El juego de las diferencias

Los sistemas mixtos han sido, si se quiere, bastante displicentes al momento de regular cómo se debe llevar a cabo la prueba testimonial. No solo no hacen distinción alguna entre lo que es un examen directo y un contraexamen⁴⁴, sino que tampoco le quitan al tribunal las potestades probatorias autónomas que complementan a la de las partes, viéndose así afectada su imparcialidad y confundiendo los roles en el proceso penal, en franca discordancia con los postulados constitucionales del proceso penal.

Esta forma displicente de regular todo lo concerniente a la prueba testimonial ha sido modificado enteramente en los sistemas adversariales, brindándole otro enfoque al testimonio como medio de prueba. Así se establecen reglas tendientes a fortalecer su eficacia (pertinencia de la entrevista previa con el testigo y su preparación; prohibición de interrogar de los jueces, quienes no conocen el caso y mal pueden ser eficaces en su interrogatorio; relevancia de la acreditación, que queda en manos de los litigantes; entre otras), y otras destinadas a establecer mecanismos adecuados de refutación de la información (facultades autónomas de investigación de ambas partes; reconocimiento de igualdad de armas durante todo el proceso; posibilidad de efectuar un contraexamen a través de preguntas sugestivas; entre otras).

Básicamente, podemos encontrar diez diferencias sustanciales entre ambos modelos. Todas ellas apuntan al fortalecimiento del sistema acusatorio y a las garantías constitucionales reconocidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que fue ratificada por la mayoría de los países de la región en las décadas de los 70 y 80⁴⁵, y con los restantes tratados internacionales sobre derechos humanos.

Veamos pues el juego de las diferencias.

⁴⁴ Aunque parezca mentira debemos aún hablar en presente, ya que son varios los códigos en Argentina que mantienen muchas de las características de la regulación normativa del testimonio en el sistema inquisitivo morigerado, aún cuando profesen los principios del sistema acusatorio. Ello no es otra cosa que la huella que el modelo inquisitivo dejó en nuestra cultura.

⁴⁵ Ratificada por todos los países americanos, salvo los casos de Estados Unidos, Canadá, Guyana, Belice, Antigua y Barbuda, Bahamas, San Kits y Nevis, Santa Lucía y San Vicente y las Granadinas. Ver www.cidh.org/basicos/basicos3.htm.

a. Facultades probatorias del tribunal

A diferencia de los códigos mixtos en los que el Tribunal tenía amplias facultades probatorias, en los sistemas adversariales carecen de todo tipo de potestad en torno a la prueba. Los códigos mixtos, vigentes aún en algunas provincias argentinas⁴⁶, mantienen la instrucción suplementaria como una potestad del Tribunal de producir nuevas pruebas no trabajadas durante la investigación u ordenar la producción de algunas no requeridas por las partes, por considerarlas indispensables para la resolución del caso⁴⁷. E incluso aún en códigos acusatorios de segunda generación⁴⁸ es posible advertir como coexisten normas que otorgan facultades probatorias al Tribunal –por encima de las peticiones de las partes–, francamente contrarias a los postulados constitucionales del proceso penal adversarial⁴⁹. Es frecuente la presencia de normas propias de

⁴⁶ Nos referimos a las provincias de Tierra del Fuego, Santa Cruz, San Juan, San Luis, Misiones, Formosa, La Rioja y Corrientes, aunque estas dos últimas con proyectos de reforma hacia un modelo adversarial. Y en el caso de Formosa, con un sistema acusatorio oral para casos flagrantes en la jurisdicción capital.

⁴⁷ Así, el CPPN (actualmente vigente a la fecha de redacción de este texto, ya que el código procesal penal recientemente aprobado –ley 27.063– aún no entró en vigencia) regula la instrucción suplementaria, donde permite al Tribunal ordenar pruebas de oficio (art. 357). Esta misma institución es mantenida aún en los códigos de Tierra del Fuego (art. 327), Santa Cruz (art. 340), Formosa (art. 324), San Luis (art. 317), La Rioja (art. 388), entre otros. Para ver una excelente recopilación normativa sobre la materia, ver Gómez Urso, Juan Facundo, *El juicio oral*, Hammurabi, Buenos Aires, 2011, ps. 34 y ss.

Con buen tino, los primeros códigos acusatorios de la Argentina han eliminado las facultades probatorias de oficio del tribunal, aunque admitiendo la posibilidad, siempre a pedido de parte, de realizar una instrucción suplementaria. Así, los Códigos de Catamarca (art. 362), Chaco (art. 362), Córdoba (art. 365), Mendoza (art. 369) y Jujuy (art. 394), entre otros.

⁴⁸ Nos referimos a códigos adversariales aprobados en este siglo y que no solo adscriben a un acusatorio formal (división de funciones entre el poder requirente y decisorio), sino que le agregan un sistema de audiencias para la toma de todas las decisiones en el proceso.

⁴⁹ Así, a modo de ejemplo, el CPP Peruano, en su art. 385 dispone lo siguiente: “Otros medios de prueba y prueba de oficio. 1. Si para conocer los hechos, siempre que sea posible, que no se haya realizado dicha diligencia en la investigación penal preparatoria o ésta resultara manifiestamente insuficiente, el Juez Penal, de oficio o a pedido de parte, previo debate de los intervinientes, ordenará la realización de una inspección o de una reconstrucción, disponiendo las medidas necesarias para llevarlas a cabo. 2. El Juez Penal, excepcionalmente, una vez culminada la recepción de las pruebas, podrá disponer, de oficio o a pedido de parte, la actuación de nuevos medios probatorios si en el curso del debate resultasen indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad. El Juez Penal cuidará de no reemplazar por este medio la actuación propia de las partes. 3. La resolución que se emita en ambos supuestos no es recurrible”.

modelos inquisitivos que perduran en sistemas adversariales como resultado del debate parlamentario y de los movimientos más conservadores del modelo cultural inquisitivo, que aún pervive y mantiene determinados nichos de poder⁵⁰. La identificación de esas normas deviene necesaria para evitar su aplicación –por parte de los jueces–, o plantear su inaplicabilidad o inconstitucionalidad –por el lado de los litigantes–, por afectar la imparcialidad del Tribunal⁵¹, que se traduce en el interés de introducir información no requerida por las partes, y debilitar el contradictorio, frente a la imposibilidad de argumentar oponiéndose a su admisión.

Este tipo de normas que permiten al Tribunal introducirse en la producción probatoria, ya sea ordenándola –en caso de un testigo no requerido por las partes–, produciéndola –en caso de una pericia⁵²– o interviniendo en el momento en que la misma se materializa en el juicio oral –interrogando testigos– tiene enormes implicancias en la afectación a determinadas garantías constitucionales en el proceso penal. Un tribunal que produce prueba claramente pierde su imparcialidad en el caso. Así como el acto de interrogar nunca es un acto puramente neutral⁵³, tampoco lo es el ordenar la citación de un testigo que no ha sido ofrecido por las partes. Por otro lado, otorgar esas facultades probatorias al tribunal también afecta su imparcialidad porque le permite tomar contacto con el expediente⁵⁴, ya que sino no se entiende cómo

⁵⁰ Aunque, claro está, no resultarían aplicables a través de un control formal y material de legalidad de la norma cuestionada.

⁵¹ Al respecto ha dicho la Corte Suprema de Justicia que la “imparcialidad del juez es uno de los pilares en que se apoya nuestro sistema de enjuiciamiento, ya que es una manifestación directa del principio acusatorio y de las garantías de defensa en juicio y debido proceso, en su vinculación con las pautas de organización judicial del Estado. Que en ese contexto, la imparcialidad del juzgador puede ser definida como la ausencia de prejuicios o intereses de éste frente al caso que debe decidir, tanto en relación a las partes como a la materia” (L486, XXXVI, Llerena, Horacio Luis s/ abuso de armas y lesiones –arts. 104 y 89 del CP, causa 3221, rta. 17-5-2005; Fallos 328:1491).

⁵² Uno de los cambios de paradigmas de la prueba pericial en el sistema adversarial está centrado en que prueba es solo el perito declarando en juicio, mientras que en el formato inquisitivo motorizado la prueba pericial era concebida como un informe o dictamen escrito que ingresaba por lectura al juicio. De allí la mayor afectación a la imparcialidad cuando era el Juez quien ordenaba y producía la prueba en la instrucción suplementaria. Al respecto, ver, Duce, Mauricio, *La prueba pericial*, Ediciones Didot, 2013, p. 38.

⁵³ Conf. Cuzmán, Nicolás, *op. cit.*, ps. 153/154.

⁵⁴ Explica Gómez Urso que el objetivo perseguido por el legislador al erradicar la posibilidad de que un tribunal produzca prueba está precisamente en “el mantenimiento de la imparcialidad del juz-

podría analizar la pertinencia de la prueba suplementaria ordenada que no fue requerida por las partes⁵⁵.

El motivo por el cual el juez no puede inmiscuirse en la producción de prueba está centrado en la clara división de los roles en el proceso penal. El juez, a diferencia de las partes, no gestiona ningún tipo de interés⁵⁶. Por el contrario, mientras el acusador gestiona el interés de la víctima y de la sociedad, la defensa gestiona el interés de su asistido. Es en esa división de intereses que las partes tienen la potestad y obligación de ofrecer la prueba que mejor satisfaga su teoría del caso. Por el contrario, el juez no maneja ninguna teoría del caso, razón por la cual tampoco puede ordenar la producción de prueba aún cuando creyera que ésta pudiera favorecer a la defensa. La única potestad que tiene el tribunal con respecto a ésta, radica en verificar que haya una efectiva defensa de los intereses del imputado y, en caso contrario, ordenar la sustitución del defensor.

Por otro lado, la producción probatoria oficiosa del Tribunal también genera una afectación a la garantía de defensa en juicio, ya que se trata de una medida ordenada sin un previo contradictorio entre las partes. La audiencia preparatoria de juicio tiene por finalidad brindar un escenario de juego justo donde las partes peticionan ante un juez imparcial la admisión de la prueba ofrecida y puedan también objetar las evidencias presentadas por la contraparte por innumerables razones (irrelevancia, sobreabundancia, ilicitud de la prueba, información de baja calidad que genera prejuicios en el tribunal, etc). La producción oficiosa del tribunal impide a las partes generar un contradictorio sobre su admisión.

gador al impedir que tome contacto con las evidencias de una instrucción preliminar que adolece del resguardo constitucional que reviste y caracteriza al juicio oral, pues ellas han sido obtenidas, en la mayoría de los casos, sin contradicción y sin intermediación, particularidad que, en principio, las invalida para consolidar una sentencia condenatoria" (Cómez Urso, J., *op. cit.*, ps. 41/42).

⁵⁵ Tal como explican Diego García Yomha y Santiago Martínez, el gran inconveniente del expediente está centrado en que la existencia del sumario permite que los jueces elaboren conclusiones con las constancias escritas que no fueron controladas por las partes (García Yomha, Diego y Martínez, Santiago, *La etapa preparatoria en el sistema adversarial*, Del Puerto, Buenos Aires, 2013, p. 50).

⁵⁶ Como afirma, Laporta, el juez que tiene y manifiesta la necesidad de interrogar a un testigo, está concluyentemente admitiendo que su rendimiento como factor probatorio es insuficiente y debiera limitar allí su actividad para no afectar su imparcialidad (Conf. Laporta, Mario Hernán, "Algunos aspectos del juicio oral frente al principio acusatorio. La necesidad de su reforma, y las ya escasas chances actuales de corrección material", *Revista de Derecho Procesal Penal. El Proceso penal adversarial*, Tomo 1, Hammurabi, Buenos Aires, 2008, p. 356).

Es por ello que los códigos más modernos de la región prohíben al tribunal toda injerencia o potestad sobre la prueba⁵⁷. Y para evitar que se contaminen con el debate probatorio dejan esta decisión –audiencia preparatoria de juicio– en manos de un Juez de Garantías –en la mayoría de los casos– o en otro juez que, aún siendo del Colegio de Jueces de Juicio, no intervenga en el debate propiamente dicho⁵⁸.

b. Facultad de disponer sobre la prueba

Los códigos mixtos partían de la idea que los testigos, una vez ofrecidos y admitidos, "eran del tribunal" y que, por ende, no podían las partes desistírlos legítimamente, quedando esa decisión bajo la exclusiva potestad del presidente del tribunal.

Al partir desde la visión conceptual de la búsqueda de la verdad real como uno de los fines del proceso penal, el juez mantenía la obligación de producir prueba en forma oficiosa –instrucción suplementaria–, y la de evitar que las partes puedan desistir de testigos propios, aún cuando la contraparte estuviera de acuerdo, siempre que esa actividad –a juicio del tribunal– pudiera poner en riesgo tales fines⁵⁹. Ese modelo de juez que gestiona el interés de la verdad en el proceso penal es claramente contrario al modelo de juez propio de un sistema acusatorio, en el que

⁵⁷ Así, el CPPCABA (Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), solo permite la admisión en juicio de las pruebas ofrecidas por las partes, ordenando al Juez de Garantías que no envíe al Juez de Juicio el legajo de investigación fiscal. Del mismo modo el Código de Santa Fe es tajante al regularlo del siguiente modo: "En ningún caso podrán tomar conocimiento previo de los elementos probatorios que puedan valerse en el juicio" (art. 308.3). El código de Chubut hace lo propio en el art. 300. Del mismo modo, los Superiores Tribunales de Justicia de las provincias de Santiago del Estero y Entre Ríos, mediante acordada reglamentaria que los habilita a interpretar el Código acorde a los postulados constitucionales, dejaron en manos del Juez de Garantías la realización de la audiencia preparatoria de juicio. Las acordadas pueden consultarse en las páginas oficiales respectivas.

Del mismo modo está regulado en los recientes códigos de Neuquén, Río Negro, Código Nacional de Procedimientos Penales de México (art. 344) y el Código Procesal Penal para el Estado de Nuevo León (art. 337) que es, sin duda, el estado más avanzando en la reforma penal en México, con un fuerte avance en la gestión y organización judicial.

⁵⁸ Tal es el caso del CPP de La Pampa que deja en manos del Presidente del Colegio de Jueces de Juicio la dirección de las audiencias preparatorias de juicio (conf. art. 328).

⁵⁹ Es una derivación lógica de la primacía del fin de arribar a la verdad de los hechos, obtenida a cualquier costo, propio del modelo inquisitivo. Ver, Ferrajoli, L., *op. cit.*, p. 612.

su principal función está centrada en resolver los contradictorios que las partes le presenten. Como antes sostuvimos, el juez exige la verdad sobre los hechos sostenidos por la acusación.

Al contrario, en el modelo adversarial, frente al desistimiento de un testigo nada puede objetar el tribunal. Esta nueva regla genera a su vez varias consecuencias. En primer lugar, son las partes las que tienen que hacer comparecer a sus testigos a las audiencias de juicio. Son ellas quienes tienen interés en la producción de esa prueba y deciden su orden de presentación. Va de suyo que si el testigo no comparece a la audiencia fijada por un error de la parte –por ejemplo, falta de citación– el tribunal se encuentra en condiciones de tener tácitamente por desistido ese testigo o, eventualmente, hacerlo comparecer a otra audiencia bajo el debido apercibimiento. De allí que las partes deben comparecer a las audiencias con el resultado de las citaciones cursadas, para poder acreditar que han cumplido con su obligación legal.

En segundo lugar, las partes deben adoptar decisiones estratégicas al aportar su prueba. Esto quiere decir que si la defensa tiene intención de escuchar, eventualmente, a un testigo de la acusación, también debe ofrecerlo como propio en la audiencia preparatoria de juicio.

En tercer lugar, si el testigo solo ha sido ofrecido por una de las partes, válidamente puede desistirse sin que nadie pueda objetarlo u oponerse, salvo que también haya sido ofrecido por aquélla. Tal como afirma Bergman, el riesgo de los testigos acumulativos es que la fuerza de las proposiciones que con ellos acreditamos, se debilita si solo uno de aquéllos presenta debilidad en su testimonio⁶⁰. Y es común que la acusación, al obtener una determinada proposición fáctica a través de varios testigos, desista del resto de los citados para el mismo fin.

c. Discusión sobre la admisión de la prueba testimonial

A diferencia de los códigos mixtos, los sistemas adversariales latinoamericanos son más estrictos al regular la admisión de pruebas a juicio. Mientras que los modelos mixtos no prestaban mayor atención a la admisión de pruebas –de hecho, lo dejaban en manos del presidente del tribunal que juzgará el caso–, los adversariales tien-

⁶⁰ Conf. Bergman, Paul, *La defensa en juicio*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1989, p. 113.

den a generar un amplio debate sobre la calidad de la información que se pretende introducir en juicio. Así, se puede excluir prueba por irrelevancia cuando con su inclusión se pretende incorporar proposiciones fácticas que no guardan relación en sí con el caso y que buscan generar un prejuicio en el juzgador⁶¹. Es preciso que las partes fundamenten en la audiencia preparatoria de juicio, qué proposiciones fácticas –hechos–, ya sean principales o secundarios –esto es, referidos a dar credibilidad y sustento a los hechos principales– se pretende acreditar con la prueba ofrecida.

Si bien existe un principio de libertad y amplitud probatoria (principio de “free proof”), en función del cual todo elemento de prueba relacionado con el hecho es, en principio, admisible, existen reglas jurídicas que limitan dicho principio (principio de “law of evidence” o reglas de evidencia)⁶². La teoría de la prueba no es otra cosa que un límite a la facultad estatal de acreditar un hecho. Corresponde a las partes introducir tales limitaciones y al juez resolver sobre dichas peticiones. Para que una prueba pueda ser admitida, se requiere del ofrecimiento de la parte –imposibilidad de incorporar prueba de manera oficiosa– y de verificar que la misma sea pertinente y necesaria (criterios de admisibilidad), por referirse a uno de los hechos sostenido por las partes y por no existir ningún tipo de limitación en su producción, ya sea éste originado por valores preestablecidos por el legislador (por ejemplo, prohibición de ciertos testigos a declarar contra familiares), reglas jurídicas (imposibilidad de acreditar el estado civil a través de testigos) o límites constitucionales (afectación de garantías constitucionales).

d. Acreditación del testigo y del testimonio

Otro cambio significativo se observa en la forma en que se materializa la acreditación de los testigos, tema que será mayormente desarrollado en el capítulo quinto de esta obra. En los códigos mixtos los jueces tienen una amplia participación en la acreditación de los testigos. Son éstos los

⁶¹ En ese sentido, Hernández, Héctor, “Pertinencia como garantía: prevención del prejuicio en el examen de admisibilidad de la prueba”, en AA.VV., *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*, Abeledo Perrot, Santiago de Chile, 2010, ps. 26-35.

⁶² Al respecto, ver Taruffo, M., *op. cit.*, p. 358.

encargados de interrogarlos sobre sus condiciones personales, pasando luego los litigantes a trabajar sobre los hechos en sí⁶³.

De ese modo se pierde la posibilidad de que las partes puedan realizar un trabajo serio y minucioso de acreditación de sus propios testigos. Esta no es una tarea rígida y neutral que pueda ejecutar el tribunal⁶⁴. Los jueces no conocen aún el caso, ni saben quiénes son los testigos admitidos a juicio, de modo tal que no pueden realizar una acreditación adecuada y limitan luego la posibilidad de que las partes puedan ejecutarla de modo correcto y efectivo⁶⁵. Del mismo modo que afirmamos que interrogar nunca es un acto neutral, acreditar a un testigo tampoco lo es. Toda pregunta que el tribunal realice sobre el testigo será intentando acreditarlo o desacreditarlo, por lo que esa tarea debe quedar librada al arbitrio de las partes.

Precisamente por esto, en los sistemas adversariales la única actividad del juez frente al testigo radica en tomarle juramento, dejando luego la acreditación para la parte que ofreció la prueba. El modelo adversarial parte de una diferencia tajante entre admisión y credibilidad de los testigos. Mientras que en la audiencia preparatoria de juicio se discute la admisión de la prueba —que requiere pasar el umbral de la pertinencia, relevancia y legalidad—, esto es, la autorización para que un testigo ingrese a juicio, es en la audiencia de debate donde se discutirá qué tan creíble es el testimonio. Esta diferencia se traduce en que todos los testigos admitidos ingresan a juicio (admisión), pero no todos pesarán lo mismo (pesaje de la prueba a través de la acreditación de proposiciones fácticas relevantes y la credibilidad de su relato). Será a través de la acreditación que se comenzará a fijar el peso específico de cada uno de ellos.

⁶³ El art. 249 segundo párrafo del CPPN, seguido por varios estados provinciales, establece: "El juez interrogará separadamente a cada testigo, requiriendo su nombre, apellido, estado civil, edad, profesión, domicilio, vínculos de parentesco y de interés con las partes y cualquier otra circunstancia que sirva para apreciar su veracidad".

⁶⁴ En sentido contrario, Julio Maier, parece sostener que es el Tribunal quien debe interrogar sobre las condiciones personales (conf. Maier, Julio, *Derecho Procesal Penal*, Tomo III, Del Puerto, Buenos Aires, 2010, p. 137).

⁶⁵ En la misma línea, Chaia, Rubén, *op. cit.*, p. 535.

e. Facultad del juez para interrogar testigos

En los modelos mixtos, muchos de ellos aún vigentes en los estados provinciales argentinos, se mantiene la facultad del Tribunal de interrogar a los testigos⁶⁶. Esta actividad, por cierto poco neutral, afecta seriamente la imparcialidad del tribunal ya que se entromete en las estrategias y teoría del caso de las partes, alejándolo de la posibilidad de arribar a la verdad⁶⁷, por cuanto está comprobado que la imparcialidad y el contradictorio generan el mejor escenario para arribar a ella⁶⁸. Cuando el juez se entromete en la actividad probatoria destinada a la comprobación del hecho (interrogar es una actividad tendiente a la acreditación de una de las hipótesis que tienen las partes sobre los hechos) pierde objetividad para analizar los resultados obtenidos.

Por otro lado, el rol proactivo del juez frente a la prueba provoca un inconveniente adicional. Como todos sabemos —más allá del desarrollo que haremos en el capítulo respectivo— no toda pregunta está permitida en el examen directo a un testigo. Así, es una verdad de Perogrullo en el ámbito procesal penal, que las preguntas sugestivas, esto es, que contienen una afirmación que el testigo debe aceptar o negar, por regla general no están permitidas en el examen directo. Tampoco están permitidas preguntas por la opinión o conclusión en terrenos donde el testigo no tiene cierta experticia acreditada. Básicamente por cuanto la primera se trata de una afirmación efectuada por el abogado, y la segunda es un hecho que contiene muy baja calidad de información. No nos interesa la opinión de un testigo en una materia sobre la cual no tiene un manejo o conocimiento especializado. Ahora bien, ¿cómo podrían los litigantes,

⁶⁶ Así, el CPP de la Nación aún vigente (ya que el código aprobado por ley 27.063 no entró en vigencia), en su art. Art. 389, dispone lo siguiente: "Los jueces, y con la venia del presidente y en el momento en que éste considere oportuno, el fiscal, las otras partes y los defensores podrán formular preguntas a las partes, testigos, peritos e intérpretes". Del mismo modo lo regulan los Códigos de Corrientes (art. 413), Formosa (art. 356), La Rioja (art. 421), Misiones (art. 389), entre otros. Como se observa de la norma, la actividad queda principalmente en manos del Juez y, subsidiariamente, en las partes. Al respecto, ver Cómez Urso, J., *op. cit.*, p. 36.

⁶⁷ Como bien señala Guzmán, "pareciera que para el descubrimiento del error y de la falsedad, el examen desarrollado por las partes de un mismo tema probatorio, pero desde posiciones antagónicas, tendrá una eficacia superior al método de la narración fluida realizada en secreto delante del inquisidor" (Guzmán, N., *op. cit.*, p. 154).

⁶⁸ Como dice Binder, "un juez del sistema adversarial no busca la verdad sino que la exige a los acusadores" (Binder, Alberto, *La implementación de la nueva justicia penal adversarial*, *op. cit.*, p. 223).

válidamente y con efectividad, objetar la pregunta realizada por un juez? ¿Cómo no ganarse la antipatía del tribunal y conseguir que éste haga lugar a la objeción de la pregunta por él realizada?⁶⁹. Precisamente debido a que corresponde a los jueces resolver toda objeción o planteo que hagan las partes, no pueden entrometerse en ningún tipo de actividad probatoria, por más “inocente” que pueda parecerlos la pregunta⁷⁰.

El modelo adversarial parte desde el presupuesto objetivo que el tribunal no puede realizar ningún tipo de pregunta⁷¹, salvo que se trate de una

⁶⁹ Recuerdo que en una de mis visitas a Chile para ver el funcionamiento de la justicia penal, fui invitado a observar audiencias preliminares. En una de ellas, donde se estaba discutiendo la libertad, el juez que presidía la audiencia comenzó a realizar preguntas al imputado que estaba declarando. El defensor, sorprendido por la intervención intempestiva del juez, que claramente se apartaba de lo que es una mera pregunta aclaratoria, rápidamente y con voz fuerte y firme gritó: “Objeción”. A poco que comenzó a fundamentar su petición, advirtió que esta decisión poco estratégica le podía generar mayores costos que beneficios, por lo que en su motivación empezó a bajar el tono de voz y hablar en potencial. Así, adujo que “a su juicio, la pregunta podría tratarse de algo más que aclaratoria, por lo que sugería, con el mayor de los respetos, que se prescindiera de ella, ya que podría llegar, eventualmente, a dañar la imparcialidad del Tribunal”. La forma en que el litigante introdujo sus argumentos claramente exhibía que no se encontraba en situación de igualdad al intentar interrumpir un interrogatorio del Tribunal, ya que éste, en ese momento, se había convertido en juez y parte. Ciertamente, el Juez refirió “no ha lugar a la objeción” y continuó con sus preguntas.

Así como en el modelo mixto un Juez de Instrucción no puede ser juez y parte (tiene a su cargo el control de legalidad de los actos de investigación que el mismo ordena y ejecuta), sin afectar su imparcialidad, tampoco lo puede ser un Juez de Garantías o de Juicio, si queda sobre sí la potestad de producir prueba interrogando testigos. Pierde imparcialidad al momento de resolver las objeciones planteadas a su línea de interrogación.

⁷⁰ Un caso que pude observar en Panamá fue la mejor representación sobre los inconvenientes que genera que, quien tiene el deber de resolver el caso, realice preguntas en un juicio. En el año 2010, en una visita a Panamá donde estaba dando una capacitación en técnicas de litigación en juicio para el Ministerio Público Fiscal, fui invitado a presenciar un juicio oral con jurados por un hecho calificado como homicidio –solo para casos graves está establecido el juzgamiento con un jurado popular–. En aquél entonces la reforma procesal penal no había entrado en vigencia (comenzó en septiembre de 2011 para las provincias de Coclé y Veraguas, continuando por Herrera y Los Santos, ya que siguen un modelo progresivo de entrada en vigencia). Recuerdo que en aquella oportunidad el juez profesional, luego de que las partes interrogaran al testigo, le dio la posibilidad al jurado para que efectuaran alguna pregunta “aclaratoria” sobre los hechos. Uno de los miembros del jurado tomó la palabra e hizo la siguiente pregunta: “para Ud. ¿el imputado fue quien mató a la víctima?”. Cómo vemos la posibilidad de la defensa de objetar esta pregunta era realmente muy costosa en términos de credibilidad, ya que ganaría la antipatía del jurado. Esta es otra muestra de los problemas que acarrea la actividad de producción de información por parte de quien debe juzgar el hecho.

⁷¹ Así, el CPPCABA es muy claro al establecer que “el tribunal no podrá interrogar a los testigos” (art. 236). Del mismo modo el CPP de Chubut no permite ningún tipo de preguntas del tribunal

pregunta aclaratoria⁷². Sin embargo el concepto de “pregunta aclaratoria” y la especificidad de su contenido no ha sido una tarea sencilla, no resultando un dique de contención adecuado para frenar a los jueces en su cultura de “desentrañar por sí la verdad”. A lo largo de estos años pude observar muchas audiencias en los países que visité por capacitaciones y consultorías en procesos de reforma, como así también en los diversos estados provinciales argentinos. Y allí pude comprobar que el alcance que se da a las preguntas aclaratorias, va más allá del concepto propio de aclarar una respuesta de la que no se entendió su explicación (por ejemplo, Sr. testigo Ud. acaba de referir que sí, pero no nos quedó claro si su afirmación incluye la última parte de la pregunta o solo la primera). Se pueden observar jueces que bajo el paraguas de la “pregunta aclaratoria”, realizan nuevas líneas de interrogación, agregan elementos a las preguntas formuladas por el fiscal⁷³, trabajan sobre nuevos subtemas, interrogan sobre las condiciones de visibilidad, etc. Todas estas preguntas son inválidas por cuanto afectan el contradictorio y la imparcialidad del tribunal. Si alguno de estos temas no fueron interrogados, entonces el tribunal deberá tenerlo por no acreditado bajo las

(art. 325). Lo propio hacen los Códigos de Jujuy (art. 423) y de Panamá (art. 398) que solo habilita a las partes a examinar a los testigos.

Por su lado, el Código Procesal de Nuevo León, México, establece que: “La declaración de los testigos y peritos se sujetará al interrogatorio de las partes” (art. 381), mientras que el Código Nacional de Procedimientos Penales de México sigue el mismo modelo, para luego establecer lo siguiente: “el Órgano Jurisdiccional podrá formular preguntas para aclarar lo manifestado por quien deponga, en los términos previstos en este Código” (art. 372, 2º párr., *in fine*).

⁷² Así, los Códigos de Santiago del Estero (art. 391), Buenos Aires (art. 364), Chaco (art. 393) y La Pampa (art. 342), entre otros.

⁷³ Un buen ejemplo de ello se observa en el caso citado por Julio Rojas (Rojas Chamaca, Julio, “El Rol del juez en la prueba: Efectos que genera en el juicio oral la formulación de preguntas aclaratorias a testigos y peritos conforme al artículo 329 inciso 4 del Código Procesal Penal”, *Diez años de la reforma procesal penal en Chile*, Santiago de Chile, 2011, p. 445), en donde transcribe un caso en que el magistrado interviniente no solo intermedió en las preguntas que formuló el fiscal, sino que agregó en ellas facilidades o elementos que propendían a la respuesta de la víctima, así como además, al tiempo de formular aclaraciones, agregó circunstancias del caso”, lo que provocó que la sentencia condenatoria sea revisada y anulada (causa rol n° 6.156-09 de la Corte Suprema de justicia). Veamos como realizó las preguntas el fiscal y cómo completó el Tribunal.

Fiscal: que diga cuáles son los rasgos que recuerda de esas personas.

Tribunal: Cuáles son, a ver tómeselo tiempo, aquí la respuesta tiene que ser de su parte de acuerdo a lo que ud. sabe, por lo tanto, haga memoria, hay... genéricamente paria por la estatura, por el color, por la dimensión, por la obesidad...” (Ídem, p. 446).

consecuencias que ello implique, las que serán distintas según se trate de una pregunta formulada por la acusación o por la defensa. Como lógica consecuencia del alcance de la verdad en el proceso penal —como exigencia sobre cada uno de los sub-hechos que componen la acusación, para poder arribar a una condena—, si quedan dudas sobre un extremo de la acusación, entonces corresponderá la absolución del imputado, mientras que si queda una incógnita sobre un hecho de la defensa, ésta circunstancia no elimina la posibilidad de ocurrencia de dicha hipótesis (puede ser que aún quede espacio para una duda razonable).

La doctrina ha sido coincidente sobre este punto. Se ha afirmado que a los jueces les corresponde un papel fundamentalmente pasivo, de receptores de información⁷⁴, debiendo ser “extremadamente prudentes” al hacer uso de esa facultad, pues deben considerar que las partes no podrán objetar el ámbito de la mera aclaración, dejando, por otro lado traslucir la pérdida de imparcialidad que debieran mantener inalterable hasta el final del juicio⁷⁵.

Las preguntas aclaratorias son reconocidas al Tribunal, incluso, en las Reglas de Evidencia Federales de los Estados Unidos en donde, bajo la regla 611, B se les da tratamiento⁷⁶. Sin embargo, su ámbito de incidencia debe limitarse exclusivamente al significado de lo que acaba de responder el testigo.

No compartimos la posición de quienes entienden que el Tribunal puede interrogar en beneficio del imputado⁷⁷. No se trata de tener un rol activo en la producción de información para equilibrar las armas de las partes en el proceso penal (igualdad de armas). Frente a la inacción de la defensa técnica en una audiencia de juicio oral, cuando ello implique una defensa meramente formal y una afectación a la garantía de la defensa

⁷⁴ Conf. Cerda San Martín, Rodrigo y Hermosilla Iriarte, Francisco, *El Código Procesal Penal: comentarios, concordancia y jurisprudencia*, Librotecnia, Santiago de Chile, 2008, p. 440.

⁷⁵ Conf. Horvitz Lennon, María Inés y López Masie, Julián, *Derecho procesal penal chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2004, p. 295.

⁷⁶ Lo propio ocurre con las Reglas de Evidencia de Puerto Rico, que permiten al Juez aclarar las dudas que tenga (regla 607 F). Sin embargo, no es frecuente ver en el sistema anglosajón que un Juez utilice esta facultad.

⁷⁷ Entre otros, Cómez Urso, J., *op. cit.*, p. 58, quien afirma que ello no vulnera la igualdad de armas o de partes; al contrario, las equipara.

en juicio, el Juez debe apartar al abogado sustituyéndolo por otro. Más no puede intervenir realizando preguntas en favor de la defensa simplemente porque no tiene conocimiento del caso y no puede saber cuál será la respuesta del testigo. Ésta pudiera ser desfavorable para los intereses del imputado y la supuesta inacción de la defensa no era otra cosa que una correcta estrategia defensiva. Solo las partes conocen las pruebas que presentarán en juicio y solo ellos pueden tener conocimiento de las respuestas posibles que dará un testigo. De modo que si el tribunal se inmiscuye en la prueba, aún con intención de favorecer a la defensa, puede terminar por perjudicar seriamente su caso, ya que no conoce la eventual respuesta que dará el testigo. Ahora bien, es cuanto menos francamente llamativo que los jueces, tan preocupados por la calidad de la defensa técnica, estén dispuestos a realizar preguntas a su favor y, sin embargo, siguen siendo excepcionales los casos en que se aparta a un defensor técnico en pleno juicio debido al estado de indefensión en que se encuentra el imputado. Siendo que, supuestamente, ambas medidas son tuitivas a favor del enrostrado, es sorprendente que en un caso estén más proclives a intervenir que en el otro.

f. Forma de ejecutar el testimonio

Es frecuente observar en los códigos mixtos e inquisitivos, la referencia a que el testigo “en primer término, (...) será invitado a manifestar cuanto conozca sobre el asunto de que se trate, y después, si fuere necesario, se lo interrogará”⁷⁸. Este modelo parte claramente desde una concepción de verdad única, que pretende ser revelada a través de los medios de prueba, quitándole relevancia al rol de los litigantes y a la incidencia que tienen éstos en la forma en que deben presentar sus testigos y realizar sus interrogatorios. No advierten que para poder acercarnos a la verdad de lo ocurrido es preciso tener reglas precisas y diferenciadas que permitan a los abogados presentar sus pruebas de comprobación, como así también permitir un mecanismo distinto de interrogación para refutarlo.

⁷⁸ Así lo regula el actualmente vigente Código Procesal Penal de la Nación en su art. 118, 2° párrafo. Esa fórmula se repite aún en códigos que responden a otra raíz, como es el caso del Código Procesal Penal de Tucumán (Primer código acusatorio de la región, sancionado en el año 1991), que utiliza esa expresión en su art. 133. Del mismo modo, el CPP de Salta —sancionado en el año 2012 y que, al igual que el modelo tucumano, sigue una raíz acusatoria—, también utiliza la misma expresión en su art. 166. En forma coincidente, el CPP de Chaco, en su art. 131 y el CPP Buenos Aires, en su art. 101.

La producción de información útil es algo más complejo que dejar que los testigos citados "hablen" sobre lo percibido. Ellos desconocen cuáles son los puntos relevantes del caso, cuáles los controvertidos y cuáles los que hay acuerdo de partes sobre lo ocurrido.

En esta inteligencia, consideran que la prueba testimonial es de percepción directa⁷⁹ y que, como tal, solo requiere ser escuchada por un tribunal para que emita su juicio de valor sobre la credibilidad, mediante el sistema de libres convicciones. Sin embargo, lo que realiza el testigo al declarar es brindar un relato a los jueces. Ese relato requiere de cierta profundidad en los momentos cruciales de la declaración y de no ahondar en detalles en las partes intrascendentes. De modo tal que pretender que el testigo haga un relato libre es dejar los casos librados a la aptitud de cómo lo exprese en ese momento. Ese modelo no tiene ningún sentido.

Por el contrario, en el sistema adversarial corresponde al litigante realizar las preguntas adecuadas para presentar un relato persuasivo acorde a lo que se está discutiendo en el caso, profundizando su interrogatorio en los hechos controvertidos⁸⁰. De allí la inconveniencia de dejar que el testigo relate, en primer lugar, todo lo que sabe. No debemos olvidar que el juicio es, precisamente, la confrontación de dos hipótesis en pugna, por lo que se requiere un rol muy activo de los litigantes para arriar extractos de información que lo acerquen a la verdad de su relato.

g. Ámbito de las preguntas sugestivas

Sin preguntas sugestivas no hay contraexamen y sin contraexamen no hay contradictorio. Tal como afirman Baytelman y Duce, las preguntas sugestivas, lejos de estar prohibidas, son el instrumento por excelencia

⁷⁹ En esa línea Carnelutti, en *Derecho y proceso*, cit. por Andrés Ibáñez, P., op. cit., p. 100.

⁸⁰ Como explica Lorenzo, se precisan preguntas adecuadas para acreditar los hechos. Así, afirma que "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". (Lorenzo, Leticia, *Manual de litigación*, Ediciones Didot, Buenos Aires, 2012, p. 179). Sin preguntas adecuadas, se deja al testigo que decida en qué lugar profundiza su relato, con la posible falencia en acreditar las hipótesis en discusión.

del contraexaminador⁸¹. Ello por cuanto el contrainterrogatorio no es otra cosa que la posibilidad de la contraparte de exhibir y extraer de los testigos aquellas porciones del relato que no han sido presentados en el examen directo y que pueden perjudicar la credibilidad del testigo/testimonio (por ejemplo, a través de proposiciones fácticas secundarias que den cuenta de las condiciones de visibilidad del lugar). Queda claro que con un contraexamen sin preguntas sugestivas difícilmente un buen litigante pueda ingresar en terrenos que el propio testigo ha obviado intencionalmente en su relato⁸². Es por ello que un genuino contraexamen constituye el centro del sistema adversarial y la regulación que habilita la formulación de preguntas sugestivas en él, es de vieja data en el mundo anglosajón⁸³.

Sin embargo, el modelo mixto no solo no ha partido desde esos postulados, sino que prohíbe tanto en el examen directo como para el contraexamen la producción de preguntas sugestivas⁸⁴. Es más, es palpable en la Justicia Federal en Argentina, la inexistencia de un genuino contraexamen, el que debe limitarse a realizar preguntas abiertas o cerradas sobre aspectos que no hayan sido aún interrogados. Va de suyo que el espacio para trabajar el contradictorio de ese modo es absolutamente limitado⁸⁵.

⁸¹ Conf. Baytelman y Duce, op. cit., p. 61.

⁸² Tal como afirma Baytelman, el contraexamen no es otra cosa que "poner a prueba" la información introducida en juicio (Baytelman, Andrés, "El Juicio oral", en AA.VV., *Nuevo Proceso Penal*, Conosur, Santiago de Chile, 2000, p. 247). Es por ello que, como sostuvo en otra obra, el contraexamen viene a fortalecer todo el sistema penal de garantías constitucionales, en especial la igualdad de armas en el proceso y la defensa en juicio (Rúa, G., op. cit., p. 22).

⁸³ Actualmente las reglas de evidencia estadounidenses, en el ámbito federal, expresamente lo contemplan en su artículo 611, apartado C. Las Reglas de Evidencia de Puerto Rico lo permiten en forma amplia bajo la regla 607 D que establece lo siguiente: "Como norma general, podrán hacerse preguntas sugestivas durante el contrainterrogatorio o recontrainterrogatorio. Una pregunta sugestiva es aquella que sugiere al testigo la contestación que desea la parte que le interroga". El modelo de contraexamen amplio a través de preguntas sugestivas es seguido por la mayoría de los códigos modernos de la región.

⁸⁴ A modo de ejemplo, el CPPCABA, no hace distinción alguno al prohibir las preguntas inadmisibles, sin mayor aclaración (conf. art. 238). Una adecuada interpretación constitucional permite habilitar a quien contraexamina, a realizar preguntas sugestivas, tal como opera en la práctica judicial en la Ciudad de Buenos Aires.

⁸⁵ El art. 118, 3° párrafo del CPPN establece lo siguiente: "Las preguntas que se formulen no serán capciosas ni sugestivas".

h. Alcance del re-examen directo

Una práctica muy frecuente en los sistemas mixtos, que no obedece a reglas procesales sino más bien a costumbres forenses, radica en permitir a los litigantes varias rondas de preguntas, tanto para quien examina como para quien contrainterroga al testigo. Como si el contraexamen sirviera para que, quien examinó previamente al testigo pueda recordar algún punto que obvió en su línea de interrogación, y así tener una segunda, tercera y, a veces, hasta una cuarta vuelta para examinarlo.

Este tipo de práctica demuestra no solo la poca profesionalidad en el ejercicio de la abogacía por parte de algunos litigantes, evidenciando no haber preparado qué puntos y qué proposiciones fácticas pensaban acreditar con ese testigo, sino también lo indulgentes que suelen ser los jueces con los litigantes que desarrollan sus tareas de manera irresponsable. Tal como dicen Baytelman y Duce, el sistema inquisitivo es sobrecogedoramente indulgente con la ineptitud, la ignorancia y la falta de destreza de abogados y jueces⁸⁶.

Por otro lado, esa práctica revela un problema adicional. Si el litigante decide no contraexaminar, lo priva al abogado de la contraparte de continuar interrogando al testigo, evitando que pueda trazar una nueva línea de examen directo. Más si decide trazar una o varias líneas de contraexamen, estaría habilitando nuevamente a la contraria de continuar con el examen directo por cualquier plano, aún los no abordados en el contrainterrogatorio. Esta forma de interpretar el alcance posible del re-examen directo coloca una carga demasiado pesada sobre el derecho de contraexaminar a un testigo. El ejercicio de un derecho (en este caso, el de controvertir la prueba de cargo) no puede implicar la posibilidad de quedar en peor situación procesal, en el caso corporizado en la posibilidad de que la contraparte presente nuevas líneas de interrogación sobre puntos no controvertidos.

Al contrario, en el sistema adversarial, la ejecución de un contraexamen sobre determinados planos es una decisión profundamente estratégica, ya que cierra la posibilidad a la parte que propuso al testigo, de poder ampliar su examen directo sobre los puntos no abordados en el contrainterrogatorio⁸⁷. Precisamente por ello el contraexamen es posterior

⁸⁶ Conf. Baytelman y Duce, *op. cit.*, p. 31.

⁸⁷ Al respecto, ver Rúa, C., *op. cit.*, p. 181.

al examen directo. Ahora bien, si al abogado litigante le dan la posibilidad de realizar su examen directo en varios estadios —una suerte de “varios tiros de gracia”—, el contraexamen pierde su lógica de prueba de refutación, amén de que la información llegue al tribunal muy sucia y entrecortada, debido a los innumerables capítulos de interrogación.

De allí que recién luego del contrainterrogatorio, el juez puede dar la posibilidad de que haya un re-examen directo centrado exclusivamente sobre los puntos desarrollados en el contraexamen⁸⁸. Así, si un litigante trabajó un examen directo sobre un testigo ocular y el contraexamen se limita exclusivamente a las condiciones de percepción de la testigo, el re-examen directo debe estar centrado exclusivamente sobre ese punto y sus subtemas (por ejemplo, visión, condiciones de percepción, luminosidad, horario, etc.). No podrá aprovechar el re-examen para introducir evidencia material que había olvidado, o trabajar sobre la presencia de otras personas en el lugar. Frente a una objeción de la contraparte, el tribunal no debiera admitir que el abogado trabaje sobre esa segunda línea de interrogación.

i. Posibilidad de volver a escuchar a un testigo que ya prestó su testimonio

De la mano de lo anterior (posibilidad de múltiples re-exámenes directos en el sistema inquisitivo), otra práctica tradicional en América Latina ha sido la de permitir que las partes requieran que los testigos permanezcan en la sala del tribunal, por si llegasen a necesitar volver a escucharlos. E incluso esta práctica opera aún sin la petición de alguna de las partes⁸⁹.

Esa práctica también repercute negativamente en la litigación —como herramienta destinada a obtener información de alta calidad con una genuina posibilidad de refutación—, y en el orden en que las partes presentan sus pruebas. Si primero se presenta la prueba de la acusación y, con posterioridad, la de la defensa, es para poder brindarle a ésta la posibilidad de controvertir las pruebas de cargo. Ahora bien, otorgar

⁸⁸ Las Reglas de Evidencia suelen ser muy precisas en esa materia. Así, las Reglas de Puerto Rico, bajo el n° 607 B, establecen que el “interrogatorio redirección se limitará a la materia objeto del contrainterrogatorio”.

⁸⁹ Por ejemplo, el art. 384 del CPP de la Nación aún vigente, establece lo siguiente: “Después de declarar, el presidente resolverá si deben permanecer (los testigos) comunicados en antecala”.

la posibilidad a la acusación de que declaren nuevamente sus testigos, luego de que la defensa presentó sus evidencias, implica una afectación a la garantía de la defensa en juicio, ya que ésta no podrá controvertir con otras evidencias esas nuevas pruebas de cargo.

Las facultades defensivas, como corolario de la garantía de defensa en juicio, comprenden la actividad de controlar la prueba de cargo, producir prueba de descargo y valorar la prueba reunida⁹⁰. Y la producción de la prueba de descargo, desde la lógica adversarial, necesariamente es posterior a la realización de la prueba de cargo, para que pueda tener efectiva vigencia el derecho a controvertir la acusación⁹¹. En esa línea, el recientemente aprobado Código Procesal Penal Nacional de Argentina, va más allá que el resto de los códigos de la región, fijando, como regla general, la imposibilidad de un segundo examen directo sobre un testigo que ya ha sido examinado y contraexaminado, salvo que se hubiera presentado prueba nueva y sea necesario examinar al testigo sobre los puntos trabajados con aquélla⁹².

Tampoco está permitido en el sistema adversarial requerir la presencia de testigos que ya han declarado para someterlos a un careo. El careo es un medio de investigación más que de prueba. Su finalidad está centrada en permitir a la acusación generar información para trazar nuevas líneas investigativas –hipótesis de investigación–, más no tiene peso en la producción de pruebas ni en la credibilidad de los testigos. Lo primero por cuanto el objetivo de un examen directo de un testigo está centrado en la acreditación de proposiciones fácticas y no en que éste discuta con otros testigos para que las partes y los jueces saquen conclusiones sobre ello. De hecho, si la contraparte no le parece creíble algún punto narrado por el testigo, tendrá el contraexamen para dejar en evidencia

⁹⁰ Al respecto, Maier, Julio, *Derecho Procesal Penal...*, op. cit., Tomo I, ps. 584-590.

⁹¹ De allí que todos los códigos adversariales de la región regulen expresamente que primero se desahoga la prueba de cargo y luego la de descargo. A modo de ejemplo, el Código Nacional de Procedimientos Penales Mexicano establece en su art. 395: "Corresponde recibir primero los medios de prueba admitidos al Ministerio Público, posteriormente los de la víctima u ofendido del delito y finalmente los de la defensa".

⁹² Así, se establece en el art. 264 lo siguiente: "No se podrá autorizar un nuevo interrogatorio después del contraexamen, salvo si fuera indispensable por considerar información novedosa que no hubiera sido consultada en el examen directo".

la falta de credibilidad de aquél⁹³. Lo segundo por cuanto la credibilidad o no de un testigo no puede estar centrada en cómo discute o defiende sus pareceres. No estamos analizando la calidad de orador o su fortaleza síquica para argumentar. Sacar conclusiones sobre la base de una discusión entre dos testigos no tiene la calidad de información requerida para fundar una sentencia⁹⁴. Es por ello que en los códigos adversariales no se encuentra regulado el careo como medio probatorio⁹⁵.

j. Incorporación de las declaraciones testimoniales brindadas durante la investigación

Los procesos mixtos en América Latina han sido demasiado laxos al permitir la incorporación por lectura de actas, ya sean éstas de detención, de secuestro, pericias, informes o simples declaraciones testimoniales tomadas durante la investigación penal preparatoria. En este último caso la cantidad de excepciones a la oralidad se ha mostrado como una barrera fácilmente franqueable frente a cualquier particularidad que se dé, como por ejemplo, que el testigo no fuera habido, cualquiera fuese el motivo⁹⁶.

⁹³ En igual sentido, afirma Chaia que las nuevas prácticas de litigación adversarial "tenden a suprimir este medio el que en aras de otorgar a las partes la facultad para interrogar y contra interrogar a los testigos, lo que hace perder significación y presencia al careo como medio idóneo para desentrañar los dichos de testigos e imputados" (conf. Chaia, R., op. cit., p. 575).

⁹⁴ Se trata de una limitación de la teoría de la prueba que, al no habilitar normativamente al careo como medio de prueba, no permite su utilización para la acreditación de un hecho. En este caso, el límite es más bien lógico y de sentido común. La información que ingresa por ese medio no tiene la calidad suficiente para fundar un fallo. Sobre los límites de la teoría de la prueba, ver Taruffo, M., op. cit., ps. 357 y ss.

⁹⁵ Así, ni el Código Procesal Penal de Ecuador, ni el de Chile, ni el de la provincia de Chubut, por citar algunos ejemplos, tienen regulado el careo como medio de prueba.

⁹⁶ Así, el CPP Nación aún vigente establece la excepción a la oralidad bajo las siguientes condiciones: Art. 391. Las declaraciones testimoniales no podrán ser suplidas, bajo pena de nulidad, por la lectura de las recibidas durante la instrucción, salvo en los siguientes casos y siempre que se hayan observado las formalidades de la instrucción: 1º) Cuando el ministerio fiscal y las partes hubieren prestado su conformidad o la presten cuando no comparezca el testigo cuya citación se ordenó. 2º) Cuando se trate de demostrar contradicciones o variaciones entre ellas y las prestadas en el debate, o fuere necesario ayudar la memoria del testigo. 3º) Cuando el testigo hubiere fallecido, estuviere ausente del país, se ignorare su residencia o se hallare inhabilitado por cualquier causa para declarar. 4º) Cuando el testigo hubiere declarado por medio de exhorto o informe, siempre que se hubiese ofrecido su testimonio de conformidad a lo dispuesto en los artículos 357 o 386". Sobre los Códigos Provinciales que siguen este modelo, ver Gómez Urso, J., op. cit., p. 111 y ss.

De hecho, en el plano argentino, fue la CSJN en el precedente "Benítez"⁹⁷, la que tuvo que salir a recortar esas excepciones sosteniendo que si una persona es condenada en base a una prueba de cargo que no pudo controvertir, porque ese testigo fue escuchado durante la investigación en sede policial y no se presentó en la audiencia de juicio oral, se ha visto afectada la garantía de defensa en juicio⁹⁸. Al contrario, en el sistema adversarial se parte desde una visión distinta, sustituyéndose el expediente por un legajo en el que se recolecta información que luego dará pie a la prueba que ofrecerán y producirán las partes durante el juicio⁹⁹.

Es claro que si no ha habido conformidad de partes, la inclusión de un acta donde consta una declaración testimonial afecta el contradictorio y la defensa en juicio, por un lado, y la inmediación entre el medio de prueba y el juez por el otro. Este último principio es fundamental para producir la convicción del tribunal sobre los hechos debatidos, pues es imprescindible la percepción directa de las declaraciones de los testigos¹⁰⁰, como así también la posibilidad de controvertir esa información. Sobre este punto Framarino dei Malatesta era categórico al negarle el

⁹⁷ En el fallo "Benítez" de la CSJN (del 12-12-06; B 1147 XL) se sostuvo que se había visto afectada la defensa en juicio. Allí se sostuvo que: "El hecho de que el Estado haya realizado todos los esfuerzos posibles para hallar al testigo y para satisfacer la pretensión de la defensa de interrogarlo, carece de toda relevancia, pues lo que se encuentra en discusión es otra cosa: si la base probatoria obtenida sin control de la defensa es legítima como tal. De allí que la invocación de la imposibilidad de hacer comparecer al testigo no baste para subsanar la lesión al debido proceso que significa que, finalmente, la parte no haya tenido siquiera la posibilidad de controlar dicha prueba". En favor del fallo, ver Muñoz, Damián, "El derecho de interrogar a los testigos, la incorporación por lectura y la distorsión de la oralidad en la etapa de juicio", *Jurisprudencia penal de la CSJN*, Hammurabi, Tomo 4, Buenos Aires, 2008, ps. 116 y ss.

⁹⁸ Habilitan la incorporación del testigo no habido, los Códigos de Córdoba (art. 397), Catamarca (art. 392), Buenos Aires (art. 366) y Tucumán (art. 406), entre otros.

⁹⁹ Ledesma, Ángela, "Proceso de reforma procesal penal y judicial. Momentos y ejes rectores", *Revista de Derecho Procesal Penal. El proceso penal adversarial*, AA.VV., Tomo 2, Rubinzal Culzoni, 2009, p. 31. En esa misma línea, el art. 56 de la Ley de Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires -ley 12.061- establece que los interrogatorios de los testigos deberán ser volcados en el legajo fiscal por simples anotaciones.

¹⁰⁰ En ese sentido, Horvitz Lennon, M. y López Masle, J., *op. cit.*, p. 286. Sobre este plano, apunta Muñoz Conde que es preciso verificar las reacciones del testigo, sus movimientos, sus miradas, en lo que se ha llamado psicología del testimonio. Al respecto, ver Muñoz Conde, Francisco, *Búsqueda de la verdad en el proceso penal*, Colección claves del derecho penal, Volumen 1, Hammurabi, Buenos Aires 2000, p. 60.

carácter de "prueba judicial" al testimonio recibido durante la investigación, el que no debía ser considerado por el juez para basar su sentencia¹⁰¹.

Bajo la lógica que solo es prueba lo que ingresa a juicio oral a través del contradictorio y del principio de inmediación¹⁰², el sistema adversarial latinoamericano prohíbe la incorporación en juicio de información que no provenga de un genuino contradictorio entre las partes¹⁰³.

1.4. La nueva lógica de dos versiones en pugna

Sentadas las diferencias entre un modelo y otro, y los resabios del sistema inquisitivo morigerado que aún impactan en el sistema adversarial latinoamericano, debemos tener presente que, bajo la lógica de la prueba testimonial -examen directo y refutación de la información a través del contrainterrogatorio-, está el centro de la litigación que no es más que dos litigantes debatiéndose desde lo fáctico y jurídico por acreditar su hipótesis de ocurrencia de los hechos, a través del lenguaje de la prueba.

El juicio oral, desde la matriz adversarial no es un terreno de búsqueda de información, sino antes bien, es la presentación de la información ya conocida por las partes. Son los litigantes quienes verifican la información con la que cuentan, planifican su presentación de un modo estratégico y, a

¹⁰¹ Así, expresaba lo siguiente: "el carácter judicial del testimonio consiste en que se haya producido ante el juez competente para fallar la causa, y dentro del juicio público. Y no nos debe causar asombro si mediante la anterior noción les negamos carácter judicial propiamente dicho a los testimonios recogidos en el período sumarial por el funcionario competente. Sabemos que generalmente se consideran como judiciales los testimonios obtenidos por el juez instructor. Pero si esto es aceptable como ficción jurídica, no lo es como verdad exacta. Todo lo que se realiza, inclusive por parte de funcionarios competentes, fuera del juicio público, que es el verdadero, es siempre, en rigor, extrajudicial" (Framarino dei Malatesta, N., *op. cit.*, p. 78).

¹⁰² Al decir de Binder, "la inmediación se manifiesta como la condición básica que hace que esos actos y esas relaciones efectivamente permitan llegar a la verdad del modo más seguro posible, ya que la comunicación entre ellas y la información que ingresa por diversos canales (medios de prueba) se realiza con la máxima presencia de esas personas y, en especial, con la presencia obligada de las personas que deberán dictar sentencia luego de observar la prueba (los jueces y el jurado)" (Binder, Alberto, *Introducción al derecho procesal penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 102).

¹⁰³ Así el recientemente aprobado Código Procesal Penal Nación -ley 27.063 que a la fecha de publicación aún no entró en vigencia- solo permite la incorporación de una declaración testimonial por lectura cuando haya sido recibida a través de las reglas del anticipo jurisdiccional de pruebas, siempre que no sea posible la presencia de quien participó o presenció el acto (arts. 229 y 256).

través de las técnicas de litigación, la exhiben de un modo persuasivo. Claro que toda esa información no es totalmente coincidente entre sí. Resulta improbable que todos los relatos de los testigos, de los peritos, la información que se deriva de la prueba material, instrumental y documental, sea coincidente en todos sus planos¹⁰⁴. Cada testigo presenta un relato que es coincidente solo en parte con otras narraciones brindadas por otros testigos. La prueba material, la pericial, la documental y la informativa, que se presenta a través de testigos también brinda un relato sobre determinados hechos que coincidirá solo en parte con el relato que se adquiera con otras pruebas. Y ello precisamente, como dice Bergman, porque las recreaciones verbales provienen de seres humanos cuyos poderes de observación y de memoria son falibles y porque incluso las descripciones a través del lenguaje tienen un limitado poder para reflejar los hechos¹⁰⁵. Estas circunstancias nos muestran que la información que se deriva de cada prueba se parece a un rompecabezas o *puzzle*, en el cual cada litigante debe observar qué partes del relato –obtenido a través de los diferentes medios de prueba– “encajan” en su hipótesis sobre lo ocurrido –teoría del caso–, para presentarla de modo persuasivo, como así también qué relatos “no encajan” en su historia para refutarla o darle una explicación convincente. Ese es el sentido de la prueba testimonial, a través del examen directo –para presentar las evidencias que corroboran nuestra historia– y del contraexamen –para refutar la información que no encuadra en nuestro relato o darle una explicación lógica–. Por ello es que sostenemos que el examen directo y el contraexamen son el centro de la litigación.

Los testigos tienen su propia versión sobre lo ocurrido. Esta circunstancia fue la que provocó que erróneamente se sostuviera que los testigos eran imparciales, y de ahí sus derivaciones dejando que el Tribunal los interrogue y que éstos declaren, en primer lugar, todo lo que saben. Sin embargo, esto no es así. Los testigos no son imparciales, en el sentido de que su relato se amolda más a la teoría del caso de alguna de las partes y, por ende, es más amigable o afín a una parte. Claro que no tienen un interés propiamente dicho, más allá de relatar “su” verdad. Pero es esa empatía la que lo coloca en una situación más amigable

¹⁰⁴ Si ese fuese el caso, no existiría ningún punto de debate o contradicción y una de las partes –acusación o defensa– debería preguntarse qué está haciendo en la audiencia de juicio.

¹⁰⁵ Bergman, P., *op. cit.*, p. 18.

a una parte y, por ende, más hostil a la contraria. Por ello, se permite refutar esa información a través de un contrainterrogatorio.

En este nuevo modelo, tanto uno –examen directo– como el otro –contraexamen (también conocido como “*cross-examination*”)– tenderán a acreditar las proposiciones fácticas que, a modo de hechos, fueron presentadas en sus exposiciones iniciales. Mientras el “qué” (proposiciones fácticas) ya fue expuesto y prometido en los alegatos de apertura, les resta a los litigantes la tarea más dificultosa de “cómo” presentar esas evidencias y “a través de quién”.

De modo que el alegato de apertura sirve de guía para el examen y contraexamen de testigos. Es precisamente esa guía la que nos permite precisar, ya en la etapa preparatoria de juicio, qué testigos ofrecerá cada una de las partes, a diferencia de lo que ocurre en los sistemas mixtos en que la defensa suele ofrecer como prueba a los mismos testigos que ofreció la acusación, y como prueba documental todo lo que está agregado al expediente que, dicho sea de paso, es toda la prueba de cargo que reunió la acusación.

En ese entendimiento y colocando la lupa en las teorías del caso y estrategias decididas por una y otra parte, el juez no puede suplir la inactividad de ellas. Precisamente porque el juez desconoce las estrategias seguidas y para no perder la imparcialidad, deja de subsidiar a las partes, que tendrán la exclusiva responsabilidad de manejar sus propias estrategias en juicio para presentar la prueba de cargo y de descargo.

Este nuevo escenario requiere del litigante que realiza un examen directo una presentación persuasiva, una narración completa de los hechos que trabaje fuertemente sobre la escena del hecho –para poder colocar allí al juez o jurado–, la acción realizada y la credibilidad del testigo. Aquí también tenemos nuevos desafíos para los litigantes, muchos de ellos inexpertos, acostumbrados a realizar tan solo un vuelo rasante por los temas sin profundizarlos. En un juicio oral se requiere mucho más que enumerar las acciones o temas –lo que denominaremos a lo largo de esta obra como quedarnos en los “puros títulos”–. Se exige que haya un desarrollo desagregado de éstos. Éste también será un desafío para los litigantes.

2. Los objetivos del examen directo

Como sostuvimos al inicio de esta obra, el litigante a través de sus testigos presenta una narración de los hechos, pero no cualquier narración sino una cuyo objetivo es obtener determinadas proposiciones fácticas relevantes sobre los hechos controvertidos del caso. Tener esta idea presente es el primer paso de una cadena de decisiones que debemos tomar para ejecutar una declaración testimonial de modo eficaz y persuasiva. Para tal fin, el litigante debiera comenzar respondiendo la siguiente pregunta: ¿por qué queremos que declare ese testigo? Si no logramos un motivo o una razón sólida sobre esa pregunta, entonces no debiéramos citarlo¹⁰⁶. Esa pregunta nos será de gran ayuda para trazar la importancia de ese examen directo. La segunda actividad está centrada en planificar y organizar concretamente cuáles serán los objetivos del examen directo que queremos cumplir. Para ello necesitamos contar con una matriz analítica que nos permita visualizar el caso de un modo más completo, exhaustivo y estratégico, observando las fortalezas y debilidades de cada testimonio, como así también los hechos controvertidos entre ambas teorías del caso. En tercer lugar, debiéramos preguntarnos cómo lograremos cumplir con esa finalidad, como lo llevaremos a cabo. Me refiero concretamente a las técnicas de litigación y a la forma de ejecutar el interrogatorio de manera estratégica, a través de la realización de preguntas apropiadas como medio para la construcción del relato.

¹⁰⁶ Una estrategia pedagógica que suelo utilizar en los cursos de litigación consiste en requerir, a quien irá a realizar una práctica de examen directo sobre un testigo, que individualice concretamente qué proposiciones fácticas son las más relevantes del caso y que intentará obtener con ese testimonio.

La construcción del relato que hará el testigo no es una narración amplia y sin dirección ni control del abogado litigante, sino que está dirigida y su eje se centra en la construcción de una historia que trabaje adecuadamente las proposiciones fácticas que permitan acreditar nuestra explicación sobre lo ocurrido, esto es, "que permitan acreditar hechos relevantes para nuestra teoría del caso y que permitan darle valor a dichas afirmaciones"¹⁰⁷.

En líneas generales, la doctrina es coincidente en sostener que son cuatros los objetivos de un examen directo.

En primer lugar, debemos aprovechar el examen directo para fortalecer la credibilidad del testigo. En el nuevo sistema adversarial, el juez o jurado no cuenta con ninguna pieza procesal de los hechos¹⁰⁸ ni sabe quiénes son los testigos y por qué debe creerles. Que se haya admitido su declaración en juicio en la audiencia preparatoria o etapa intermedia, no presupone nada sobre su credibilidad. Al contrario, la credibilidad tiene matices que las partes deben acreditar y el juez valorar. No debemos olvidar que las reglas de comprobación, a través de la teoría de la prueba, no son otra cosa que una limitación a la información que puede ingresar a juicio (admisión), al modo de producirla (producción) y al formato de su valoración (reglas de valoración). Como vemos, la discusión sobre la prueba tiene distintos enfoques. En la etapa preparatoria solo se discute si un testigo puede ser admitido a juicio, esto es si es pertinente y relevante, como así también si la información fue obtenida de manera lícita. En la etapa de juicio lo que se discute es la credibilidad de la información obtenida. Para determinar la credibilidad de un testigo es necesario trabajar no solo si la persona es creíble (objeto de prueba), sino si lo que dice (testimonio) también merece un juicio asertivo de veracidad. Es por ello que el litigante debe brindar información de calidad a los jueces para solventar la credibilidad del testigo y del testimonio. ¿Cómo lo hace? Al brindar información

¹⁰⁷ Conf. Baytelman y Duce, *op. cit.*, p. 106.

¹⁰⁸ Solo recibe el auto de apertura a juicio. Sin embargo, han habido códigos adversariales en la región que han quedado a mitad de camino, exigiendo la remisión también del requerimiento de elevación a juicio, donde se encuentran plasmados los fundamentos de la requisitoria y extractos de las evidencias recolectadas durante la investigación, entre ellos, las testimoniales volcadas en esa etapa, con la consiguiente afectación a la imparcialidad del Juez de juicio, ya que recibe información no ingresada como prueba y que no tiene el control de calidad que le proporciona el contradictorio.

sobre quién es ese testigo –aspecto absolutamente desconocido por el tribunal– y por qué es creíble lo que refiere –entre otros planos, las condiciones del lugar donde el testigo percibió el hecho a través de sus sentidos, como ser iluminación, distancia, clima, etc.–. Este tipo de interrogatorio es conocido como preguntas de legitimación o acreditación del testigo y resultan ser las primeras que debemos formular antes de introducirnos en los hechos del caso. Por ahora nos quedaremos con esta información nuclear que luego ampliaremos en el apartado pertinente. Por último, el Juez no puede valorar libremente la prueba, sino que también está atado a las reglas de valoración que también operan como verdaderos límites.

El segundo objetivo del examen directo está centrado en la acreditación de nuestras proposiciones fácticas. Básicamente este es el objetivo central del examen directo, por lo que se requiere de algo más que pasar rápidamente por los "temas" del caso. Se exige precisión y detalles en los aspectos centrales del asunto. A diferencia del contrainterrogatorio en el cual la regla es "tocar y correr"¹⁰⁹, aquí es preciso dejar una imagen bien nítida de los hechos. Para ello es necesario reconocer que hay diferentes clases de hechos en un caso: hechos inamovibles o incontrovertibles –que por más que nos gustaría que no estén en el caso, sabemos que debemos armar nuestra historia haciéndonos cargo de ellos–¹¹⁰, y otros sujetos a discusión –controvertidos–. Como así también contamos con hechos que son positivos y otros que son negativos para nuestra teoría del caso¹¹¹. Es muy relevante poder encontrar cuáles son los puntos controvertidos, para basar más fuertemente allí la mayor cantidad de proposiciones fácticas sólidas y convincentes. Es allí donde se debe fijar el foco de atención del caso.

Veamos pues un buen ejemplo de alegatos de apertura que sintetizan hechos, sin exhibir ningún tipo de argumentación sobre la prueba y que grafican cuál es el punto en conflicto. En este caso, en la película *Phila-*

¹⁰⁹ Al respecto, ver Rúa, C., *op. cit.*, p. 133.

¹¹⁰ Por ejemplo el hallazgo del arma homicida en la cintura del imputado. Es un hecho incontrovertible que un oficial de policía dice que la halló en la cintura del imputado. En ese caso la defensa debe hacerse cargo de ese hecho para construir su hipótesis del caso, salvo que pueda acreditar que es falso el hecho y que fue el policía quien le colocó el arma en su cintura.

¹¹¹ Ver, Moreno Holman, L., *op. cit.*, p. 76.

delphia (1993), dirigida por Jonathan Demme, observamos la demanda que un joven abogado de ascendente carrera, que contrajo el virus HIV, entabla contra el prestigioso estudio jurídico en el que se desempeñaba laboralmente y que, luego que tomaron conocimiento de su enfermedad, fue despedido. Esta es la transcripción de los alegatos:

Demandante:

Damas y Caballeros del Jurado. Olviden lo que han visto en televisión y el cine. No habrá testigos inesperados ni confesiones conmovedoras. Se les presentará un simple hecho: Andrew Beckett fue despedido. Oirán dos explicaciones de la razón: la nuestra y la de ellos. Les corresponde a ustedes escudriñar cada capa de la verdad hasta determinar qué versión suena más creíble.

Esto es lo que demostraremos:

Punto nº 1. Andrew Beckett era... es un brillante abogado, un gran abogado.

Punto nº 2. Andrew Beckett afligido por una enfermedad debilitante, decidió en forma personal, comprensible y legal, mantener en secreto su enfermedad.

Punto nº 3. Sus empleadores descubrieron su enfermedad. La enfermedad a que me refiero es el SIDA.

Punto nº 4. Entraron en pánico. Hicieron lo que casi todos queremos hacer con el SIDA: llevar al SIDA y a todos los que lo padecen lo más lejos que sea posible.

La conducta de sus empleadores parece razonable; a mí también. El SIDA es una enfermedad mortal, incurable. Pues no importa como juzguen a Charles Wheeler y a sus socios en términos éticos, morales y humanos. El hecho es que cuando despidieron a Andrew Beckett porque tenía SIDA infringieron la ley.

Demandado:

Hecho. El desempeño de Andrew Beckett en el trabajo varió de competente, bueno, a muchas veces mediocre e incluso absolutamente incompetente.

Otro hecho: Alega que es la víctima de mentiras y engaños.

Hecho: Fue Andrew Beckett quien mintió a sus empleadores, haciendo todo lo posible para ocultarles su enfermedad.

Hecho: Tuvo éxito en su hipocresía. Los socios en Wyant Wheeler no sabían que Andrew Beckett tenía SIDA cuando lo despidieron.

Hecho: Andrew Beckett se está muriendo.

Hecho: Andrew Beckett está enojado porque su estilo de vida, su conducta imprudente le han acortado su vida. Y en su enojo, su rabia ataca ferozmente. Y quiere que alguien pague. Gracias.

Como vemos en este caso, los litigantes plantean su teoría del caso en sus alegatos de apertura. En el caso de la acusación –demandante civil– plantea que el estudio jurídico sabía que Andrew tenía SIDA y que por ese motivo fue despedido laboralmente, infringiendo las leyes estatales. En el caso de la defensa –demandado civil– la teoría del caso estriba en que ese no fue el motivo del despido. El motivo del despido fue que el abogado era incompetente y que desconocían la enfermedad que padecía Andrew porque, sencillamente, éste ocultó su enfermedad a sus empleadores.

En esta primer etapa de análisis nos bastará con precisar que los litigantes han explicado sucintamente cuál es su teoría sobre cómo sucedieron los hechos, marcando sus puntos de discusión y sin realizar ninguna argumentación u opinión personal sobre la prueba, por cuanto ésta aún no fue introducida al juicio. Como vemos, ambos alegatos de apertura constituyen verdaderas hojas de ruta para mirar la evidencia. El jurado –o tribunal– ya sabe ahora no solo en qué consisten los hechos, sino también cuáles son las versiones en pugna. No está en discusión que Andrew trabajaba en el estudio Wheeler. Tampoco está en discusión que fue despedido. Esos son puntos acordados por las partes, ya que constituyen, en ambos casos, parte de sus propias teorías del caso. Es por ello que sobre estos puntos, las partes podrán presentar, eventualmente, acuerdos probatorios en la audiencia preparatoria de juicio, y es esperable que así suceda. El punto en discusión en el caso es si el bufete de abogados Wheeler conocía la enfermedad que padecía Andrew Beckett y si esa fue la causa del despido o si, por el contrario, la causa del despido fue que el demandante era incompetente en su trabajo. Es sobre estos puntos donde las partes deben trabajar fuertemente, a través de sus testigos y demás pruebas, para acreditar la mayor cantidad de hechos que den cuenta del foco de atención del caso. Es por ello que el relato que brindarán los testigos debe estar dirigido y encaminado a acreditar ese tipo de proposiciones fácticas (cómo se desempeñaba, cómo tuvieron conocimiento de la enfermedad, como varió el trato que le dieron en el estudio, que clientes y casos manejaba, si eran de mayor o menor exigencia profesional, etcétera). Y esa actividad requiere de una adecuada preparación.

Es muy frecuente, tal como lo mencionamos al inicio de este libro, que el abogado inexperto pase rápidamente y sin detalles por los puntos más importantes del caso, quedándose en los puros títulos. En estos casos es frecuente escuchar en los sistemas más adversariales que "faltó examen directo"¹¹². Y, en definitiva, el éxito de un juicio depende de la creación de una historia afirmativa verosímil durante el interrogatorio directo¹¹³.

El tercer objetivo del examen directo es la acreditación e incorporación de la prueba material. Este es un objetivo limitado a algunos testigos por cuanto no todos tendrán por función acreditar prueba material. Es más aún, habrá casos en los que no habrá ninguna evidencia para introducir al juicio. El cambio al modelo adversarial importó profundos quiebres en la forma en que se la incorpora, siendo ahora necesario que un testigo acredite la existencia previa del elemento dando su descripción, o el modo en que se preservó la prueba (cadena de custodia), para luego poder incorporarlo a los hechos y al caso. Para esta función debemos tener bien en claro cuál es el testigo más idóneo e indicado para la acreditación de la prueba material y el orden en que declarará. El testigo que acredite la prueba material debe ser necesariamente de los primeros en declarar, para luego utilizar con el resto de los testigos la evidencia material ya incorporada.

El cuarto y último objetivo de un examen directo está centrado en brindar información relevante para poder acreditar en el lugar otra prueba (ya sea material o testimonial). No se trata de un testigo que acredita evidencia material (tercer objetivo), sino que pueda dar determinadas referencias sobre un elemento o la presencia de otra persona, que den cuenta de la existencia de éstos en el lugar. Se trata de acreditar proposiciones fácticas que puedan dar mayor credibilidad o sustento a otras pruebas (materiales o testimoniales).

¹¹² Al decir de Baytelman y Duce, afirmación que compartimos, "si no hay suficiente examen directo sobre la proposición fáctica, no hay nada. No hay prueba. Tanto más si derechamente no se obtiene examen directo del todo sobre el punto" (Baytelman y Duce, *op. cit.*, ps. 108/109).

¹¹³ Conf. Bergman, P., *op. cit.*, p. 57.

3. Planificación del examen directo

3.1. La relación entre nuestros testigos y la teoría del caso

Una vez que el acusador –público o privado– tomó la decisión estratégica de llevar el caso a juicio, y se discutió la admisión de las pruebas en la audiencia preparatoria de juicio, comienza la preparación de las partes para la audiencia de juicio. Hasta aquí, tanto la acusación como la defensa se habían ocupado de recolectar evidencias para, en primer lugar, analizar la viabilidad del caso (la aplicación de una eventual salida alternativa) y, en segundo lugar, precisar qué información presentarán en la audiencia de debate. Sin embargo, a pesar de toda la preparación que requiere la toma de una decisión tan estratégica como la de llevar el caso a juicio¹¹⁴, a las partes les resta aún mucho trabajo, consistente en cómo presentarán las evidencias, en qué orden, a través de qué testigo, cuáles son las fortalezas y debilidades de cada una de las pruebas, como preparar los exámenes y contraexámenes de testigos, etcétera. Recordemos que, como venimos sosteniendo, la preparación del juicio es bien anterior al desarrollo de la audiencia, y que ésta tiene como finalidad presentar información y no ir allí a buscarla¹¹⁵.

¹¹⁴ Decimos que es una decisión sumamente estratégica porque el sistema no está preparado para procesar todos los casos en juicio. En la mayoría de los sistemas penales los casos que terminan con audiencia de juicio son menores al 3 %. El Ministerio Público debe seleccionar adecuadamente qué casos resultan los más relevantes y con suficiencia probatoria para llevarlos a la etapa de debate. De allí que resulta ser una decisión profundamente estratégica. En igual sentido, Lorenzo, L., *op. cit.*, p. 134.

¹¹⁵ El buscar información en la audiencia de juicio, amén de la irresponsabilidad de encarar el caso de ese modo, parte de una concepción filosófica de verdad única y material en la que las partes deben ir en su búsqueda.

El primer interrogante que debe formularse todo litigante al comenzar a preparar su caso para juicio, es cómo debe presentarlo adecuadamente ante un jurado o ante un juez profesional que no conoce nada del asunto. Si bien el sistema por jurados tiene particularidades muy distintas al sistema en el que resuelve el caso un juez profesional, básicamente lo que une ambos modelos es que ni uno ni el otro tendrá un conocimiento sobre cuál es el caso que presentarán las partes, cuáles son las teorías del caso que se barajan, cuáles sus fortalezas y debilidades. Es por ello que la exposición inicial del caso no parece ser una actividad procesal meramente coyuntural o poco relevante. Al contrario, es la primera oportunidad que tienen los litigantes para presentarse ante el Tribunal y mostrar sus cartas como suficientes y creíbles.

Sintéticamente, una audiencia de juicio oral se divide en tres etapas bien diferenciadas en cuanto a sus objetivos. El primero compuesto del alegato de apertura o exposición inicial, consiste en la presentación que hacen las partes sobre su teoría del caso, sin poder alegar ni argumentar porque aún no se ha producido ningún tipo de evidencia. La segunda es la etapa de presentación de las pruebas que fueron admitidas en la etapa intermedia, que comienza luego de que finalizan las exposiciones iniciales. La tercer etapa es la única puramente argumentativa, en la que las partes argumentan y explican al tribunal cómo deben ser observadas y analizadas las pruebas que se produjeron en juicio (alegatos de clausura). De modo que siendo al inicio del juicio el primer momento en que los litigantes pueden expresarse ante el tribunal y que, vencida esta etapa, recién podrán volver a realizar manifestaciones en los alegatos de clausura, es conveniente una adecuada preparación de los alegatos de apertura para fortalecer la credibilidad no solo del caso, sino también del litigante, que repercutirá positiva o negativamente en la forma en que los jueces observarán la prueba.

Una vez que se presentan los alegatos de apertura, corresponde en primer lugar a la acusación y, luego a la defensa, presentar sus propias pruebas¹¹⁶. Al tratarse de un sistema oral y puramente contradictorio, salvo algunas excepciones, todo ingresará a través de los testigos o peritos, por lo que corresponde al litigante preparar adecuadamente

¹¹⁶ Así, por ejemplo, el art. 263 del Código Procesal Penal de la Nación, aprobado recientemente (ley 27.063, que aún no entró en vigencia).

quiénes serán sus testigos, cómo serán acreditados, sobre qué puntos declararán, quién y qué evidencia material acreditarán, qué debilidades presentan que podrán ser atacadas en un contraexamen y cómo fortalecerlos, ya sea antes –anticipo de debilidades– o luego –en el re-examen directo–.

De modo que nuestros testigos deben estar fuertemente entrelazados con nuestra teoría del caso, esto es, lo que pretendemos acreditar en juicio oral y que hemos planificado estratégicamente observando todos los elementos que componen el caso.

Básicamente, como idea inicial podemos afirmar que la teoría del caso no es otra cosa que la versión de los hechos de cada parte y que, de ser tenida por cierta, le permitirá ganar el caso en juicio oral (ya sea obteniendo una condena –en el caso de la acusación– o una absolución –para el caso de la defensa–) o, al menos, aproximarse al resultado esperado¹¹⁷. Claro que dicho así, no pareciera agregar nada nuevo a la forma en que trabajan los litigantes en los sistemas mixtos. Es más, me animaría a afirmar que quien se adentra a la lectura del tema con este texto, dirá que ello está especificado en el requerimiento de elevación a juicio –por parte de la acusación–, y en los dichos del imputado y la oposición a la elevación a juicio –por parte de la defensa–. Ello es en parte cierto y en parte no. O mejor dicho, limitar el alcance de la teoría del caso a una mera descripción sobre la intimación de los hechos, por parte de la fiscalía, o a negar su comisión por parte de la defensa, resulta equivalente a sostener que basta la afirmación de que el imputado cometió o no cometió un hecho para darlo por cierto. Se trata de una afirmación carente de proyección o perspectiva del caso. En el estudio de la litigación se suele mencionar que las opiniones personales de los litigantes no tienen peso alguno. Una teoría del caso que solo se

¹¹⁷ Muchas veces la teoría del caso parte de dar por cierto determinados hechos que permitan inferir un resultado o una explicación concreta. No necesariamente la teoría del caso debe circunscribirse a si el imputado fue o no fue el autor del hecho. Muchas de las veces la teoría del caso estará centrada en acreditar determinados hechos –proposiciones fácticas– que permitan acercarnos a una conclusión favorable, por ejemplo, que el autor actuó con intención homicida. Por citar un ejemplo, el comprar un arma de fuego, ir al domicilio de la víctima y blandir un arma, son indicios de que la muerte de la víctima de un disparo con un arma de fuego fue premeditado y no como consecuencia de un obrar culposo. La determinación de si se trató de un obrar culposo –ejemplo, se disparó el arma por error– o doloso, quedará en manos de un juez; más la acreditación de determinados hechos, cuanto menos, permitirán dar mayores elementos al juez para sostener su posición.

sustente en la afirmación de un hecho, sin una adecuada planificación para acreditar cada uno de los pequeños episodios que, en conjunto, conforman el hecho global, implica dejar todo el trabajo librado al azar. En ese sentido, pareciera ser una visión bastante miope del concepto de teoría del caso. El manejo de la teoría del caso requiere algo más, esto es, la elaboración de una estrategia, y su utilización como una herramienta metodológica que permita analizar y desmenuzar el caso, tanto en la investigación penal preparatoria –investigaciones autónomas de ambas partes– como en la etapa de juicio oral.

La teoría del caso abarca mucho más que el plano de los hechos intimatedos o negados. Pretender afirmar o negar cada hecho debe ser la conclusión de una responsable planificación estratégica y adecuada al caso. La teoría del caso, tal como afirmamos, es una herramienta metodológica que permite al litigante observar desde los hechos qué perspectiva tiene el caso, permitiéndole determinar, entre otros aspectos, los siguientes: a. las evidencias con que cuenta; b. las evidencias que aún no cuenta pero que debe investigar; c. qué proposiciones fácticas necesita para tener una mejor perspectiva del caso; d. determinar cuáles son los hechos incontrovertibles y que explicación podemos encontrar sobre éstos; y e. con qué pruebas va a acreditar cada una de las proposiciones fácticas. De modo tal que un litigante con un adecuado manejo de la teoría del caso pueda anticipar debilidades, explotar fortalezas, determinar cuál es la salida adecuada para el caso desde tempranos momentos de la investigación y, eventualmente, manejar las evidencias durante la sustanciación de la prueba en el juicio oral. Es como suelo manifestar en el ámbito docente: la elaboración en un pizarrón de un cuadro de la teoría del caso sirve como mapa o guía analítica para el litigante de modo tal que, de tener acreditados allí los extremos marcados, no debiera tener mayores sorpresas en el juicio oral.

El primer paso de un litigante consiste en identificar, a través de la teoría del caso, cuáles son los hechos controvertidos por donde pasa el conflicto (foco de atención), ya que sobre el resto de los hechos las partes podrán presentar acuerdos probatorios. Sin embargo, ésta no parece ser una tarea sencilla si no contamos con una guía analítica para identificar los puntos críticos del caso. Recordemos que un caso penal está conformado por un conjunto de versiones contrapuestas entre sí, y coincidentes, en algunas partes, con otras. Tal como afir-

man Baytelman y Duce, "lo máximo que tenemos es un conjunto de versiones en competencia, heterogéneas, fragmentadas, parciales y disímiles"¹¹⁸. Y es sobre estas distintas posiciones que cada parte debe armar su rompecabezas de lo sucedido, para conformar una hipótesis o teoría del caso que sea creíble y autosuficiente como para obtener el resultado esperado en un juicio oral. Esta tarea no es sencilla, ya que requiere brindar una explicación satisfactoria no solo sobre las pruebas de cargo, sino también encontrar una justificación sólida a las versiones de descargo que no son contestes con nuestra hipótesis. Para ello se requiere una actividad profundamente profesional y estratégica.

La teoría del caso, desde su enfoque más tradicional –y en una apretada síntesis–, propone identificar los hechos del caso y a través de aquéllos, trabajar en base a tres columnas –teoría jurídica, proposiciones fácticas o hechos a acreditar y prueba–. La teoría jurídica consiste en identificar aquéllos elementos del tipo penal, de la antijuridicidad y de la culpabilidad requeridos para la adecuación típica del hecho y obtener una condena. Como la prueba no habla el lenguaje jurídico, es preciso contar con proposiciones fácticas o afirmaciones de hechos, que obtendremos a través de la prueba, relevantes para acreditar cada uno de los elementos de la teoría jurídica. Difícilmente un testigo nos relate que el autor obró con dolo porque conocía todos los elementos del tipo objetivo y su voluntad se dirigió hacia tal fin. Un testigo hará afirmaciones (hechos o proposiciones fácticas) que servirán o no para que el Tribunal tenga por acreditado ese elemento de la teoría jurídica (en el caso, dolo). Por ejemplo, dirá que se acercó con un cuchillo, miró a su víctima y le dijo "te mataré", mientras introducía su cuchillo en el abdomen de aquella. Y serán esas proposiciones fácticas las que acrediten el elemento "dolo" en la teoría jurídica. En síntesis, es correcto afirmar que son determinadas proposiciones fácticas o hechos los que se obtienen a través de las pruebas (testimonial, material, etc.) y que sirven para acreditar cada uno de los elementos de la teoría jurídica. Y para poder tener, en definitiva, el hecho por acreditado, es preciso contar con una o varias proposiciones fácticas sólida, creíbles y persuasivas que prueben cada elemento de la teoría jurídica, a través de uno o varios elementos de prueba que sean

¹¹⁸ Baytelman y Duce, *op. cit.*, p. 78.

admisibles, lógicas y sólidas. De allí la necesidad de trabajar en base a un cuadro de columnas que nos identifiquen estos tres elementos.

Para poder tener un adecuado manejo de nuestro caso, es preciso seguir trabajando en base a ese cuadro con algunos agregados que luego propondré. Ese cuadro, el que puede ser consultado en cualquier obra sobre teoría del caso¹¹⁹, es una herramienta vital para dirigir la investigación, verificar con qué elementos contábamos para tomar una decisión estratégica sobre el caso y, en el supuesto de decidir ir a juicio oral, verificar también con qué evidencias contamos para respaldar cada una de las proposiciones fácticas necesarias para acreditar un elemento de la teoría jurídica.

Veamos el análisis de la teoría del caso en base al caso "Carmen", que puede ser consultado al final del libro y que sintéticamente describimos aquí:

"El 6 de julio pasado, alrededor de las 16:45 horas, mientras el subinspector Jara de la P.F.A. estaba realizando un patrullaje motorizado en las inmediaciones de la plaza lindante con la Facultad de Medicina, de la Universidad de Buenos Aires, ubicada en Av. Córdoba 2123 observó una serie de jóvenes presumiblemente estudiantes universitarios, que se encontraban rodeando e intercambiando palabras y elementos de manera nerviosa, observando en diferentes direcciones, con una mujer adulta, de aproximadamente unos 65 años, quien vestía una chaqueta de cuero negro, pantalones y zapatillas. Al pretender acercarse a ellos, los jóvenes se retiraron rápidamente, quedando solo la mujer. Luego de identificarse, el funcionario policial procedió a solicitar a la mujer su documentación. Ésta luego de revisar sus ropas, le indicó que no poseía identificación alguna. En estas circunstancias el funcionario pudo observar que la mujer portaba en distintas partes de su vestidura una gran cantidad de billetes de bajo monto y algunas bolsitas, usadas ordinariamente para vender droga, por lo cual procedió a revisarla encontrando en el bolsillo interior derecho de su chaqueta 9 bolsitas rectangulares de color blanco y \$400.

Al revisar el contenido de una de las bolsitas, encontró una especie de yerba de color verde, similar a la marihuana. Ante dicha situación el funcionario procedió a la detención de la mujer, haciéndole saber sus derechos, trasladándola luego a la Comisaría,

¹¹⁹ Recomendamos la lectura de Moreno Holman, L., *op. cit.*

donde aquella se identificó como Carmen Rosales, domiciliada en la Av. Córdoba 1297 de esta ciudad. Al formalizarse cargos, en su primera presentación a las 24 hs. del hecho Carmen dijo vivir en ese inmueble con su marido epiléptico y sus seis hijos. Además agregó ser consumidora de marihuana y que la encontrada en su poder tenía esa finalidad, además de compartirla con su marido que era epiléptico, ya que así le fue indicado a éste por su médico, para el tratamiento de su enfermedad. El dinero y la droga (9 gramos) fueron retirados a la detenida, guardándolos en dos bolsas plásticas selladas y rotuladas".

Sobre la base de este caso, el cuadro clásico de la teoría del caso desde el punto de vista de la acusación¹²⁰, sobre el hecho que de allí se desprende, nos indicaría lo siguiente:

Teoría jurídica	Proposiciones fácticas	Pruebas
1. Tenencia	1. La Sra. Carmen tenía entre sus ropas marihuana. 2. La campera en donde estaba la marihuana era de su propiedad. 3. No había prestado esa campera a nadie.	Testigos de detención, preventor, Carmen.
2. Estupefaciente	1. El material secuestrado fue peritado y se determinó que era marihuana. 2. El material peritado es el mismo que el secuestrado. 3. Se respetó la cadena de custodia. 4. El subinspector interviniente firmó y lacró el sobre con el contenido, tal como lo recibió quien lo peritó.	Perito, pericia, manejo de cadena de custodia, elemento peritado, preventor.
3. Dolo	1. Carmen sabía del contenido que tenía en su campera. 2. No era la primera vez que Carmen tenía marihuana.	Carmen, secuestro de la campera, preventor.

¹²⁰ Aunque el cuadro esté referido al caso de la acusación, la defensa también debe realizarlo desde ese enfoque ya que le permitirá conocer el caso de su adversario en el juicio. Por ello decimos que la teoría del caso es un juego de espejos, donde los puntos fuertes de la teoría del caso de nuestra contraparte son nuestras debilidades y nuestras fortalezas serán sus puntos débiles.

Teoría jurídica	Proposiciones fácticas	Pruebas
4. Finalidad de comercialización	<ol style="list-style-type: none"> 1. Carmen sabía que tenía marihuana y la ofrecía a estudiantes por dinero. 2. Carmen comercializaba marihuana. 3. Carmen estaba rodeada de estudiantes intercambiando objetos. 4. Tenía plata y estaba sin trabajo. 5. Los billetes eran de bajo valor y en gran cantidad. 6. Tiene balanza de precisión en su domicilio⁸. 7. La marihuana estaba separada en sobres de 1 gr. cada uno. 8. La marihuana se vende por gramo. 	Subinspector, estudiantes, allanamiento, secuestro, pericia y peritos sobre los materiales secuestrados, secuestro del dinero, pericia sobre los sobres, exhibición de sobres y demás efectos, experto en aspectos sobre venta de drogas.
5. Autoría	1. Carmen ofrecía sola la marihuana y la tenía consigo.	Testigos de detención y preventor.
6. Consumación	+ El personal policial intervino luego de que intercambiaran objetos.	Idem.
7. ¿Validez del procedimiento?	<p>Opción A. Carmen no tenía documentos y al buscarlos por pedido del policía, posibilitó que éste viera que tenía marihuana consigo.</p> <p>Opción B. Carmen fue requisada por la policía por no tener documentos.</p>	Subinspector, campera secuestrada y explicación sobre la misma.

Como vemos, a este cuadro de la teoría del caso —que podría ser profundizado—, aún le restan variables que nos podrían resultar de mucha utilidad para la preparación de un examen directo, como ser: determinar los puntos más relevantes de cada testimonio y decidir cómo preparar su relato para que sea persuasivo. Así necesitamos claridad en los siguientes tópicos: cuántos testigos presentaremos, en qué orden, qué prueba material acreditaremos y con qué testigo la haremos ingresar, qué fortalezas y debilidades presenta cada testigo, si conviene o no anticiparlas, cuáles son los grandes temas y subtemas de sus testimonios (con sus respectivas proposiciones fácticas a acreditar)²¹.

Este tipo de información no la podemos obtener en forma clara en el cuadro recién visto, sencillamente, porque está orientado a otros fines. La guía analítica recién tratada, como dijimos, tiene por finalidad determinar la seriedad del caso, reconocer los puntos críticos,

²¹ Como vemos, algunas de estas proposiciones fácticas no están aún acreditadas, y dependen de una medida de prueba que dé resultado positivo (en el caso un allanamiento donde se secuestre una balanza de precisión).

visualizar la actividad de la contraparte (juego de espejos) y, en definitiva, verificar qué decisión adoptar en el caso. Es por ello que está focalizado en las proposiciones fácticas y no en las pruebas, ya que son las primeras las que nos permiten identificar si tenemos o no un caso serio para ir a juicio (siempre que se cuente con prueba respaldatoria para cada proposición fáctica). Ahora lo que necesitamos es un cuadro inverso, centrado no ya en las proposiciones fácticas como el anterior, sino en las pruebas, que resulte complementario del anterior y que nos permita planificar un examen directo sobre la información que ya recolectamos en la etapa de investigación.

Así, proponemos la siguiente matriz analítica:

Test	Acreditar	Principales temas	Subtemas	Prueba material	Fortalezas	Debilidad	Orden
Oficial							
Test detención							

Cada una de esos temas debe ser completado previo al juicio, al momento de trabajar en la preparación del testigo para tener una guía clara de cuáles son los puntos más relevantes del testimonio, donde se debe profundizar el interrogatorio.

Avancemos un poco más completando el cuadro con el primer testigo: el Oficial Jara que detuvo a la Sra. Carmen.

Testigo	Acreditación	Principales Temas	Subtemas
Oficial Jara	<ol style="list-style-type: none"> 1. Experticia. 2. Tiempo en la función. 3. Conocimiento del proceso. 4. Antecedentes. 5. Ausencia de sanciones. 6. Cuantificar cantidad de proceso en que intervino. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Observación previa a intervenir. 2. Actitud de las personas. 3. Petición de documentos. 4. Exhibición voluntaria de la imputada. 5. Secuestro de material. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Intervención de otros policías para el secuestro y cadena de custodia. 2. Visibilidad del lugar. 3. Cantidad de personas en la plaza.

Testigo	Acreditación de prueba material	Fortalezas/ Debilidades	Orden de presentación

Oficial Jara	1. Campera (destacar cantidad de bolsillos donde fue encontrado el dinero y la droga). 2. Marihuana (destacar el manejo de la cadena de custodia).	Fortalezas 1. Visión. 2. Experticia. 3. Actuación inmediata. Debilidades 1. No persiguió a los restantes. 2. Intervención inicial sin testigos.	1º
--------------	---	---	----

La elaboración de este tipo de cuadros, previo al juicio, constituye una herramienta vital para realizar un adecuado examen directo de un testigo, que nos permitirá profundizar en detalles centrales y tener una guía adecuada acorde a nuestra teoría del caso, sin el riesgo de olvidar algún punto relevante. Para ello, también es fundamental tener bien en claro cuáles son los grandes temas, fortalezas y debilidades del testimonio.

3.2. Clasificación de los testigos

Una vez que seleccionamos quiénes serán nuestros testigos en el juicio tenemos que tener bien en claro si se trata de testigos directos, indiciarios, de concepto o de oídas. En rigor de verdad, la clasificación que acabamos de realizar, seguida por la doctrina mayoritaria, no es adecuada ya que lo indiciario o directo no es la prueba en sí, sino la afirmación que el testigo formula (proposiciones fácticas). Incluso es frecuente que un mismo testigo realice manifestaciones directas o indiciarias (por ejemplo, un testigo directo también puede realizar afirmaciones de concepto). Sin embargo, por razones puramente prácticas la tomaremos por adecuada.

En función de esa clasificación diremos que el testigo de oídas es aquél que declara no en base a lo que percibió directamente, sino sobre lo que escuchó decir a un tercero sobre otros hechos. El testigo de concepto es aquél que si bien no declara sobre los hechos principales del caso, se lo considera relevante por cuanto testimonia sobre el comportamiento anterior o posterior de alguna de las partes y que puede tener cierta implicancia, ya sea para sacar conclusiones sobre el hecho o, eventualmente, sobre la graduación del reproche. Testigo indiciario será aquél que afirma determinados hechos que requieren de una inferencia del juez para acreditar un elemento de la teoría jurídica. Por último, el testigo directo es aquél que declara sobre los hechos del

caso, lo que percibió por alguno de sus sentidos, siempre que se trate de información relevante para el caso.

El litigante debe realizar esta distinción para analizar la pertinencia de la prueba –etapa preparatoria de juicio– y, admitida ésta, el modo de interrogarlo. Los códigos latinoamericanos no han sido muy claros sobre este tópico, como si lo han hecho las Reglas de Evidencia del Sistema Federal Estadounidense. Así, la regla n° 602 limita la posibilidad de interrogar al testigo de oídas, ya que solo considera testigo a aquél que tenga conocimiento personal sobre los hechos, considerándose que lo tiene “cuando conoce los hechos, de primera mano, directamente, a través de sus sentidos”¹²². El testigo de oídas solo puede ser escuchado cuando se encuentre en audiencia aquél que hizo la referencia que escuchó. Así, si el testigo X declara haber escuchado a Y decir que observó a Z cometer un hecho, el testimonio de X solo será admisible en la medida que Y declare en juicio. La inexistencia de una norma concreta que regule esta cuestión no es un impedimento para abordar la materia, ya que desde las garantías constitucionales eso puede ser tratado en forma adecuada. La incorporación del testimonio de X en el ejemplo dado afecta el contradictorio para la defensa –pérdida de intermediación–, por cuanto si Y no es habido –que fue quien refirió observar a Z cometer el hecho–, no hay manera de que pueda generar contradictorio sobre aspectos esenciales que hacen a la credibilidad de ese testimonio, tales como: circunstancias de modo, tiempo, lugar, seriedad de la afirmación y demás detalles¹²³. En ese sentido, hemos afirmado que las normas de litigación se asemejan más a estándares que a reglas fijas, que tienden a fortalecer el contradictorio y la calidad de la información que ingresa a juicio. Con esto no queremos decir que ese testigo no pueda ser admitido como prueba.

¹²² Conf. Emanuelli Jiménez, Rolando, *Prontuario de derecho probatorio puertorriqueño*, Situm, 3ª edición, San Juan de Puerto Rico, 2010, p. 340.

¹²³ Así Chiesa Aponte, refiriéndose al proceso penal en Puerto Rico y los Estados Unidos apunta como planos relevantes que hacen a la impugnación y credibilidad de testigos los siguientes: a. comportamiento del testigo mientras declara y la forma en que lo hace; b. naturaleza o carácter del testimonio; c. grado de capacidad del testigo para percibir, recordar o comunicar cualquier asunto sobre el cual declara; d. existencia o inexistencia de cualquier prejuicio, interés y otro motivo de parcialidad por parte del testigo; manifestaciones anteriores del testigo; carácter o conducta del testigo en cuanto a veracidad o mendacidad; y contradicción (Chiesa Aponte, *Derecho procesal penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, Volumen II y III, Forum, Bogotá, 1995, p. 324 y ss.).

Simplemente podría tratarse de una exclusión temática del testimonio, autorizándose a declarar sobre otros planos del relato¹²⁴.

El testigo de concepto también requiere del litigante que éste pueda acreditar su relevancia en el caso y que, con la incorporación de ese testimonio no se vea afectada ninguna garantía constitucional. El juicio oral es, en definitiva, el mejor método conocido para presentar información a través de la intermediación y el contradictorio. De modo tal que el juez debe velar porque la información que se presente sea de calidad y que no se busque con ella la generación simplemente de un prejuicio¹²⁵.

Como se ve, el litigante debe distinguir las diferentes clases de testigos que presenta para preparar su examen directo, decidir el orden de ingreso y planificar el modo de interrogarlo.

3.3. Orden de comparecencia de los testigos

Una vez individualizados los hechos, escogida la teoría jurídica aplicable al caso, seleccionadas las proposiciones fácticas de afirmación y refutación y la evidencia con la que pretendemos acreditar aquéllas, es preciso analizar cuál será el orden más persuasivo de presentación de cada uno de los testigos.

Aún hay poca experiencia y estudio en la región sobre el modo estratégico de presentación de la prueba. Los códigos mixtos limitaban la cuestión del orden de presentación de la prueba a lo que dispusiera el tribunal de juicio, en la falsa idea de que, como le corresponde la

¹²⁴ Pudiera declarar sobre otros planos distintos a aquél donde solo es testigo de oídas. Así, lo que debe trabajarse en la audiencia preparatoria de juicio es la exclusión de ciertos temas, esto es, se admite la prueba testimonial, pero limitada a determinados hechos (exclusión temática).

¹²⁵ Si bien los testigos de concepto son relevantes en sí, por cuanto más allá de no estar referidos al objeto procesal, de modo indirecto guardan relación con el caso, hay que verificar que con esta prueba no se tienda solamente a generar un prejuicio del juzgador, afectando así la imparcialidad del tribunal y la defensa en juicio. En palabras de Hernández, "ante una prueba que no prueba nada, sino que solo genera prejuicio, prácticamente no hay remedio. Si una decena de testigos declara haber sido víctima en épocas pretéritas del mismo tipo de delitos que hoy se enjuicia, que el responsable fue el mismo acusado y que la forma y las circunstancias de comisión son las mismas que hoy se le imputan, en términos prácticos la defensa no mejora mucho su situación alegando que cada uno de estos testimonios sería insuficiente para fundar una condena respecto de cada uno de los hechos narrados" (Hernández, H., *op. cit.*, p. 30).

organización de la audiencia en cuanto a la fijación de días y horarios, es éste quien debe medir los tiempos que demandará cada una de las pruebas y, por consiguiente, el orden de presentación de los testigos¹²⁶. El único punto en el que parece haberse avanzado es en el orden de la prueba, correspondiendo en primer lugar desahogar la prueba de la acusación, y luego la de la defensa¹²⁷. Claro que, como los ordenamientos inquisitivos parten desde la lógica de la búsqueda de una verdad absoluta, sumado a que no han dejado espacio para que la defensa pueda producir su propia investigación en búsqueda de pruebas autónomas, esta diferenciación entre prueba de cargo y descargo —o por decirlo con lenguaje adversarial, testigos amigables a la acusación y testigos hostiles—, ha pasado casi inadvertida.

Con la redacción de los códigos adversariales ha quedado de manifiesto que corresponde a las partes la selección del orden de presentación de sus evidencias y la obligación de hacer comparecer a juicio a sus testigos. El orden de presentación de las evidencias es una decisión profundamente estratégica que tiene por finalidad brindar el mejor ángulo posible sobre la información que se pretende acreditar en juicio. Para ello es imprescindible contar con un manejo absoluto de la teoría del caso, conociendo las proposiciones fácticas que pretendemos incorporar con cada testigo, cuáles son sus fortalezas y debilidades, cómo acompañaremos la prueba material y cómo fortalecer la prueba indiciaria si la hay.

Más relevante aún es el orden de presentación de la prueba en casos donde abundan evidencias indiciarias. A pesar de la creencia errónea de que la prueba indiciaria rara vez es suficiente para sustentar una condena, la práctica judicial y la experiencia misma de la vida nos enseña que muchas de las conclusiones a las que arribamos —jurídicas o no— están marcadas por un conjunto de indicios que, unidos entre sí, nos presentan un cuadro sólido de acreditación de un hecho. Estos

¹²⁶ Incluso como juez en la CABA, donde impera un sistema adversarial, he podido advertir que es frecuente que las partes no sugieran un orden de presentación estratégico. Créanme que desde el rol de juez, la imagen y credibilidad de un litigante que no ofrece ningún orden, limitándose a sugerir que ingresen según el orden en que se presentaron por secretaría, disminuye considerablemente, porque demuestra no tener ninguna estrategia de preparación del caso.

¹²⁷ Aunque el avance no es absoluto, ya que en varios estados provinciales aún se mantiene la declaración del imputado como el primer acto de prueba del juicio oral, a pesar de ser un acto de prueba de la defensa.

indicios pueden ser relevantes no solo en el plano subjetivo del autor (dolo), donde la doctrina es coincidente en afirmar que el dolo se prueba con elementos indiciarios, sino también pueden ser muy relevantes para determinar otros planos como ser la autoría, la legítima defensa, la materialidad del hecho, etc. Llevándolo al caso Carmen, nada sabemos a través de prueba directa respecto de si la imputada tenía la marihuana con fines de comercialización –elemento subjetivo–. Ella nada ha dicho al respecto y tampoco contamos con un testigo que haya escuchado a Carmen decir que tenía la marihuana para comercializarla con jóvenes estudiantes. En otro caso hipotético, no tendremos acreditada la autoría a través de prueba directa. Pero tal vez contemos con varias proposiciones fácticas que den cuenta que los imputados fueron sorprendidos en la zona, con los elementos secuestrados y con características físicas similares a los denunciados. Y tal vez, sumados a algún otro indicio, tanto en el caso Carmen como en el recién mencionado sobre autoría, sirvan para presentar al juez las evidencias de modo tal que le permitan construir la inferencia de que Carmen actuó con dolo de comercializar la droga y que los imputados son los autores del hecho.

El orden de presentación de la prueba indiciaria es vital para lograr demostrar la inferencia que se pretende concluir. Si decimos que la prueba indiciaria debe ser clara, precisa y concordante para que nos permita extraer alguna conclusión, es preciso que la misma sea presentada al juzgador dentro de un bloque único de información¹²⁸. Si por el contrario los indicios son presentados en forma esporádica, separados y alejados entre una evidencia y otra, posiblemente la inferencia que se pretende construir no sea advertida por el juzgador. Y justamente uno de los principales objetivos del litigante en un sistema adversarial pasa por convertirse en un director del caso, en un presentador que debe ocuparse de narrar y persuadir. Así, volviendo al caso Carmen, si las proposiciones tendientes a acreditar el fin de comercializar la droga se presentan en forma aislada una de otra, y no se logra concatenar las mismas, seguramente estaremos alejándonos de la posibilidad de éxito.

¹²⁸ Tal como sostiene Leonardo Moreno Holman, las evidencias indiciarias deben presentarse de la forma más certera posible, preferentemente en un espacio de tiempo delimitado y "en un mismo bloque de información, pues de lo contrario se corre el riesgo de que el tribunal no sea capaz de unir los indicios, presentados en distintos momentos del juicio, para extraer de ellos la conclusión que busca el abogado" (Moreno Holman, L., *op. cit.*, p. 125).

Esta circunstancia será más notoria si se trata de un caso en que se cuenta con una gran cantidad de evidencias y que, por consiguiente, la prueba de la acusación quedará fraccionada en varios días de audiencias. Por consiguiente, la idea de trabajar sobre "bloques de información" será muy importante a la hora de analizar cómo será el orden de presentación de las evidencias.

No existe una regla unívoca para determinar de antemano cómo debe ser el orden de presentación de las evidencias. Pero no por ello deja de ser una decisión profundamente estratégica. La razón por la cual no existe una regla fija sobre el orden de presentación de las pruebas se debe a varias razones. En primer lugar, ningún caso es igual a otro. Es posible que existan casos parecidos que requieran de un tratamiento bastante similar. Un caso por una detención en flagrancia por un robo, o por una portación de un arma de fuego tendrá, en líneas generales, un cuadro probatorio bastante similar a otro caso iniciado en flagrancia por los mismos delitos. Sin embargo, hay varios aspectos que los puede diferenciar, y allí nace la segunda distinción. Ningún caso tiene las mismas evidencias y los mismos protagonistas. Los testigos serán distintos, la forma en labrar las actuaciones también, la cercanía de los testigos de actuación, la forma del procedimiento, la teoría del caso de la defensa, la credibilidad de los testigos, sus valores, creencias, prejuicios y personalidades tendrán –posiblemente– incidencia en su actuación. Todos estos aspectos requieren de un análisis pormenorizado y metodológico que incida en la forma en que presentemos las pruebas. En tercer lugar, no todos los casos cuentan con prueba material. Y esta circunstancia es relevante al momento de trazar la estrategia, ya que si pretendemos utilizar la prueba material con varios testigos –esto es, utilizar la misma para que los testigos den cuenta del lugar donde se encontró el elemento secuestrado–, es preciso comenzar la producción probatoria con el testigo a través del cual presentaremos y acreditaremos la evidencia material. En cuarto lugar, seguramente el tribunal no será el mismo en todos los casos. Así como es necesario, para tener un mayor impacto de nuestras ideas, analizar a los receptores de una conferencia previo al armado de la misma (no es igual si se trata de jóvenes estudiantes que de avezados litigantes), también en la litigación resulta fundamental analizar la postura del juzgador al momento de realizar la presentación de las evidencias.

Pero más allá de las razones antes vertidas que me persuaden de la necesidad de analizar caso a caso, si se pueden fijar ciertas reglas a tener en cuenta al momento de decidir cómo presentar las evidencias en juicio, las que resultan aplicables tanto para la acusación como para la defensa.

En primer lugar, habremos de tener en cuenta que es relevante comenzar y terminar nuestra presentación con pruebas fuertes y sólidas. Al inicio por cuanto pretendemos impactar, desde el comienzo del juicio, con un caso interesante y bien construido. Nótese que si acabamos de concluir nuestro alegato de apertura en el cual explicamos al tribunal que tenemos un caso serio, y les explicamos cómo deben observar las evidencias, es preciso comenzar la presentación con un testigo fuerte y relevante en el caso para no perder credibilidad. Asimismo, el dejar para el final un testigo que nada –o prácticamente nada– aporta, mostrará una imagen al tribunal de que no tenemos más evidencia (testigo que sobra) o, peor que ello, podemos dejar una imagen negativa, que con ese último testigo queríamos acreditar alguna otra proposición fáctica que, finalmente, no obtuvimos. Así, habremos terminado nuestra tarea de presentación de pruebas de cargo –aún quedará la refutación a través de los contraexámenes– de un modo más bien débil. Y seguramente no es la imagen con la que queremos culminar nuestra presentación probatoria. Es por ello que ya tenemos una primera regla: tanto la primera evidencia como la última, deben ser pruebas fuertes y sólidas, que –en el mejor de los casos– no permitan otra explicación o refutación a la contraria.

En segundo lugar, debemos distinguir si se trata de un caso que presenta un único hecho o, por el contrario, son varios hechos. Del mismo modo, si se ha labrado uno o más procedimientos policiales (por ejemplo, procedimiento de detención, allanamiento posterior, secuestro, otras detenciones, etcétera). Para el caso de que se hayan realizado varios procedimientos o que la imputación esté centrada en más de un hecho, es aconsejable presentar “bloques de información” tendientes a discriminar por hechos o procedimientos, como forma de clarificar al tribunal los datos que se suministran. Esta cuestión debiera ser anticipada en el alegato de apertura, posiblemente a través de un gráfico como complemento de la explicación para clarificar aún más la forma en que se presentará la evidencia. En esos bloques de información suele recomendarse que los funcionarios intervinientes en cada procedimiento se presenten en forma conjunta, como forma de fortalecer la información

que se suministra y lograr despejar cualquier duda que pudiera generarse con lo afirmado por alguno de ellos. De esa manera el litigante puede visualizar si ya ha acreditado determinados extremos y, en su caso, desistir del resto de pruebas que resulten reiterativas.

En tercer lugar, otro aspecto relevante al momento de trazar la estrategia de presentación de las evidencias, pasa por intentar armar un relato cronológico, de modo que el tribunal pueda ir reconstruyendo la historia en forma temporal a cómo sucedieron los hechos. Para tal fin es necesario presentar, en primer lugar, las evidencias que relatarán los hechos desde su inicio, para dejar para el final los relatos posteriores del caso. Así los funcionarios policiales que tomaron intervención temprana en el hecho debieran declarar primero que los que llegaron con posterioridad, y así sucesivamente.

Un cuarto consejo pasa por agrupar la prueba en base al testigo “estrella” o “principal”. Tal como mencionamos, los testigos son amigables u hostiles a la teoría del caso de una u otra parte. De allí que cada parte cuente con un testigo con el que piensa acreditar las proposiciones fácticas más relevantes. Este testigo estrella no tiene que ser necesariamente la víctima. Es más, por cuestiones de credibilidad y lógico interés en el caso, es muy frecuente que aquella no sea el testigo estrella. Tampoco cabe calificar de testigo estrella a quien acredite más proposiciones fácticas, ya que puede que muchos de los hechos acreditados no sean de los más controvertidos en el caso. Lo relevante para poder determinar quién debe ser calificado como el “testigo principal” radica en verificar cuáles son los hechos controvertidos del caso y con quien pretendemos acreditarlos. En el caso de Carmen, está claro que, de contar con alguien que haya visto la escena que observó el preventor al inicio del procedimiento, éste será el testigo estrella de la fiscalía, mientras que para la defensa, posiblemente, el testigo estrella esté más centrado en el médico que habría recetado el consumo de marihuana como paliativo para las dolencias de la pareja de la imputada.

Una vez determinado el testigo estrella de cada parte, el paso siguiente del litigante pasa por precisar en qué orden será presentado, ya que no necesariamente es aconsejable comenzar a acreditar la historia con los dichos de aquél. Claramente si lo que queremos es exhibir un relato cronológico y el testigo principal no tiene su actuación al inicio (supon-

gamos que en el caso Carmen, la fiscalía cuente con un testigo que observó una actividad posterior donde se permite acreditar los hechos más relevantes del caso, como por ejemplo, observó a Carmen los días posteriores a recuperar la libertad con una balanza de precisión en la vía pública fraccionando marihuana y otros estupefacientes), no parece ser aconsejable su presentación inicial por más sólido que sea el testigo, ya que irá en contra de la regla de presentación cronológica de la historia. Así, parece aconsejable en aquellos casos que se inician a través de un procedimiento por un hecho flagrante, que el orden de presentación de la evidencia comience con el personal policial que dio inicio al caso, y no con la víctima u otro testigo. Con esto no queremos decir que sea aconsejable dejar entonces para el final al testigo estrella para terminar la presentación de evidencias de un modo fuerte, ya que de ese modo atendería también a la comprensión del tribunal. Dejar para el final esa clase de testigos puede dar al tribunal una imagen, durante el transcurso de la audiencia, de poca evidencia.

Del mismo modo, no resulta aconsejable comenzar la presentación de la prueba con el testimonio de la víctima en casos en que se ha dado inicio a la investigación a través del accionar policial (flagrancia), ya que esa presentación pudiera ir en contra del orden cronológico de la evidencia (por ejemplo, un robo de un vehículo en flagrancia, en momentos en que su titular -víctima- no estaba en el lugar de los hechos). En cambio, en aquellos casos iniciados por denuncia, como regla general, sí resulta aconsejable comenzar la presentación de la evidencia a través de la víctima del caso, para que pueda ilustrar al tribunal desde la génesis misma del conflicto.

Un quinto punto a tener en consideración pasa por precisar de antemano si el caso contiene evidencia material, en cuyo caso deberemos analizar si la misma será utilizada por diversos testigos. En ese caso, entonces, debiéramos poner en un primer bloque de información al testigo a través del cual pretendemos incorporar la prueba material, para que luego pueda ser utilizada por los demás testigos en sus relatos. Así, si en el caso Carmen acreditaremos con varios testigos la droga y la balanza de precisión secuestradas (por ejemplo, peritos, personal que cumplió con la cadena de custodia, etc.), seguramente requeriremos al inicio contar con el testimonio del oficial policial que secuestró la droga y con el oficial de policía que, allanamiento mediante, ingresó al domi-

cilio de la Sra. Carmen y secuestró la balanza, quienes darán cuenta de la cadena de custodia de tales efectos e ingresarán los mismos al caso.

Un sexto punto a tener en cuenta, y que surge como lógica consecuencia de las conclusiones aquí vertidas, pasa por fijar como regla la preferencia por escuchar a los peritos sobre el final de la audiencia, ya que no son quienes han tenido la primera intervención en el caso (orden cronológico) y requieren de otros testigos preliminares que acrediten la existencia de prueba material peritada. Esta circunstancia hace poco aconsejable que podamos incluir a los peritos en el primer bloque de información, y suelen ser buenos testigos para cerrar la presentación probatoria.

Por último, el litigante deberá analizar en qué orden ubicar la prueba de refutación, que es aquella destinada a restar credibilidad a las evidencias de la contraria. Sobre este tipo de evidencias es aconsejable armar "bloques de información" en el cual se consigne, en primer lugar, la prueba de acreditación sobre un determinado punto, para luego incluir la prueba de refutación que permitirá que los descargos de la contraparte no resulten tan sólidos. Así, la acusación en el caso Carmen debiera comenzar acreditando que el material que tenía la imputada era marihuana, a través de un perito químico, para luego hacer ingresar a un perito médico que explique por qué no es aconsejable ni de buena práctica médica recetar marihuana como paliativo. Si bien parece más lógico que esa última evidencia se presente luego de la prueba de descargo, como ocurre en el sistema adversarial estadounidense en donde se presentan primero las pruebas de cargo de la acusación, seguidamente las de descargo de la defensa, para luego darse nuevamente la posibilidad a la acusación para que presente nuevas evidencias de refutación, finalizando la defensa con pruebas de contra refutación, lo cierto es que los sistemas latinoamericanos no hacen esa distinción. Es por ello que lo más aconsejable es que cada parte se anticipe a lo que pueda sostener la contraria, y presentar las evidencias que servirán para que, de presentarse prueba de descargo, la misma pueda ser rebatida en forma anticipada en un único bloque que facilite la comprensión del tribunal y que debiera ser anticipado en el alegato de apertura.

4.

Cómo interrogar a un testigo. El uso adecuado de las preguntas

Una vez que dimos los primeros pasos para determinar qué es lo que queremos obtener con cada testigo y por qué lo citamos a juicio, tenemos que analizar qué herramientas utilizaremos para dirigir nuestro examen directo y obtener proposiciones fácticas relevantes sobre los hechos controvertidos (lo que denominamos foco de atención del caso). Dijimos que el objetivo de un juicio oral contradictorio y profundamente adversarial está centrado en producir información de alta calidad, para que las decisiones que se adopten sean también de calidad. Ese es el objetivo de un sistema de audiencias. De allí que no toda pregunta esté permitida en el examen directo, quedando excluidas aquéllas que pueden inducir a error al testigo o pueden contener la respuesta, ya que en ambos casos la información que ingrese al juicio es de dudosa legitimidad. De modo tal que debemos construir las preguntas apropiadas para la construcción del relato, e ir ganando credibilidad durante la ejecución del testimonio.

En líneas generales hay cuatro grandes tipos de preguntas que un abogado puede formular¹²⁹. Así, contamos con preguntas narrativas, que son aquéllas que invitan al testigo a narrar lo sucedido. Por ejemplo: "Cuéntenos todo lo que sabe sobre el hecho". Con preguntas abiertas

¹²⁹ Así lo clasifica Goldberg, Steven, *Mi primer juicio oral*, Hellasta, Buenos Aires, 1994, p. 148. Desde el enfoque de la facultad que tiene un litigante de objetar las preguntas de la contraria, la clasificación es más amplia. Así son objetables las preguntas capciosas, sugestivas, compuestas, por opinión o conclusión, irrelevantes, sobre pruebas no introducidas por ilegalidad, sobre temas no admitidos a juicio. Sin embargo, todas esas preguntas objetables pueden ser clasificadas en abiertas, narrativas, cerradas o sugestivas.

que también invitan al testigo a narrar, pero que definen el tema de la respuesta y, por ende, tienen una limitada proyección. Por ejemplo, "¿Que observó cuando arribó al lugar?". En este caso, la pregunta también es narrativa, pero delimita previamente el ámbito de la información. También contamos con preguntas cerradas, que son aquellas que reclaman una respuesta específica. Por ejemplo, "¿de qué marca era el auto del acusado?". Por último, contamos con preguntas sugestivas que son aquellas que sugieren la respuesta al testigo. Así, "Dígame, ¿el acusado tenía un arma que empuñaba en su mano derecha?". Esta última pregunta sugiere varios puntos: en primer lugar, que el acusado tenía un arma, y en segundo lugar que la empuñaba en su mano derecha, por lo que pudiera ser objetable por ser una pregunta compuesta que apareja información de baja calidad. Si el testigo contesta en forma negativa, queda poco claro si niega los dos hechos que están contenidos en la pregunta compuesta, o solo uno de ellos.

La primer observación que cabe puntualizar es que cuanto más dominio tengamos del testigo y, por ende, de la información que éste introduce al juicio, menor credibilidad obtendremos del testimonio. Así, mientras que la pregunta narrativa —en principio— no afecta en nada la credibilidad del testigo, carecemos de dominio sobre los puntos que éste abordará en su declaración. Por el otro lado, en una pregunta sugestiva mantenemos el control de la prueba de manera absoluta, ya que solo declarará sobre el punto que previamente le marcamos, debiendo responder tan solo por "sí" o por "no". Sin embargo, y más allá de las objeciones posibles que podría realizar la contraparte, la respuesta puede carecer de credibilidad ya que es el abogado quien declara y no el testigo, que solo se limita a asentir lo ya dicho. Y francamente si hay algo que no queremos cuando finalice el juicio, es que el jurado o el juez solo recuerden al abogado hablando y no lo que decía el testigo¹³⁰.

Veamos algunos ejemplos y consejos para el adecuado manejo de las preguntas, verificando en cada caso las ventajas e inconvenientes que éstas presentan.

¹³⁰ En palabras de Baytelman y Duce, se prohíben las preguntas sugestivas en el examen directo, por cuanto, "en ese caso, éstos (los testigos en el examen directo) no estarían sino dejándose guiar por el abogado que los presentó y a favor de cuya parte vienen a declarar" (Baytelman y Duce, *op. cit.*, p. 61).

4.1. Las preguntas narrativas

Como dijimos, las preguntas narrativas invitan al testigo a que cuente todo lo que sabe, con sus propias palabras, fijando las partes que considere más relevantes del caso, que pueden coincidir o no con nuestras estrategias respecto de qué temas queremos profundizar y en qué aspectos no resulta importante detenerse. Veamos algunos ejemplos:

¿Qué sucedió el 3 de enero de 2011?

¿Cuéntenos todo lo que sabe sobre el hecho?

Explique su intervención médica en la operación practicada sobre la víctima.

¿Cuénteles al tribunal todo lo que observó?

Este tipo de formato, en líneas generales, responde al modelo del sistema inquisitivo. En éste, usualmente se mantenía una fórmula legal según la cual el testigo, antes de ser interrogado por las partes, debía manifestar "todo cuanto supiera sobre el hecho". Un interrogatorio limitado exclusivamente a preguntas narrativas resulta ser un profundo error estratégico, o mejor dicho, exhibe la carencia de estrategias¹³¹.

Es cierto que a través de estas preguntas se fortalece la credibilidad del testigo. Si el testigo narra bien los hechos, con lujo de detalles en los aspectos trascendentes y omite los datos irrelevantes, es posible que deje una muy buena impresión en el tribunal (aunque también corremos el riesgo de proporcionar una imagen de un testimonio ilegalmente preparado). Pero lo cierto es que rara vez un testigo maneja adecuadamente esa información del caso, por lo que difícilmente podrá dar una versión tan sólida y creíble. La información que requerimos de un testigo difiere considerablemente del relato social de los hechos. Necesitamos explorar detalles en los planos que nos parecen más relevantes para el caso, en el "foco de atención" del litigio —hechos controvertidos—, y que pase rápidamente por donde no requerimos mayores precisiones —hechos irrelevantes o no controvertidos—¹³². Sin embargo, no podemos

¹³¹ Con esto no queremos afirmar como incorrecto comenzar nuestro interrogatorio a través de una pregunta narrativa. Eventualmente, se podría utilizar este recurso, siempre que contemos con un testigo hábil para declarar y que fijemos la información relevante a través de preguntas cerradas de seguimiento.

¹³² Es por ello que Baytelman y Duce, al hablar de examen directo, hacen la comparación con el "cine" y la "dieta", en el sentido de asemejarnos al director del cine al profundizar determinados detalles.

dejar de remarcar que es el formato de pregunta que menos control le permite mantener —con el riesgo que ello implica—, ya que una regla de oro de la litigación es mantener dominio sobre la prueba. La utilización de este tipo de preguntas requiere una concentración adicional en el litigante: debe estar atento para la realización de preguntas cerradas de seguimiento, que le permitan recuperar el control de la prueba.

Veamos un ejemplo de lo que puede suceder con una pregunta narrativa.

P: díganos que sucedió el día del hecho.

R: Bueno ese día me había levantado temprano, porque rara vez puedo dormir más allá de las 8 ya que tengo fuertes dolores de espalda. A pesar de que lo estoy tratando, los médicos no logran dar con la tecla...

Aquí frente a una pregunta narrativa, vemos que el testigo empieza a ir a puntos que no le interesan al tribunal; por consiguiente pierde el interés en el caso, y es posible que no esté atento para cuando declare algo relevante. Por otra parte, le hacemos perder el tiempo al tribunal, bajando nuestra credibilidad como litigante. Por ello, no es aconsejable la utilización de preguntas narrativas frente a testigos que tienden a disgregar o ramificar los temas —seguramente, Ud. conocerá mucha gente que tiene este déficit de atención y que nunca terminan de contar una historia por la cantidad de episodios que van incluyendo a cada paso—. Mantener el formato del relato social de los hechos no permite al Tribunal apreciar fácilmente los vínculos entre la evidencia importante y las proposiciones fácticas sobre hechos controvertidos, las que quedan ocultas en una maraña de información poco relevante. El litigante ya conoce el caso y la información que pueden brindar sus testigos (etapas de investigación y planificación). Solo resta presentar adecuadamente los datos relevantes para inclinar la balanza para uno u otro lado¹³³.

y "adelgazar" la historia en planos irrelevantes (Baytelman y Duce, *op. cit.*, ps. 115 y 117). En igual sentido, afirma Bergman la importancia de ampliar y comprimir la historia. Comprimir el relato en las partes menos trascendentes es necesario tanto para facilitar el manejo eficaz de los juicios como para facilitar su comprensión por el juzgador de las proposiciones fácticas en disputa. Ampliar es relevante para marcar los detalles más relevantes del caso (Bergman, P., *op. cit.*, ps. 62 y ss.).

¹³³ Nada que colme más la paciencia de los jueces que los exámenes directos que no apuntan a nada relevante y que deambulan por las penumbras de los hechos no controvertidos e irrelevantes para la solución del caso. Si Ud. no quiere que eso suceda, entonces debe planificar adecuadamente cómo introducirá la información relevante a través de sus testigos.

Otra variable que se puede presentar es que el testigo, frente a una pregunta narrativa, relate absolutamente todo de manera superficial, pero sin detenerse en ningún detalle. Veamos un ejemplo del caso Carmen.

P. Cuéntenos todo lo que observó en la plaza.

R. Bueno, estaba la Sra. Carmen, que la conozco del barrio, intercambió unos objetos de manera nerviosa con unos jóvenes. Luego me vieron, salieron corriendo, la detuve y le secuestre una sustancia similar a la yerba, que resultó ser marihuana.

Como vemos en este ejemplo, la pregunta narrativa no ha servido para acreditar prácticamente ninguna proposición fáctica. Solo hay un repaso muy ligero por los hechos, pero ninguno tiene la fuerza para tenerlos por acreditados. Si aquí el litigante dijera "no tengo más preguntas", el caso está perdido por cuanto el fiscal se quedó en los "puros títulos" y, como se dice en litigación, "faltó examen directo". Es por ello que si la estrategia consiste en formular una pregunta narrativa y el testigo desempeña un mal papel, debemos utilizar rápidamente preguntas de seguimiento, tales como: "Permítame detenernos en algunos puntos, Ud. dijo que intercambió unos objetos, ¿qué objetos?"; "¿y a qué distancia lo vio?"; "¿qué quiere decir con que intercambió objetos "de un modo nervioso"?"; "¿cuántos jóvenes había?"; "¿cómo fue que lo vieron y cómo fue la actitud?"; etc. Todos ellos son capítulos separados que requieren desarrollo y precisión.

Las preguntas narrativas no solo son inconvenientes en testigos que tienden a disgregar hechos y en testigos que pasan rápidamente por los temas sin fijar ningún punto. Tampoco es aconsejable su uso con testigos que tienen ciertos prejuicios que pueden dejar impregnada una mala imagen, o aquellos que resultan un poco hostiles al prestar su testimonio. Veamos dos ejemplos que lo ilustran.

Ejemplo.

P. Cuéntenos que le observó hacer al imputado.

R. Que le cuente... ¿Qué iba a hacer? Lo que hacen todos los pungas, ¡¡ladrones!!, maltratar a todos, amenazarlos, golpearlos... Habría que matarlos y problema resuelto.

Ejemplo.

P. Cuéntenos ¿qué pudo observar?

R. Un robo.

P. ¿Y cómo fue ese robo?

R. Como todos. Entró, robó, salió y se fue. Y sigue en libertad aún, mientras que yo estoy acá declarando sin poder disponer de mi tiempo porque...

Como vemos en estos casos, la utilización de preguntas narrativas no ha sido una buena elección. Mientras que en el primer caso el testigo se presenta como alguien que tiene ciertos prejuicios (que es preferible que no salgan en el examen directo) y no introduce ninguna información relevante, en el segundo caso el testigo no tiene intención alguna de colaborar con una declaración completa. Así, en el primero, lo único que logramos acreditar es que nuestro testigo tiene muchos prejuicios que pueden incidir en su determinación de los hechos y, por ende, tiene un alto costo en credibilidad. En el segundo, lo único que queda acreditado es nuestra falta de preparación para la audiencia y el poco manejo que tenemos de las destrezas y habilidades en litigación oral.

La formulación de una pregunta narrativa también presenta el riesgo de ser objetada por irrelevante, ya que si el testigo empieza a irse a puntos que no son los del caso, estará distrayendo al tribunal y haciendo perder el tiempo a todos los presentes¹³⁴.

Si nos pasara de comenzar así un examen directo, todavía tenemos un antídoto distinto y más efectivo que salir corriendo desesperado de la sala de audiencias. Tenemos la obligación de intercalar preguntas cerradas (de seguimiento), interrumpiendo al testigo en su relato. No es la mejor imagen, pero al menos volvemos a tener el dominio sobre la prueba y sobre el ingreso de la información; algo que habíamos perdido y que realmente tiene mucho valor en un juicio adversarial.

Así, cuando el testigo comienza a declarar sobre sus prejuicios, debemos frenarlo y reencauzar su declaración a través de una pregunta tendiente a obtener la información que pretendemos incorporar. Veamos.

P. Cuéntenos que observó hacer al imputado.

R. Que le cuente... Que iba a hacer. Lo que hacen todos los...

¹³⁴ Existe la posibilidad de que el Tribunal, frente a una pregunta que por su amplitud no interroga concretamente nada ni focaliza en ningún eje, pueda interpretarla como irrelevante.

p. Permítame interrumpirlo. Al Tribunal no le interesa su opinión en líneas generales, sino en el caso en concreto. Puntualmente que hizo en este caso el imputado. Por favor sea preciso en las respuestas.

Nuestra conclusión es que la realización de preguntas narrativas presenta sus riesgos, y solo debiera utilizársela en caso de testigos que saben claramente qué es lo que esperamos que declaren. Usualmente alguien que conozca la práctica de un examen directo, como puede ser un oficial de policía (acostumbrado a declarar en juicio por trabajar, por ejemplo, en una brigada), puede ser —eventualmente— un testigo idóneo para responder a preguntas narrativas y así, con su utilización, fortalecer su credibilidad, permitiendo que el abogado tenga una participación menor en el interrogatorio.

4.2. Preguntas abiertas

Como bien afirma Bergman, la pregunta abierta es en realidad una subespecie de las narrativas, solo que con un alcance más limitado¹³⁵. Usualmente la pregunta narrativa no da ningún límite o contorno preciso, mientras que las abiertas, de algún modo, fijan un objeto o tema para que el testigo se explique.

La ventaja comparativa con la pregunta narrativa es que, al formular un límite temático, el riesgo de que los testigos declaren por fuera de la línea de interrogación se vuelve mucho menor. También la otra ventaja que presenta es que, como contiene cierta precisión, no se corre el riesgo de ser objetada por irrelevante o impertinente. Veamos algunos ejemplos.

¿Qué sucedió luego?

¿Qué hizo el imputado al ingresar?

Después de quedar frente a frente, ¿qué le dijo?

Como vemos, todas estas preguntas están apoyadas en respuestas dadas por el testigo. También tienen la enorme ventaja de dejar al testigo como el protagonista central en la formulación del relato, aumentando así su credibilidad ya que al no estar limitado en su contestación, tenderá a utilizar sus propias palabras para explicar lo sucedido, quedando

¹³⁵ Conf. Bergman, P., *op. cit.*, p. 88.

en la mente del juzgador la imagen del testigo declarando y no la de su abogado preguntando e interrumpiendo.

Con este formato de pregunta se mantiene más control sobre la prueba. Sin embargo, aunque en menor medida, corremos los mismos riesgos de las preguntas narrativas —son una subespecie de aquéllas—, y los potenciales costos que puede acarrear cuando el testigo no responde sobre la base de los ejes centrales —hechos controvertidos—, o bien se queda en detalles irrelevantes para el caso. Por ello el litigante debe estar constantemente atento para la introducción de preguntas cerradas de seguimiento que le devuelvan el control sobre la forma en que se introduce la información¹³⁶.

4.3. Preguntas cerradas

La ventaja que nos proporciona la utilización de preguntas cerradas durante el examen directo radica, principalmente, en que permite orientar la respuesta del testigo exclusivamente sobre los puntos que nos interesa acreditar con su testimonio. Se trata de preguntas que están direccionadas a la búsqueda de determinadas proposiciones fácticas (por ejemplo, en el caso Donda que está al final de esta libro, pudiera estar orientada a la marca del vehículo en el que se retiraron, la cantidad de personas que había en el bar, la hora del día, etc.), pero que no llegan a sugerir la respuesta al testigo, circunstancia que las convertiría en preguntas sugestivas y, en principio, prohibidas en el examen directo.

La distinción entre una pregunta cerrada y una sugestiva suele ser un límite muy difuso que ha dado a confusiones. Es importante marcar con la mayor precisión posible su diferenciación, ya que mientras en un caso la pregunta es admisible —cerrada—, en el segundo es pasible de objeción —sugestiva—. La dificultad en reconocer si se trata de una u otra se debe a que existe una relación de género a especie entre ambas. Así, la pregunta sugestiva es una especie dentro de las preguntas cerradas. De ahí que sea correcto afirmar que las preguntas cerradas (género) puedan ser sugestivas o no (especie).

¹³⁶ En igual sentido, Baytelman y Duce, *op. cit.*, p. 133, quienes afirman que en las preguntas abiertas es inevitable mantener al testigo bajo control, lo cual se logra cerrando las preguntas, o interrumpiendo cortésmente al testigo con preguntas de seguimiento.

Mientras que en el primer caso (pregunta cerrada), dejamos en manos del testigo la posibilidad que dé una u otra respuesta, en el segundo caso (sugestiva) solo permitimos que conteste por un sí o por un no.

Veamos primero ejemplos de preguntas cerradas no sugestivas y, luego, la manera equivocada de hacerlo sugestivamente.

¿De qué color era el auto?

¿Con cuántas personas venía el imputado?

¿Tenía algún elemento el imputado en su mano?

Con la realización de estas preguntas, en principio, no se está introduciendo información, ya que no se sugiere respuesta alguna. Decimos en principio, porque se trata de preguntas que han sido excluidas de su contexto —la declaración del testigo en juicio—. Así, estas preguntas son válidas y admisibles, siempre que el testigo haya declarado previamente que había un auto y que el imputado no estaba solo.

En la tercera pregunta es más complejo determinar si es o no sugestiva. Si bien sería en principio válido afirmar que no se sugiere la respuesta (con la pregunta no se dice si el imputado tenía algo y, en su caso, qué elemento era), dependiendo el contenido del testimonio pudiera ser objetable, ya que da a entender que el imputado efectivamente tenía algo en sus manos. Desde la lógica adversarial, nadie interrogaría a su testigo sobre algo inexistente. Sería una suerte de trampa, salvo que se esperase una respuesta negativa. Pero si lo que se espera es una respuesta afirmativa, de algún modo esa pregunta está sugiriendo algo. Pero aún así, no se está sugiriendo qué elemento llevaba. Como vemos, no se trata de una regla fija ni de un límite preciso, sino más bien un estándar que el juez debe tener presente para decidir, frente a una objeción, si limita o no el ingreso de información.

Veamos ahora la manera objetable de hacerlo.

¿El auto era de color azul?

¿El imputado tenía un arma en su mano derecha?

El imputado, al ingresar al banco, ¿lo hizo en presencia de dos personas más?

En estos casos, la pregunta contiene la información que pretendemos introducir al juicio, por lo que su utilización —en principio— no sería admisible. Claro que para que no pueda ingresarse se requiere de una

objeción de la contraparte y que se trate de información relevante y controvertida. Sin objeción el juez no puede frenar el ingreso de información, aunque si debiera asentar en sus apuntes que se trata de afirmaciones de baja calidad, insuficientes en principio para acreditar un hecho, salvo que estuviese apoyado con otras pruebas¹³⁷.

Las preguntas cerradas son fundamentales para guiar el interrogatorio y mantener el control del testimonio. Es muy frecuente que el testigo, frente a preguntas abiertas aun limitadas a un punto, se explaye en planos que no tienen relevancia para el caso y hagan un vuelo rasante en aspectos que quisiéramos que se detengan para ilustrar al tribunal. Un buen litigante tiene que estar atento a lo que va declarando el testigo, para ir introduciendo las preguntas cerradas necesarias para que éste desarrolle los puntos donde queremos que sea más específico.

La utilización de preguntas cerradas también presenta un inconveniente. Obliga al litigante a intervenir un mayor número de veces, a diferencia de las preguntas abiertas donde deja al testigo que se explaye libremente. Una exagerada utilización de preguntas cerradas nos puede eventualmente traer inconvenientes en la credibilidad del testigo¹³⁸. Sin embargo, es absolutamente necesario asumir el riesgo, ya que su utilización es fundamental para el control de la prueba y la realización de un adecuado examen directo.

Las preguntas cerradas contienen otras virtudes. En primer lugar, es la herramienta adecuada para proporcionar detalles de la historia, que hará que el testimonio sea más persuasivo. Si el testigo está dando libremente su versión de los hechos y, frente a preguntas cerradas, da respuestas precisas y satisfactorias, deja una muy buena impresión al tribunal. Supongamos un caso en el que el testigo declara haber

¹³⁷ Si la proposición fáctica solo está basado en la respuesta de un testigo a una pregunta sugestiva, el hecho no debiera quedar acreditado. Sin embargo, si también se contaba con otras pruebas que habían acreditado la misma proposición fáctica, se la debiera tener por acreditada.

¹³⁸ A diferencia de la mayoría de la doctrina, consideramos que solo un uso excesivo e inadecuado de las preguntas cerradas puede tener alguna afectación en la credibilidad del testigo. Como acabamos de sostener las preguntas cerradas no contienen información, por lo que no vemos cómo, con su uso, puede disminuirse la credibilidad del testigo. Solo cuando su uso es inapropiado, excesivo, constante, que interrumpe al testigo, podemos llegar a dejar la imagen de que es el abogado quien introduce la información (aunque ello no sea francamente cierto), y que se trata de un testigo que está limitado solo a decir lo que el abogado quiere escuchar, sin fundamentar sus respuestas.

observado al imputado caminar por la calle empuñando un arma. La utilización de preguntas cerradas puede fortalecer la credibilidad de su testimonio. Veamos.

P. Nos acaba de decir que vio al imputado con un arma. ¿A qué distancia se encontraba Ud.?

R. A unos 3 metros aproximadamente.

P. ¿Y qué estaba haciendo allí?

R. Había ido a realizar una compra al mercado y estaba saliendo, cuando lo vi pasar frente a mí.

P. ¿Qué tipo de arma era?

R. Una pistola.

P. ¿De qué color?

R. Plateada. Brillaba con la luz del sol.

Como vemos, la utilización de preguntas cerradas para brindar detalles (distancia, justificación de su presencia en el lugar, tipo de arma y color) fortalecen la credibilidad del testigo¹³⁹.

En segundo lugar, su utilización permite la organización del relato. Como veremos más adelante, la preparación del testimonio implica la selección de temas, subtemas y las proposiciones fácticas que debemos incluir necesariamente en el examen directo. Por eso aconsejamos que el litigante, al momento de realizar su examen directo, no lleve agendado un listado de preguntas —que lo distraerán de su función—, más si las proposiciones fácticas y los temas que pretende desarrollar¹⁴⁰. La utilización de preguntas cerradas es la única manera de poder ir organizando el examen directo y tachando en nuestra guía la información que va ingresando en el juicio oral.

4.4. La utilización de preguntas sugestivas. El uso de las objeciones

En líneas generales y tal como anticipáramos, las preguntas sugestivas están prohibidas en el examen directo, por cuanto en ese caso es el

¹³⁹ En igual sentido, Bergman, P., *op. cit.*, p. 91.

¹⁴⁰ Es muy importante poder contar en juicio oral con el apoyo de un asistente (lo que se denomina "segunda silla"), para poder indicarnos si hay algún tema que no está siendo abordado en el examen directo.

abogado quien introduce la información. Esto se encuentra específicamente regulado en las Reglas de evidencia de los procesos adversariales que siguen el modelo anglosajón¹⁴¹, como así también en los más modernos códigos acusatorios latinoamericanos¹⁴².

Las preguntas sugestivas son las que sugieren la respuesta y que, en rigor de verdad, no se trata de una pregunta sino más bien de una afirmación hecha en tono de interrogación.

Por ejemplo: el auto era un Peugeot, ¿no es verdad?
el imputado tenía un arma, ¿no es así?

La respuesta a este tipo de preguntas en el examen directo, por lo general, carece de la credibilidad necesaria para acreditar un hecho, toda vez que no entrega datos al juzgador para poder precisar si el testigo está acomodando el relato a lo que percibió por sus sentidos o a lo que le dicta el abogado. De allí que se suele afirmar que es peor un examen directo plagado de preguntas sugestivas que uno totalmente objetado, ya que la información ingresada no tiene la calidad suficiente para acreditar proposiciones fácticas. Veamos un ejemplo:

P. Sr. Gabrielli, ¿es cierto que Ud. estaba en el bar el Sol, el pasado 23 de abril?

R. Sí.

P. ¿Y que vio al imputado ingresar?

R. Sí.

P. ¿Portaba un arma?

R. Sí.

P. ¿Y la utilizó disparando contra la pared?

R. Sí, efectivamente así lo hizo.

P. ¿Luego tomó el dinero de la caja?

R. Sí Ud. lo dice será así.

P. ¿Y se retiró en un vehículo de alquiler, cuya licencia era 12.345?

R. Sí, ahora que lo dice, lo recuerdo. Fue así.

¹⁴¹ Así, las Reglas de Evidencia de Puerto Rico (regla 607) y las de los Estados Unidos en el sistema federal (regla 611).

¹⁴² Así prohíben las preguntas sugestivas en el examen directo los códigos de Panamá (art. 400), Chile (art. 330) y el Código Nacional de México (art. 373), el Código Procesal Penal de la Nación aún no vigente -ley 27.063- (art. 264), entre otros.

Como vemos en este ejemplo, la única imagen que tendrá el juez o jurado al momento de resolver, es la del abogado litigante brindando información al testigo. De allí que estas preguntas resulten ser objetables y que, aún sin ninguna objeción de la contraparte, la información que se pretende introducir es de tan baja calidad que no resulta suficiente para acreditar los hechos. Si bien un examen directo, por más inexperto que resulte el abogado, no suele estar plagado de tantas preguntas sugestivas como en el ejemplo que acabo de dar, si es posible que el litigante, luego de tanta preparación, esté tentado de poner en palabras del testigo su propia narración, ya sea por claridad persuasiva o porque considere que la utilización de palabras muy precisas puede ser clave para acreditar un elemento de la teoría jurídica (por ejemplo, la intencionalidad para el dolo)¹⁴³. En ese caso, debe recordar que en el juicio no importa lo que diga o crea el abogado; para ello tendrá el alegato final¹⁴⁴.

Hay que frenar nuestros impulsos de intentar dirigir con nuestras palabras el testimonio de nuestros testigos. Es el testigo quien debe dar su relato y no el abogado sus pareceres. Para eso tendrá la etapa de los alegatos de clausura. Es importante tener mucho cuidado con ello, si no queremos pasar por un examen directo donde todas nuestras preguntas sean objetadas como se muestra en la película "El poder de la justicia" (*The rainmaker*, 1997), dirigida por Francis Ford Coppola, libro de Jonh Grisham y protagonizada por Matt Damon y Danny De Vito.

Veamos la primer parte del interrogatorio donde Matt Damon interroga a su testigo:

Abogado de la parte actora: Sra. Black, Ud. es la madre de Donny Ray Black, que falleció recientemente de leucemia mielocítica aguda porque "Great Benefit"...

Abogado de la demandada: ¡Objeción! ¡Pregunta sugestiva!

Juez: Ha lugar.

Abogado de la parte actora: Su hijo, Donny Ray, necesitaba una operación...

Abogado de la demandada: ¡Objeción! ¡Pregunta sugestiva!

¹⁴³ El abogado también tiende a realizar preguntas sugestivas, tal como apunta Goldberg, por una sencilla razón: resulta más fácil de formular una pregunta sugestiva que aquellas que no lo son (Conf. Goldberg, S., op., cit., p. 150).

¹⁴⁴ En igual sentido, Bergman, P., op. cit., p. 94.

Juez: Ha lugar.

Abogado de la parte actora: Sra. Black, ¿compró esa póliza por-
que le preocupaba que...

Abogado de la demandada: ¡Objeción! Lo siento señor juez.

Pregunta sugestiva.

Juez: Ha lugar.

Como vemos, se trataban de todas preguntas sugestivas y compuestas que pretendían introducir mucha información para que el testigo se limite a asentir. Y no se trataba de información no controvertida ya que el caso giraba precisamente sobre si era aconsejable una operación por la enfermedad que padecía Danny Ray Black y que el seguro médico "Great Benefit" se negó a cubrir. Debemos tener presente que la formulación de una pregunta larga –pregunta narrativa– que no apunta a cuestiones centrales (qué, cuándo, dónde, cómo, quién, por qué) suele incluir aspectos objetables en su formulación.

4.4.1. Preguntas sugestivas permitidas

Sin embargo, la prohibición de utilizar preguntas sugestivas en el examen directo tiene cuatro excepciones: son permitidas cuando son introductorias, de transición, en supuestos de testigos hostiles y sugestivas por la negativa. El fundamento de las excepciones es siempre el mismo. Lo que se persigue al prohibir la utilización de preguntas sugestivas en el examen directo, es evitar que la información que ingrese sea de baja calidad por haber sido introducida por el abogado. Precisamente la característica de ellas es que toda la información está incluida en la pregunta. Ahora bien, no se corre ese riesgo si la información que se pretende incorporar es introductoria en planos no controvertidos, o se da una situación especial en la que el litigante no tiene otra manera de realizar el interrogatorio (testigo hostil). No se trata de una discusión lingüística, sino de evitar que la información que ingrese sea deficiente. Veamos las excepciones a la prohibición.

4.4.1.1. Preguntas sugestivas introductorias

Las preguntas sugestivas introductorias están admitidas porque la información que se pretende ingresar no está controvertida, es tan solo preliminar y su uso no está destinado a obtener información de baja

calidad. Es frecuente que se utilicen en la acreditación del testigo, como en las primeras preguntas sobre el fondo del asunto.

Así, por ejemplo:

¿Es Ud. médico?

¿Hace cuánto se dedica a la cirugía cardiovascular?

Cuéntenos que sucedió el 14 de abril del año pasado en el bar El sol.

Mientras las dos primeras preguntas son sugestivas introductorias y no está en duda que hemos citado como experto a un perito médico que se dedica a la cirugía cardiovascular, en la siguiente solo estamos sugiriendo que pasó algo en el bar El sol, el pasado 14 de abril, pero no qué ocurrió efectivamente¹⁴⁵. Mientras la discusión no pase por esos temas, el tribunal estará francamente agradecido que no se pierda tiempo en aspectos que no están en contradicción. Es por ello que es aconsejable comenzar con el interrogatorio yendo directamente al punto con una pregunta sugestiva.

4.4.1.2. Preguntas sugestivas de transición

La segunda excepción, las preguntas sugestivas de transición, no son otra cosa que una sub especie de las preguntas introductorias. La única diferencia es que, en este caso, no acaba de comenzar el interrogatorio sino que solo se ha cambiado el foco de las preguntas, esto es, se ha pasado a interrogar sobre otro tema. La fundamentación para admitir su uso es exactamente igual que la anterior. No queremos hacer perder tiempo al tribunal, ni perder el foco de atención del jurado o juez en temas que no están controvertidos. Así resulta no solo válido sino también aconsejable que, al cambiar de tema, realicemos una pregunta sugestiva.

Así, por ejemplo,

Sr. Castellano, déjeme llevarlo a otro tema. Quiero situarlo en el momento en que Ud. se encontró con sus amigos en el bar El Sol.

¹⁴⁵ Ambas teorías del caso seguramente parten por reconocer que hubo un robo, solo que la defensa discutirá la participación de su asistido en él.

Como vemos, la pregunta, si bien abierta, tiene un contenido sugestivo, esto es, que se juntó con amigos, y que lo hizo en el bar El Sol. Esta forma de interrogar es legítima, siempre que ese extremo ya esté acreditado a través de su declaración –utilización de una respuesta para formular una nueva línea de interrogación–, o no resulte un hecho controvertido.

Su utilización también tiene otras ventajas: permite organizar el relato del testigo –para lo cual es importante el uso de títulos– y, al igual que lo dicho para las preguntas cerradas, facilita la comprensión de la narración al ubicar al juzgador rápidamente en los hechos relevantes del caso. Incluso hay autores que son más amplios al interpretar dentro del concepto “introdutorio” o “transición”, todos los aspectos complementarios de los hechos que no se encuentren cuestionados por la contraparte. Bajo ese paradigma, las preguntas sugestivas serían admitidas aún con mayor amplitud en el examen directo¹⁴⁶.

4.4.1.3. Preguntas sugestivas al testigo hostil

El tercer motivo de admisión de preguntas sugestivas en el examen directo opera cuando el litigante se enfrenta a un testigo hostil. Más allá de la falta de regulación normativa en la mayoría de los códigos latinoamericanos¹⁴⁷, se trata de identificar un testimonio en el que, sin la realización de preguntas sugestivas, resultaría imposible o cuanto menos poco probable obtener proposiciones fácticas de relevancia, ya sea por el propio interés del testigo –contrario al del abogado examinador– o por su vinculación con la parte contraria¹⁴⁸.

La hostilidad del testigo puede ser conocida de antemano o sobrevenir en la audiencia de juicio oral, en caso en que recién allí se advierta que éste ha cambiado su actitud frente al interrogatorio directo. Un ejemplo

¹⁴⁶ Conf. Bergman, P., *op. cit.*, p. 95.

¹⁴⁷ Los códigos adversariales de segunda generación si han incluido la figura del testigo hostil, permitiendo la realización de preguntas sugestivas. Así, el reciente Código Procesal Penal de la Nación –aún no vigente, ley 27.063– lo regula en su art. 264. En el mismo sentido el Código Nacional de Procedimientos Penales de México (art. 375).

¹⁴⁸ Así lo estableció el art. 607 D de las Reglas de Evidencia de Puerto Rico, al permitir preguntas sugestivas al “testigo hostil, como a quien se trate de una parte adversa o de una persona testigo identificada con la parte adversa”. Del mismo modo lo regula el régimen federal de las Reglas de Evidencia estadounidenses, bajo la regla 61] C.

se observa cuando el testigo declara en sentido inverso a lo que había manifestado en la investigación penal preparatoria. Independientemente de ello, aún cuando se conozca de antemano, entendemos que no corresponde realizar prematuramente la petición de autorización para realizar preguntas sugestivas en el examen directo por tratarse de un testigo hostil, sino que es en la audiencia de juicio donde debe ser planteado. La autorización para realizar preguntas sugestivas en un examen directo es una actividad propia de la audiencia de juicio que debe ser resuelta por quien preside el acto.

El interés puede deberse a múltiples factores conocidos antes del juicio. Pudiera tratarse de un interés por afinidad con el imputado, por el riesgo de perder su fuente de trabajo, o por una eventual responsabilidad en el hecho. Por ejemplo, supóngase la labor de un policía en un procedimiento inválido, que no es llamado a declarar por la fiscalía. En este caso, es la defensa quien tiene interés en interrogarlo, aunque claramente es un testigo hostil a su hipótesis, por su eventual responsabilidad en el caso.

También pudiera tratarse de un caso en el cual es en la audiencia misma de juicio donde el litigante compruebe que el testigo ha cambiado su versión de los hechos, o bien su actitud frente al caso, demostrando desinterés a las preguntas que se le realizan y contestando lo mínimo y necesario para no caer en un falso testimonio (art. 275 del Código Penal Argentino). Pudo haber prestado una declaración en la etapa preliminar, mantenido una entrevista personal previo a la audiencia y, recién el día del juicio, demostrar un manifiesto desinterés por su testimonio (por ejemplo, pudiera tratarse de un testigo que ilícitamente cobró un dinero para declarar en forma desordenada y “vaga”).

En estos supuestos, la única manera para interrogar eficazmente al testigo que se muestra reticente a responder consiste en la utilización de las reglas del contraexamen en el examen directo, que permiten la formulación de preguntas sugestivas. Como declamos, si bien es preferible que se encuentre normativamente contemplado este supuesto, la ausencia de regulación no es óbice para la utilización de una herramienta de litigación que, como tal, busca fortalecer el contradictorio. El litigante que pretenda en un examen directo, la aplicación de las reglas del testigo hostil, debe hacérselo saber al tribunal antes de comenzar su interrogatorio –en casos muy claros de hostilidad–, o bien realizar unas preguntas de testeo para así demostrar la reticencia del testigo a

responder y, previa autorización de aquél, ejecutar un examen directo que se regirá bajo las reglas del contraexamen. En estos casos, la utilización de una declaración previa suele ser una buena herramienta para demostrar la hostilidad del testigo –sobre todo si allí recordaba todo con precisión– y, por consiguiente, la credibilidad de su caso¹⁴⁹.

Veamos un ejemplo. Supongamos el caso en que el testigo ha cambiado su actitud frente al litigante. Se encuentra declarando sobre un robo ocurrido en un locutorio y, en una declaración previa, ha dicho que observó como un sujeto ingresó con un arma, apuntó al cajero y le quitó el dinero para retirarse corriendo, dando una identificación física muy precisa que sirvió para su posterior captura. Ahora en juicio se muestra evasivo y reticente a proporcionar esa información.

P. Sr. Mac Márquez, por favor, ¿dónde se encontraba ud. el pasado 23 de mayo?

R. En frente al locutorio sito en la calle Juramento al 2300.

P. ¿Y qué pudo observar?

R. Bueno, no estoy seguro, fue todo muy confuso...

P. ...¿qué fue confuso?

R. Todo. Realmente estaba muy oscuro, no se podía distinguir bien...

P. ¿Qué es lo que no se podía distinguir bien?

R. Nada. Había mucha gente gritando y corriendo.

P. Pero concretamente ¿qué pudo distinguir?

R. Ya le dije. Nada. Varios corrían. Muchos gritos...

(Aquí ha demostrado cierta hostilidad con la parte, pero si contamos con una declaración previa que demuestre que antes recordaba bien los hechos, servirá para ser más gráfico sobre su actitud hostil).

P. Sr. Mac Márquez, ¿recuerda haber conversado conmigo antes de la audiencia?

R. Sí.

P. ¿Y recuerda que allí me dio precisiones muy claras sobre el hecho?

R. Puede ser...

¹⁴⁹ Ya con el tratamiento de testigo hostil, el litigante habrá obtenido una mayor credibilidad de su caso. Ahora el juez o jurado se habrá quedado preguntándose qué es lo que quiere esconder el testigo al no responder las preguntas del abogado.

P. ¿También prestó una declaración el día del hecho?

R. Sí.

P. Y en ese momento ¿recordaba bien lo ocurrido? Porque habían pasado pocas horas.

R. Sí, sí.

P. ¿La leyó previo a firmarla?

R. Sí.

P. ¿Le refrescaría la memoria si se la exhibo? Permítame que le dé para leer para sí el renglón octavo (hemos abreviado aquí algunos de los pasos necesarios para una adecuada utilización de una declaración previa).

Una vez que lee su declaración, y el testigo contesta que si había identificado al autor pero que no recuerda nada, me encuentro en una buena situación para pedir que el testigo sea tratado bajo las reglas del testigo hostil. Con esto no hay que caer en el error de creer que un litigante esté facultado para tratar como testigo hostil a todo aquél que exhiba un error o una falla en su memoria. Se trata de un uso excepcional, donde se acredite en forma palmaria la mala predisposición del testigo para declarar todo lo que sabe. Si bien no se exige acreditar el móvil o interés del testigo en el caso, si al menos la reticencia de aquél a contestar las preguntas que se le cursan.

Veamos ahora otro ejemplo que se da en el caso en que el testigo presenta, desde el inicio, una mala predisposición para declarar sobre el hecho, por cuanto podría tener cierta responsabilidad en el caso. Veamos el examen directo a un testigo hostil realizado en la película "A few good men", traducida a Latinoamérica como "Cuestión de honor" (del año 1992, dirigida por Rob Reiner, y protagonizada por Jack Nicholson, Tom Cruise, Demi Moore, Kiefer Sutherland y Kevin Bacon). En la historia, dos abogados militares deben defender en juicio a dos marines acusados de haber matado a un compañero en el entrenamiento que llevaban a cabo en la Bahía de Guantánamo, Cuba. La teoría del caso de la defensa está centrada en que a ellos les fue ordenada una clave roja (orden superior destinada a golpear a un soldado para que cumpla con las directivas que se le imparten) y la cumplieron. Y esa orden fue dada precisamente por el coronel Nathan Jesseph –autoridad máxima de la base militar–, quien quiso aleccionar a quien resultó víctima de homicidio, el soldado William Santiago. En la película, cuando la defensa pierde toda esperanza

de probar su teoría del caso (claramente presentada en su alegato de apertura), cita como testigo, bajo las reglas del testigo hostil, al propio coronel Jesseph. Aquí presentamos un pequeño extracto del inicio del testimonio, donde el testigo se muestra reticente a contestar.

P. Coronel cuando Ud. se enteró de la carta de Santiago, en la que pedía su traslado, tuvo una reunión con sus dos oficiales. ¿Es correcto?

R. Así es.

P. El comandante de pelotón Kendrich y el teniente coronel Marquinson.

R. Así es.

P. Coronel en esa reunión ¿dio Ud. al teniente Kendrich una orden?

R. Dije a Kendrich que ordenara a sus hombres que no tocaran a Santiago.

P. ¿Y dio también una orden al Coronel Marquinson?

R. Ordené a Marquinson que trasladaran a Santiago de la base de inmediato.

P. ¿Por qué?

R. Su vida podría peligrar si se sabía el contenido de la carta (en referencia a una carta que el soldado William Santiago había enviado pidiendo que lo cambien de destino, y salteando a sus superiores inmediatos, lo que representaba una grave infracción a las reglas militares).

P. ¿Peligro grave?

R. ¿Existe otra clase?

Luego, en un momento posterior del examen directo, hace las siguientes preguntas.

P. Ud. dijo que orden al teniente Kendrich que dijera a sus hombres que Santiago no debía ser tocado.

R. Es verdad.

P. Y quedó claro para ellos.

R. Cristalino.

P. ¿Tal vez ignoró la orden?

R. ¿Ignoró la orden?

P. Tal vez se la olvidó.

R. No.

P. Tal vez dejó su oficina y le dijo el viejo está mal.

R. No.

Como vemos, el presente examen directo, está plagado de preguntas sugestivas, pero no por eso la información es de baja calidad, ya que el testigo tiene una mala predisposición para la teoría del caso de la defensa que ahora lo cita. Es más, de acreditarse el caso de la defensa, el testigo pudiera tener una enorme responsabilidad en él. Advertimos que hubiera sido imposible para la defensa poder introducir claramente esa información sin el uso de preguntas sugestivas. El testigo jamás hubiera brindado espontáneamente esa información que es de por sí contradictoria. Si las órdenes que el coronel daba se cumplían, ¿cómo podía ser que existiera un peligro? Esa es la información que el defensor logró acreditar como proposición fáctica, que le hubiera sido imposible exhibir ante el tribunal, sino fuese bajo los presupuestos del testigo hostil.

Sin embargo, no debe verse como una ventaja contar con un testigo hostil y poder realizarle preguntas sugestivas. Al contrario. Uno debe evitar tener que enfrentarse a testigos hostiles, salvo que tenga bien en claro que puede obtener información favorable a su caso. Utilizar este tipo de pruebas debe ser nuestra última opción.

4.4.1.4. Preguntas sugestivas por la negativa

La cuarta excepción a la prohibición de realizar preguntas sugestivas en el examen directo, es la llamada "sugestiva por la negativa", esto es, cuando el objetivo del litigante no está centrado en buscar que el testigo afirme la información que él está introduciendo con su pregunta. La afirmación de lo sugerido es una proposición fáctica o hecho desfavorable para los intereses del abogado que la formula. Por el contrario, el objetivo que se está buscando es precisamente que niegue esa información.

Aunque no todos los autores sostienen que este tipo de preguntas estén permitidas¹⁵⁰, su viabilidad debe buscarse en la calidad de la informa-

¹⁵⁰Varios profesores estadounidenses con quienes compartí capacitaciones sostienen que autorizar las preguntas sugestivas por la negativa podría implicar luego que las preguntas se realicen en sentido inverso para autorizar su uso y fraguar la regla. En esa misma línea se enrola Jonathan Ramírez, docente de litigación del INECIP. El ejemplo sería el siguiente: P. ¿El auto no era rojo? R. Sí, lo era. P. y ese auto no era conducido por un hombre. R. Si lo conducía un hombre. P. Y ese hombre no tenía un cuchillo en su mano. R. Si lo tenía. Y de ese modo se

ción que se pretende introducir. Si a través de la pregunta sugestiva por la negativa se está intentando introducir información de baja calidad a través de las palabras del abogado, su uso es objetable; mientras si ello no ocurre, resulta válida y es una buena herramienta para introducir información sobre un tema que el testigo ha olvidado explicar.

Veámoslo en dos ejemplos.

Ejemplo 1 (realizado por un abogado defensor).

- P. ¿El policía se desempeñó bien?
 R. No.
 P. ¿Le pidió sus documentos?
 R. No.
 P. ¿Lo trató amablemente?
 R. No.
 P. ¿Le hizo saber sus derechos?
 R. No.
 P. ¿Y la detención fue en presencia de testigos?
 R. No.

Ejemplo 2 (realizado por el Fiscal).

- P. El lugar donde Ud. nos acaba de decir que reconoció al imputado, ¿estaba oscuro?
 R. No, estaba muy iluminado con alumbrado público cada diez metros.
 P. ¿Y Ud. tuvo dudas al reconocerlo?
 R. No. En absoluto. No dude que era él.
 P. ¿Por qué?
 R. Porque recuerdo que en ese momento observé...

Como vemos en el ejemplo n° 1, la utilización de preguntas sugestivas está orientado a que el testigo se limite a contestar todo en forma negativa para introducir la información, la que adolece de la calidad suficiente para acreditar los hechos. Este tipo de interrogatorio es objetable por cuanto se pretende introducir, con ese mecanismo, información de baja calidad, ya que da la impresión que es el abogado quien

puede continuar el relato de hechos colocados en forma negativa para que el testigo advierta el "guiño" del abogado y se limita a negar todas las preguntas sugestivas.

preparó la información y la introdujo a través de este formato que, así realizado, representa un fraude a la regla de litigación. Por el contrario, en el ejemplo n° 2 el caso es bien distinto. El abogado utiliza la pregunta sugestiva por la negativa, excepcionalmente, para introducir algunos puntos que el testigo olvidó tratar y fortalecer así no solo esas proposiciones fácticas, sino también su credibilidad, ya que la respuesta negativa le deja un ámbito amplio de información adicional (sub tema) que puede desarrollar. Sin embargo, esta herramienta, que resulta ser un mecanismo interesante para introducir información, es sumamente riesgosa. Un testigo válidamente puede considerar que en las preguntas que le hace el abogado "amigable" a su explicación del caso –con quien se entrevistó previo a la audiencia–, se espera una respuesta positiva y, por consiguiente, podría llegar a confundirlo y contestar en contra de su interpretación de los hechos. Un error o una mala interpretación de la pregunta le pueden traer altos costos en la información que se introduce en el caso. Por eso, el uso de la pregunta "sugestiva por la negativa" es un recurso muy excepcional.

4.4.1.5. Otras preguntas sugestivas

Parte de la doctrina acepta la posibilidad de realizar preguntas sugestivas sobre determinada clase de testigos que puedan no recordar los hechos y que requieren de esa forma de interrogar para poder responder¹⁵¹. Así, se sostiene que frente a testigos menores de edad o demasiado mayores, podría autorizarse a realizar estas preguntas¹⁵². Estamos en total desacuerdo con la legitimidad que se pretende dar a estas preguntas, ya que si el testigo presenta alguna particularidad –social, cultural, condición, etc.–

¹⁵¹ Por ejemplo, las Reglas de Evidencia de Puerto Rico resultan demasiado amplias y permisivas para la introducción de preguntas sugestivas en el examen directo que, a nuestro juicio, terminan por dejar que ingrese a juicio información de baja calidad. Así, bajo la regla 607 D establecen lo siguiente: "No se podrá hacer una pregunta sugestiva a una persona testigo durante el interrogatorio directo o el re-directo, excepto cuando sea una pregunta introductoria o una parte llame a una o a un testigo hostil. También será excepción cuando se trate de una parte adversa, de una persona testigo identificada con la parte adversa, de una persona que –por su edad, pobre educación u otra condición– sea mentalmente deficiente o tenga dificultad de expresión, o de una persona que por pudor esté renuente a expresarse libremente. De igual modo, podrá considerarse excepción cuando los intereses de la justicia así lo requieran".

¹⁵² Al seguir las reglas de evidencia estadounidense a nivel federal, parece estar de acuerdo Steven Lubet (Lubet, Steven, *op. cit.*, p. 49), quedando cada supuesto en particular a discreción del juez.

que le dificulta la comprensión de preguntas demasiado abiertas, la realización de preguntas sugestivas no es la solución, ya que la información así ingresada seguirá siendo de baja calidad. En todo caso el litigante debe utilizar las declaraciones previas brindadas por el testigo para "refrescar su memoria"; pero no bajar la exigencia de calidad de la información que se permite ingresar en juicio. De hecho, en testigos menores de edad que son interrogados a través de psicólogos en Cámara Gesell ha habido estudios que demuestran que la utilización de preguntas sugestivas en menores tiene aún mayores riesgos de error, ya que los menores serían más propensos a afirmar lo expresado por los mayores de edad¹⁵³.

También hay quienes afirman que las preguntas sugestivas son legítimas cuando el testigo "no atina a recordar la prueba", ya que "el olvido no es un fenómeno desusado"¹⁵⁴. Al contrario, creemos que si el testigo no recuerda algo relevante, deberá trabajarse, como dijimos en el párrafo anterior, a través de las declaraciones previas para refrescarle la memoria, pero no puede utilizarse una pregunta sugestiva, al estilo: "el automóvil circulaba a unos 55 kms. por hora, no es cierto?", para que el testigo lo recuerde. Esa información carece de calidad y, por ende, de fuerza y credibilidad para sustentar una proposición fáctica.

4.5. Un modelo posible

Como apunta la doctrina mayoritaria, un buen examen directo es la clave para ganar el caso. Allí se definen muchos de los puntos controvertidos. A pesar de ello, cuando hablamos de buenos litigantes, cuando vemos películas que versan sobre la litigación en juicio oral (por ejemplo, "Cuestión de honor", "El poder de la justicia", "Mi primo Vinny", y tantas otras más), el punto central está en los contrainterrogatorios. Siempre se muestra al litigante realizando un excelente contraexamen, descubriendo algo que nadie había observado antes. Si se me permite, sería atinado decir que al examen directo, al igual que al helado de vainilla, le falta una buena campaña publicitaria, un poco de marketing que lo ubique en el lugar correcto, aunque francamente no se me ocurre cómo. Tal vez esta obra pueda representar un pequeño empujón para su reconocimiento e importancia en su preparación.

¹⁵³ Conf. Mazzoni, G., *op. cit.*, p. 89.

¹⁵⁴ Conf. Bergnan, P., *op. cit.*, ps. 96/97.

Dos pueden ser los motivos por los que no se reconoce su importancia. En primer lugar, es mucho más interesante y atractivo para vender una película o para mostrar la solvencia de un abogado, verlo trabajar en una arena difícil e incierta (¿qué gracia tendría una historia que se resuelve con lo que el testigo vio y siempre sostuvo?). En segundo lugar, y este punto sí es más técnico que el anterior, el rol del abogado en el examen directo pasa, precisamente, por no ser recordado en su actividad, por pasar desapercibido, dejando que todas las luces del escenario se enfoquen en el testigo declarando. Es por ello que el rol del abogado en el examen directo, contrario a lo que ocurre en el contraexamen¹⁵⁵, es más bien de perfil bajo, no apto para grandes egos.

No por esto su rol deja de ser sumamente técnico y de gran relevancia en el desenvolvimiento del caso. Al contrario, requiere de un muy buen manejo del caso y de las destrezas de litigación para formular las preguntas adecuadas que permitan una narración de los hechos, precisando con detalles los puntos controvertidos del caso y pasando rápidamente por los planos que no están en discusión y que nada agregan al caso.

En líneas generales, y más allá de las particularidades de cada testigo, podemos afirmar que un buen relato debe partir desde lo genérico hacia lo específico, congelando imágenes en las partes centrales del relato. Para ello, un buen litigante debe comenzar con preguntas abiertas y sugestivas que ubiquen al testigo en una escena determinada y en un punto de la historia donde comience a narrar los hechos, para luego utilizar preguntas cerradas de control que le permitan focalizar en los puntos que nos interesa que aborde, dejando las preguntas sugestivas por la negativa para casos sumamente excepcionales, en los que queremos destacar alguna cuestión y se nos dificulta realizar la pregunta de otro modo¹⁵⁶. Nuestro relato debe ir de lo general a lo específico, para que el tribunal vaya internalizando la información. Y es a través del mecanismo de comenzar el interrogatorio con preguntas abiertas y completar la información con preguntas cerradas que ello se logra.

¹⁵⁵ Rúa, G., *op. cit.*, p. 37.

¹⁵⁶ En sentido coincidente, Mauet afirma que "Effective direct examinations mix introductory and transition questions, focused nonleading questions, and open-ended questions to effectively guide the witness and control the pace, retail, and images of the examination" (Mauet, T., *Trial Techniques...*, *op. cit.*, p. 113).

5. La acreditación del testigo

5.1. Introducción

En el capítulo segundo de este libro sostuvimos que existen cuatro objetivos fundamentales en un examen directo. Para su cumplimiento, la declaración del testigo se divide en dos etapas bien marcadas. En la primera solo se trabaja en la acreditación del testigo y, en la segunda, ya referida a la declaración en sí—sobre los hechos que el testigo percibió a través de sus sentidos—, se focaliza en los tres objetivos restantes (acreditar proposiciones fácticas, incorporar evidencia material y dar sustento a otras evidencias).

Una de las primeras preguntas que un litigante debe hacerse antes de comenzar con el examen directo de un testigo son las siguientes: ¿por qué un jurado o un juez habrá de creerle a ese testigo? ¿Cuáles son las razones o los hechos que hacen que un testimonio resulta más o menos creíble? ¿Cómo habremos de acreditarlos de un modo persuasivo? Muchas son las razones por las que los jurados o los jueces dan por cierto un testimonio, que van desde circunstancias bien concretas (correspondencia del relato del testigo con el resto de la prueba; hechos secundarios que dan mayor fortaleza a lo afirmado por un testigo, tales como condiciones de visibilidad, percepción, interés, etc.) a una innumerable cantidad de detalles, como ser la forma de declarar, si se pone nervioso o no, la mirada, la forma de contestar, etc. Muchos de estos detalles, por no decir todos, carecen de rigor científico y han generado históricamente muchos errores en las sentencias judiciales¹⁵⁷. Y por si

¹⁵⁷ En el curso realizado por el CEJA, en Santiago de Chile, el 2 y 3 de septiembre de 2010, nos acercaron materiales que dan cuenta del error en la evaluación de credibilidad de un testigo,

fuera el caso, los jueces no suelen tener estudios con rigor científico para detectar mentiras. Esta forma de analizar la credibilidad de un testigo ha demostrado ser poco efectiva y confiable.

Es necesario comenzar a desandar el camino de cómo trabajar la credibilidad de un testigo, teniendo presente que cargamos con el peso del bagaje cultural del viejo modelo. Como sub-producto de la cultura inquisitiva y del rol de la verdad en los procesos inquisitivos (como fin en sí mismo, y no como exigencia sobre los hechos sostenidos por la acusación para arribar a una condena), la acreditación del testigo era desarrollada, aunque precariamente, por los jueces, que se limitaban a realizar unas pocas preguntas de rutina. La errónea creencia de que los testigos debían declarar todo lo que supieran sobre el hecho y que el tribunal debía interrogarlos sobre sus condiciones personales para verificar su credibilidad, hicieron que la acreditación se limitara a un cuestionario sobre datos personales, el que lejos de ser flexible, se terminó por convertir en una suerte de "check list" idéntico para todos los testigos sin importar quién se presentara a declarar. Su utilización no tenía casi otra utilidad que contar con todos los datos filiatorios del testigo. Con esta forma de acreditar a un testigo nada se puede obtener sobre su credibilidad, ya que el estado civil, la ocupación y su relación con las partes nada dice, en líneas generales, sobre la fiabilidad de su testimonio. Producto de ese viejo molde, aún en algunos procesos acusatorios, el presidente del tribunal mantiene para sí el interrogatorio de identificación personal que es realizado inmediatamente después de recibirle juramento de decir verdad.

5.2. Objetivos de la acreditación

Como consecuencia de ello, no ha sido fácil el desarrollo de un adecuado interrogatorio de acreditación, que permita obtener proposiciones fácticas favorables o desfavorables para la credibilidad de los testigos. Es frecuente observar cómo los abogados con menos experiencia en li-

cuando ésta está basada en la apariencia del testigo y en cómo se comporta y relata los hechos. Según el estudio realizado por Eckman & O'Sullivan (1991), en donde se mostraban videos de testigos declarando a distintos grupos de personas (jueces, policías, psiquiatras, estudiantes, etc.), solo los miembros del Servicio Secreto alcanzaron a tener notas más altas que el azar (64 %), al detectar la veracidad y falsedad de sus relatos. Y aún, cuando en estudios siguientes se hizo la prueba "cara a cara" con el testigo, el porcentaje de acierto se mantuvo por debajo del 50 %.

tigación lo pasan casi por alto, a pesar de que la acreditación de los testigos es siempre una cuestión trascendental¹⁵⁸ y necesaria, máxime que el tribunal no tiene ningún tipo de conocimiento sobre las condiciones personales de aquéllos. Es importante no apurarse en el examen directo e ir llevando el testimonio a "fuego lento", paso a paso, para poder generar una imagen sólida de la prueba. Sin acreditación, el tribunal tiene menos elementos para pesar la credibilidad del testimonio¹⁵⁹, y así este punto queda librado a su suerte.

Antes de comenzar a realizar un interrogatorio de acreditación, tenemos que tener presente que tres son los objetivos perseguidos en esta primera etapa de la declaración: fortalecer la credibilidad del testigo, reforzar la credibilidad del testimonio y brindar un ámbito de tranquilidad donde el testigo entre en confianza con el escenario montado para prestar su declaración (sala de audiencias) y con el acto que va a desplegar. En primer lugar, debemos distinguir las herramientas que fortalecen la credibilidad del testigo (objeto de prueba), de las que están orientadas a reforzar el testimonio en sí (medio de prueba). Mientras que con el primer objetivo apuntamos a generar información que demuestre que, quien fue citado a declarar, es una persona creíble y que no hay razón por la cual desconfiar; en el segundo caso se trata de producir información que acredite la credibilidad de lo afirmado por el testigo, a través de las máximas de la experiencia, las reglas de la lógica y el sentido común. Por ejemplo, si refiere que observó el rostro del imputado a una distancia de cinco metros parece razonable, pero si lo observó a unos cien metros de distancia, de noche y con mala iluminación artificial, las máximas de la experiencia nos indican que es poco probable que pueda detectar detalles de aquél.

Pasemos al primer objetivo de la acreditación, esto es, fortalecer la credibilidad del testigo. Ya al inicio de la declaración, con el interrogatorio de identificación personal se busca acreditar su credibilidad como sujeto. Nos referimos concretamente a determinar quién es el testigo, a qué se dedica, que vínculo tiene con las partes y con la comunidad, qué interés tiene en el caso, como ha sido su comportamiento con anterioridad, o cualquier otro dato que sirva en el caso en concreto.

¹⁵⁸ Así, Mauet, T., *Trial techniques...*, op. cit., p. 100.

¹⁵⁹ Conf. Baytelman y Duce, op. cit., p. 112.

No se trata de identificar temas fijos, como una suerte de menú, ya que la acreditación es siempre flexible y depende de cada testigo y de las proposiciones fácticas que pretendemos incorporar con él. A mayor relevancia del testimonio, mayor será la necesidad de acreditarlo.

Las líneas de acreditación más comunes pasan por verificar el comportamiento anterior del testigo, los motivos que tiene para decir la verdad o faltar a ella, su vinculación con las partes, su interés en el caso y su relación con la comunidad. En cuanto al comportamiento anterior, nos referimos concretamente a si el testigo cometió alguna conducta ilícita que lo haga menos creíble, como por ejemplo, un falso testimonio o si, por el contrario, ha tenido una conducta ejemplar durante toda su vida y nada hace pensar que justo ahora, en este juicio, viene al tribunal a mentir¹⁶⁰. Tenemos que verificar antes del juicio —y luego decidir si habremos de presentar esta información— si el testigo tiene motivos para mentir, tiene vinculación con alguna de las partes y si las respuestas que brinde pueden incidir en su futuro (por ejemplo, quedarse sin trabajo), o si por el contrario no solo no tiene ningún interés en el caso, sino que al venir al tribunal por tratarse de una carga pública, está perdiendo parte de su tiempo libre o profesional. Determinar a qué se dedica el testigo en el plano laboral y si tiene lazos con la comunidad también puede ser muy relevante, sobre todo si se trata de una comunidad pequeña y en ésta goza de buena reputación. Es cierto que ninguno de estos datos define si el testigo miente o dice la verdad. Que se trate de un profesional o de una persona carente de ocupación, sin interés en el caso o vinculado a alguna de las partes, nada nos dice, en el caso en concreto, sobre la veracidad de sus afirmaciones, pero lo cierto es que las personas tenemos prejuicios (los jueces o jurados también los tienen) y si nos dieran a elegir entre uno y otro testigo, posiblemente elegiríamos un profesional, de buena reputación social y carente de interés en el caso, en vez de otro testigo que no tenga ocupación conocida, que ha sido condenado por falso testimonio y que tiene interés en el caso por ser amigo del imputado. De eso se trata la acreditación del testigo, de exhibir solo los

¹⁶⁰No se trata solamente que haya cometido un delito, sino cómo ese delito lo hace menos creíble y confiable por haber faltado a la verdad. Así, no disminuiría su credibilidad si cometió, por ejemplo un hecho culposo o un hurto. Bajo la misma lógica, podría tratarse de un hecho que no encuadre bajo una figura penal, pero que igual le reste credibilidad, como por ejemplo, haber mentido al seguro sobre alguna cuestión que no encuadre en un delito.

planos que fortalezcan la imagen de aquél¹⁶¹. De allí que la selección de información a presentar es una decisión profundamente estratégica.

El segundo objetivo, fortalecer la credibilidad del testimonio, también es flexible y requiere de cierta especificidad en su tratamiento. No nos estamos refiriendo a la persona en sí, sino a la credibilidad que merecen sus afirmaciones. Esta línea de acreditación está centrada en las condiciones perceptivas del testigo en líneas generales (por ejemplo, visión, oído) y a las condiciones en que declara haber percibido algo por sus sentidos (por ejemplo, distancia según la que dice haber observado algo, iluminación, etc.). Para trabajar la credibilidad del testimonio es necesario cotejarlo con lo declarado por otros testigos, verificar que no tenga inconsistencias internas, como así también con las máximas de la experiencia, la lógica y las reglas del sentido común. Se requiere de una inferencia del litigante para fortalecer o disminuir la credibilidad del testimonio.

A diferencia del primer objetivo —credibilidad del testigo—, en el que sostuvimos que debemos abordarlo al inicio del examen directo, no necesariamente la credibilidad del testimonio debe ser trabajado al comienzo de la declaración. Supongamos que queremos acreditar la credibilidad de un testimonio en base a dos líneas argumentales sobre las que debemos construir proposiciones fácticas. La primera, la visión del testigo (nunca ha usado anteojos, no tiene ningún problema de vista y puede observar muy bien de noche). La segunda, la distancia existente entre la ubicación del testigo y el hecho observado (a unos cinco metros, de noche pero con un excelente alumbrado artificial). En este caso, posiblemente luego de trabajar sobre la credibilidad del testigo, sea aconsejable acreditar al testimonio solo desde la primera línea a trabajar (buena visión), dejando para más adelante —en un mismo bloque de información— la segunda línea (distancia del lugar), ya que este elemento está íntimamente relacionado con los hechos, y queremos presentar la prueba de un modo persuasivo que facilite su comprensión.

Una buena manera para preparar la acreditación del testigo y anticiparnos a cualquier línea de descrédito que pueda plantear la contraparte,

¹⁶¹De hecho, las reglas de evidencia estadounidenses en el orden federal (regla 609), como así también las reglas de evidencia de Puerto Rico (regla 610) establecen el modo de impugnar la credibilidad de un testigo por haber cometido un delito que conlleve falsedad siempre que no hubieran transcurrido diez años desde la condena.

consiste en concentrarnos no solo en las razones por las que el tribunal debiera creerle al testigo, sino también en qué plantearíamos desde el lugar de la contraria. El litigio es un juego de espejos donde los hechos que fortalecen nuestro caso debilitan al de la contraria, y los que fortalecen a la contraparte debilitan nuestra teoría del caso. Así evitaremos el riesgo de vernos sorprendidos en pleno desarrollo de la audiencia de juicio oral.

La credibilidad del testigo, tal como apunta la doctrina anglosajona, también puede trabajarse desde el lenguaje no verbal, como ser la buena o mala presencia del testigo, la forma de ingresar al tribunal y la solvencia con la que se maneja en la sala de audiencias. Estos datos, sumados a los hasta aquí observados pueden servir para generar una imagen de confianza en el testigo y de seguridad en lo que declara¹⁶².

Veamos un pequeño ejemplo de acreditación del testimonio, de un caso en el cual el testigo que está siendo interrogado habría observado al imputado en el lugar de los hechos.

P. ¿Nos puede decir su nombre?

R. Nicolás Fernández Bravo.

P. ¿Cuál es su ocupación?

R. Médico.

P. ¿En qué especialidad?

R. Cirugía.

P. Bien. Me imagino que en esa especialidad se requiere una buena visión.

R. Así es.

P. ¿Ha tenido alguna vez alguna dificultad en la vista?

R. No, nunca.

P. ¿Nunca? ¿Ha usado anteojos alguna vez?

R. Jamás. Gozo de una excelente visión.

P. Déjeme llevarlo a otro punto. ¿Alguna vez ha estado implicado en una causa criminal como imputado?

¹⁶² Así, Mauet, afirma que la vestimenta con que comparece el testigo a la audiencia puede tener cierta implicancia en el caso. Así, el citado autor refiere que a la pregunta que haga el testigo sobre cómo vestirse para la audiencia, la peor respuesta que le podemos dar, es que lo haga con ropa apropiada, ya que puede que no tenga una idea sobre lo que ello puede implicar. Así, es aconsejable, relata el autor, que si es un oficial de policía lo haga con su uniforme. También es importante que ingrese dando una imagen seria y confiable. Hay que pensar que cuando citamos al testigo y éste tenga que ingresar todo el jurado estará observándolo (Mauet, T., *Trial Techniques*, op. cit., ps. 102/103).

R. No. En absoluto. De hecho es la primera vez que declaro en un juicio.

P. ¿Y conoce a las partes?

R. No.

P. ¿Se le ha acercado alguna de ellas para conversar sobre el caso? ¿Tiene algún interés personal en el resultado de este caso?

R. No, ninguno.

P. Bien, permítame preguntarle por lo que Ud. pudo observar la noche del 23 de febrero del corriente año en el almacén Aguas Claras.

Del presente ejemplo observamos cómo la acreditación es flexible. Aquí el litigante ha optado por trabajar fuertemente sobre la falta de interés personal del testigo en el caso, la condición social del mismo (médico y sin antecedentes penales) y la excelente visión que tiene, que se ve acreditada por la función que desempeña (médico cirujano).

El tercer objetivo buscado con la acreditación está centrado en proporcionar un espacio de tranquilidad al testigo. Hay que tener presente que los testigos, usualmente, no conocen cómo es el escenario del juicio oral, quiénes son las partes, no han tenido experiencias previas en audiencias y, sin embargo, al ingresar, se convierten en el blanco de todas las miradas. Francamente, no parece ser una situación cómoda y envidiable. Seguramente, en ese momento el testigo preferiría retirarse corriendo de la sala de audiencias, antes que quedarse y ser sometido a tediosos interrogatorios. Por el otro lado, la sacralización y ritualismo de la escena que se monta alrededor del juicio, plagado de formalismos, no invitan al testigo a relajarse y sentirse cómodo¹⁶³. Muchos de estos inconvenientes pueden ser bien trabajados y matizados con una adecuada preparación del testigo, donde se puede focalizar respecto de cómo es el escenario y las formalidades de la audiencia, para que

¹⁶³ Explica Tedesco que el diseño arquitectónico de la sala de audiencias, desde lo espacial, cumple una función importante en el proceso de imposición de un castigo y, a lo largo de la historia, se ha ido transformando según cuáles fueran los principios políticos del sistema penal. Es por ello que "en el diseño estadounidense de la sala de juicio prevalece, por un lado, la posibilidad de que todos los que participan en el juicio puedan tener la mayor visibilidad posible de lo que acontece y, por el otro, la correspondencia entre la ubicación de cada uno de los actores de la representación escénica con las garantías procesales establecidas en la Constitución". (Tedesco, Ignacio, *El acusado en el ritual judicial. Ficción e imagen cultural*, Del Puerto, Buenos Aires, 2007, ps. 252 y 258).

el montaje y simbolismo de la sala no le resulte tan hostil y le permita, antes de la audiencia, ir ganando en confianza¹⁶⁴.

En ese escenario, ingresar rápidamente al punto central del interrogatorio parece, cuanto menos, una mala idea. Las preguntas de acreditación sirven para que el testigo vaya ganando en confianza y se familiarice con la sala de audiencias, el rol de las partes y el manejo de los tiempos¹⁶⁵. Cuando uno está en una situación de cierta tensión—como podría ser una entrevista de trabajo o un examen en la facultad—, uno se va relajando a medida que va respondiendo satisfactoriamente las primeras preguntas. No parece aconsejable comenzar nuestra tarea por los puntos más difíciles del interrogatorio. Un buen litigante debe utilizar las preguntas de acreditación para que el testigo vaya ganando en confianza. En el ejemplo recién trabajado vimos como el testigo se ve respaldado y gana en seguridad al ser presentado como un médico cirujano sin ningún tipo de problemas visuales ni intereses personales en el caso.

También hay quienes sostienen que es importante realizar preguntas que den cuenta que es la primera vez que el testigo declara en juicio, o hacerle saber al testigo que puede tomarse el tiempo necesario para responder¹⁶⁶.

5.3. La acreditación es flexible

Dijimos al inicio de este capítulo que la acreditación siempre debe ser flexible. Y para saber cómo acreditarlo precisamos previamente investigar los datos del testigo.

Para poder determinar qué tipo de acreditación necesitamos para cada testigo, es preciso trabajar en base a dos parámetros. En primer lugar, la importancia del testimonio. Si se trata de un testimonio sumamente

¹⁶⁴ Vamos a un ejemplo. En lo personal, antes de dar una conferencia o participar en una capacitación, intento conocer el salón donde se desarrollará la actividad, aunque me puedan tildar de obsesivo, plano que no voy a negar. Esa situación me brinda una mayor seguridad y me permite tener cierta familiaridad con el escenario.

¹⁶⁵ En palabras de Bergman, se trata de “familiarizar al testigo con el Tribunal” (Bergman, P., *op. cit.*, p. 97).

¹⁶⁶ Así lo destacan Blanco Suárez, Rafael; Decap Fernández, Mauricio; Moreno Holman, Leonardo; y Rojas Corral, Hugo, *Litigación estratégica en el nuevo proceso penal*, Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2005, p. 178.

relevante para nuestro caso, resulta conveniente que la acreditación sobre la fiabilidad del testigo sea lo más precisa, exhaustiva y completa posible. Y cuanto menos relevante sea el testimonio, menor será la exigencia sobre su acreditación. Así, por ejemplo, nuestro testigo “estrella” (supongamos el oficial que relata haber visto el momento en que, en el caso Carmen, ésta entregaba mercadería en bolsitas a estudiantes), requiere de una acreditación global que muestre que se trata de un buen policía, creíble y confiable. Para ello es conveniente preguntarnos por qué un juez o jurado le creería a nuestro testigo. Ahora bien, el testimonio de quien solo se ocupó de recibir la sustancia secuestrada—marihuana—, en un caso como éste en el cual la propia imputada reconoce tener esa sustancia pero con otra finalidad—solo para consumo personal—, no requiere de mayor detalle en su acreditación. Para poder determinar la importancia del testimonio en el caso, debemos trabajar con el cuadro—guía analítica— visto en el capítulo segundo. Si con ese testimonio pretendemos afirmar proposiciones fácticas sobre hechos controvertidos, sobre el foco de atención del caso, seguramente será un testigo vital para nuestro caso que, por ende, requerirá de un mayor esfuerzo en su acreditación.

El segundo punto a tener en cuenta para acreditar a un testigo, está relacionado con las condiciones profesionales y su vinculación al caso. No es lo mismo acreditar a un testigo acostumbrado a declarar en juicio (como puede ser un perito o un oficial de policía) que uno que solo fue citado por lo que percibió por sus sentidos, sin relación alguna con su actividad laboral. Así, un testigo que resulta ser un oficial de policía, en un procedimiento en el que practicó una detención por un hecho flagrante, requiere de una acreditación específica sobre diferentes planos. Así, es frecuente trabajar sobre su experiencia, el conocimiento sobre las reglas del procedimiento policial, la cantidad de procedimientos en los que participó, su conocimiento sobre la zona, premios y sanciones por su desempeño profesional, etc. En estos casos, tanto la acusación como la defensa—para preparar su contraexamen—, deben verificar los legajos de los oficiales de policía para ver qué fortalezas y debilidades presentan¹⁶⁷. Así, en la acreditación, tanto la acusación como la defensa deben observar también las posibles debilidades de sus testigos y

¹⁶⁷ Sabemos que esa práctica no es aún usual por estas tierras, pero no deja de ser razonable y lógico exigir a las partes que se esmeren en investigar toda la hoja de vida de testigos importantes en el caso.

decidir si las anticipan, siempre que esa debilidad pueda ser fácilmente conocida por la contraria y tenga una explicación razonable¹⁶⁸.

Vamos a un ejemplo de un oficial de policía que tiene una hoja de vida realmente importante, pero que tiene una sanción por un motivo distinto a la investigación de un hecho. Veamos cómo, en caso de que la defensa conozca este antecedente, es aconsejable anticiparse y darle una explicación.

P. ¿Nos puede decir su nombre y ocupación?

R. Principal José Bargagna.

P. ¿Dónde presta servicios?

R. En la Comisaría 33º, en el Barrio de Belgrano.

P. ¿Hace cuánto está en la Policía Federal?

R. Hace unos quince años a la fecha.

P. ¿Siempre en servicio de calle? (pregunta sugestiva introductoria).

R. Estoy en servicio de calle, desde hace aproximadamente unos diez años a la fecha.

P. ¿En esa jurisdicción?

R. Exactamente.

P. ¿En cuántos procedimientos de calle ha intervenido?

R. ...No podría decirlo.

P. Pero, ¿nos podrá precisar cuántos procedimientos participa por semana?

R. Y... unos cinco semanales, aproximadamente.

P. Sería exacto afirmar entonces que participa en unos 20 procedimientos al mes?

R. Sí, sí.

P. Lo que hace un total de 240 procedimientos al año? ¿No es verdad?

R. Así es.

P. Siguiendo con ese promedio, estaríamos hablando que en diez años ha intervenido en unos 2400 procedimientos policiales. ¿Es así?

¹⁶⁸ Claro que esta regla no es exactamente igual para la acusación y la defensa. El Ministerio Público tiene el deber de dejar asentado en su legajo toda la información del caso –aún la no favorable–, mientras que la defensa no.

R. Sí, sí.

P. Y dígame, Bargagna, ¿en alguno de ellos Ud. fue sancionado?

R. Jamás.

P. Sin embargo, pude observar que sí figura una sanción de amonestación en su legajo. ¿Le podría decir al tribunal a qué se debió?

R. Sí. Fue un día que me quedé dormido y llegué tarde a la comisaría. Como no tenía ningún antecedente, solo fue un llamado de atención.

P. ¿Pero guarda relación con alguna investigación?

R. No.

P. De modo tal que según nos relata, Ud. no tuvo ninguna sanción en 2400 procedimientos, ¿o me equivoco? (reafirma un hecho dado por el testigo).

R. Es así como Ud. dice.

P. Bien, vamos a aprovechar su vasta experiencia para que nos ilustre sobre lo sucedido el pasado 29 de enero...

Como vemos en este ejemplo, el litigante elige estratégicamente varios puntos para fortalecer la credibilidad de su testigo. A saber: a. la experiencia en procedimientos policiales; b. conocimiento de la zona; c. ausencia de sanciones en su actividad; y d. irrelevancia de una amonestación. Cuando el testimonio pase a los aspectos centrales del caso, el testigo ya ha ganado confianza y credibilidad en las afirmaciones que haga. Vemos también que el litigante trabaja adecuadamente sobre las respuestas que el testigo le proporciona para permitirle arribar a conclusiones –cantidad de procedimientos realizados–. Si bien tienen un molde de preguntas sugestivas, éstas son admisibles, por tratarse de preguntas introductorias, basadas en un cálculo que parte de la información que suministró el testigo¹⁶⁹. En el ejemplo recién dado, solo hay una pregunta objetable por argumentativa, que es la afirmación –no pregunta– que realiza el litigante al final de la acreditación, al argumentar sobre la “vasta experiencia” del testigo. Sin embargo, difícilmente sea objetado, ya que se trata de una frase que ya fue realizada y la objeción resultaría tardía. La defensa deberá, en todo caso,

¹⁶⁹ En caso de ser objetada la pregunta por sugestiva, debiera rechazarse la objeción por ser introductoria y por referirse a un hecho que no está en el centro del caso. Es más bien periférico, lejano a los hechos controvertidos.

demostrar que es falaz decir que tiene vasta experiencia, o trabajarlo en el contraexamen para, eventualmente, hacerlo jugar a su favor. Por ejemplo, acreditando errores en la investigación para dejar en el aire la siguiente pregunta: "¿cómo puede ser que un oficial con tanta experiencia cometa tantos errores?"¹⁷⁰.

Si el testigo es una persona con amplios conocimientos en alguna materia, habrá que trabajar en la acreditación sobre su experticia y los estudios que realizó. También podrá tratarse de un testigo que tenga un amplio conocimiento en la zona, por lo que éste será el eje a acreditar. Así será vital en ese testigo el conocimiento del área, la cantidad de veces que estuvo en el lugar, el tiempo que vive en la zona, etc. Toda esta información pondrá en una situación de privilegio toda afirmación que éste pueda realizar sobre la iluminación del lugar, las distancias, la visión, etc.

Una regla vital para comprender la importancia de la acreditación de un testigo, es que cuanto mayor sea la relevancia del testimonio y la experticia en un área del conocimiento –me refiero a peritos o testigos expertos–, mayor debe ser su acreditación.

En el caso de los peritos, es muy importante trabajar en la acreditación desde dos enfoques diferentes. Por un lado, los estudios realizados, dando cuenta de la cantidad de años estudiados, las calificaciones obtenidas y las sub especialidades existentes; y por el otro lado la experiencia que tiene en la materia, ya sea a través de la investigación, ateneos científicos o del trabajo realizado. Así, la acreditación de un perito médico debiera estar focalizado en las siguientes preguntas:

- ¿A qué se dedica?
- ¿Hace cuánto tiempo se recibió?
- ¿Y luego ha hecho una especialización?
- ¿Nos podría explicar que es ser "médico cirujano"?
- ¿Y dentro del campo de las cirugías, hay distintas especialidades? ¿Cuál es la suya?

¹⁷⁰ El principal amigo de un abogado defensor son las proposiciones fácticas negativas, esto es, todo lo que no se hizo en el caso. Así, si hay errores en la investigación, es posible que esa acreditación realizada en el examen directo pueda luego volverse en contra, permitiendo al abogado de la defensa trabajar en el contraexamen en base a la idea de que tenía una gran experiencia y no hizo esto o aquello.

- ¿Nos lo podría explicar en un lenguaje comprensible para un lego en medicina?
- ¿En qué universidad concluyó sus estudios de grado y posgrado?
- ¿Nos podría ilustrar sobre el nivel de la Universidad o si ha sido calificada estatalmente?
- ¿Y cuáles han sido sus calificaciones?
- ¿Tiene experiencia laboral sobre la materia?
- ¿En qué área? ¿Hace cuánto tiempo?
- ¿Y concretamente sobre casos como el que aquí participó, con qué frecuencia semanal realiza prácticas?
- ¿Participa en ateneos científicos sobre la materia?

Se debe tener presente que éstas son algunas de las líneas de acreditación para el testigo. El abogado deberá verificar esta información antes del juicio (investigación), para decidir qué (planificación) y cómo presentarla (ejecución). Posiblemente no todos nuestros peritos sean brillantes en todas las materias. De modo que la tarea de quien acredita a un perito es rescatar toda la información favorable para su caso, mientras que será tarea de la parte contraria destacar de su *curriculum* qué planos son los más desfavorables¹⁷¹. También habremos de destacar que no pretendemos que un abogado se presente al examen directo con estas preguntas anotadas. La idea es que tenga claro cuáles son los temas o áreas donde centrará la acreditación del testigo.

Si el testigo tiene una relación particular con alguna de las personas involucradas (supóngase, es amigo de la víctima), es preciso trabajar fuertemente sobre sus valores para que su declaración resulte más creíble. Aquí la línea a trabajar en la acreditación puede estar circunscripta a los siguientes lineamientos: falta de antecedentes, conocimiento de que si miente puede cometer un delito, relación con el valor justicia y acreditar la buena visión del testigo. Es muy importante que las líneas de acreditación queden claras, para evitar que luego la contraparte pueda objetar alguna pregunta de acreditación por irrelevante. Por ello, una pequeña introducción a la pregunta puede ser un buen mecanismo

¹⁷¹ De allí que el Código Procesal Penal de Nuevo León, en su art. 320 exige a la parte que pretenda la admisión de un perito, que indique sus títulos o especialidad y anexe los documentos que lo acrediten, así como un informe donde cuente el detalle del elemento peritado, los procedimientos empleados y las conclusiones arribadas.

para mostrarle al tribunal nuestras cartas y qué pretendemos acreditar con el testigo. Veamos un pequeño extracto de acreditación.

Ejemplo 1

P. ¿Hace cuánto vive en el barrio?

R. Hace unos veinte años.

Objeción. La pregunta es irrelevante.

Ejemplo 2

P. Me interesaría que le cuente al tribunal su conocimiento sobre la zona donde ocurrieron los hechos, ¿hace cuánto vive en el barrio?

Como vemos en el segundo ejemplo, a través de una pequeña introducción, evitamos cualquier tipo de objeción que pueda interrumpir nuestra tarea. El litigante debe analizar también, quién es el letrado de la contraparte y cuál es el tribunal que interviene, para ver si requiere de una pequeña introducción antes de ingresar a un tema de interrogación. Un abogado litigante debe tener la destreza de poder llevar un interrogatorio observando, a su vez, los gestos de aprobación o desaprobación (lenguaje no verbal) tanto del juez como del jurado.

Con respecto a las víctimas, éstas presentan usualmente el riesgo de una menor credibilidad por tener un manifiesto interés –aunque legítimo– en el caso¹⁷². No caben dudas que un testigo neutral puede pesar más en la credibilidad que la víctima, que puede estar condicionada en sus dichos y en la forma de interpretar determinados hechos. Una buena manera para reducir ese riesgo y aumentar su credibilidad, consiste en trabajar fuertemente en la introducción de proposiciones fácticas de corte “emocional” durante la acreditación. Así, se trabaja no solo sobre las condiciones de percepción, sino también sobre los sufrimientos que padeció (suponiendo que se trate de un supuesto de violencia o intimidación). La introducción de este tipo de afirmaciones también sirve para fortalecer la

¹⁷² Afirma Perfecto Andrés Ibáñez que “en el testigo víctima se presenta un plus de dificultad en la apreciación porque sobre él inciden circunstancias que lo exponen a un mayor riesgo de desviación, tanto en la obtención de la información relevante como en la conservación, recuperación e, incluso, transmisión de la misma. (...) Y esta misma condición, sobre todo si la acción criminal ha sido especialmente degradante, generará, aparte el natural deseo de vindicación, una intensa necesidad de ser creído, básicamente por razón de autoestima” (Andrés Ibáñez, P., *op. cit.*, p. 115).

credibilidad del testimonio, ya que puede estar indicando un sinnúmero de detalles que dan cuenta de la existencia del episodio que relata.

Quizás uno de los puntos que mayor debate ha generado en el derecho procesal penal contemporáneo, esté dado por la credibilidad del testimonio de los menores de edad víctima de delitos –violencia doméstica o agresiones sexuales– que declaran en la Cámara Gesell, con la asistencia de una psicóloga¹⁷³, perdiéndose así cierta inmediatez entre las partes y la prueba. Así, a la declaración del menor se suele acompañar el testimonio de la psicóloga que trabajó con aquél en su testimonio, convirtiéndose, de algún modo, en una prueba cercana a los denominados “peritajes psicológicos de credibilidad”, que están centrados en evaluar la credibilidad de un testimonio. Para que esta prueba pueda ser admitida en la etapa preparatoria de juicio, es necesario acreditar que la prueba pericial es pertinente y la necesidad de contar con conocimiento experto sobre la materia, evitando que el trabajo de los peritos sustituya la función propia del juzgador. La credibilidad de un testigo es tarea propia del jurado o del juez, por lo que el ingreso de un testigo experto solo será admisible si puede agregar algún dato adicional al que pueda llegar a obtener el juez, como ser las reacciones que observó en la víctima, la forma del relato y como interpretarlo¹⁷⁴.

El litigante debe trabajar sobre dos reglas esenciales para que el testimonio del menor resulte creíble. El primero centrado en que toda entrevista

¹⁷³ Giuliana Mazzoni, explica los riesgos de la intervención psicoterapéutica y la forma en que se debe manejar en las entrevistas (conf. Mazzoni, G., *op. cit.*, p. 106).

¹⁷⁴ Mauricio Duce entiende que, en líneas generales, no debieran admitirse los peritajes sobre la credibilidad del testimonio. El autor chileno sostiene lo siguiente: “En mi opinión, los peritajes de credibilidad caen típicamente dentro de la categoría de opiniones expertas que no son necesarias en el primer nivel de análisis ya explicado (referido a impedir que la tarea de los peritos sustituya a la función del juez). En efecto, la evaluación de la credibilidad de relatos de víctimas y testigos en juicio es algo que, por excelencia, corresponde de manera exclusiva al trabajo de los jueces llamados a resolver el caso. Una de las funciones centrales de un juez de juicio es valorar la credibilidad de los relatos a partir de la información obtenida en juicio y percibida directamente. Admitir a un testigo experto para declarar sobre ello, significa invadir la parcela de un trabajo que es de responsabilidad exclusiva del juzgador y, en alguna medida, sustituirlo en su función. De hecho, cuando se observa la metodología utilizada en la elaboración de estos peritajes, se puede apreciar que ella consiste, básicamente, en el tipo de trabajo que debiera hacer un juez en juicio para valorar la prueba y resolver el asunto” (conf. Duce, Mauricio, “Admisibilidad de la prueba pericial en juicios orales: un modelo para armar en la jurisprudencia nacional”, en AA.VV., *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*, Abeledo Perrot, Santiago de Chile, 2010, p. 74).

con un menor se encuentre registrada en audio y video, para que esté a disposición de las partes¹⁷⁵. La segunda, es que la entrevista no contenga ni informaciones engañosas, ni sugerencias, ni comentarios o cualquier otra propuesta que conduzca a una inducción de las respuestas¹⁷⁶; ello para evitar cualquier interferencia en la memoria del testigo. Si bien en líneas generales, ello –prohibición de preguntas sugestivas– es atinente a todo testigo y genera una reducción en la credibilidad del testimonio, más lo es en menores por la tendencia a asentir lo afirmado por un mayor¹⁷⁷.

5.4. La acreditación y el Tribunal

Por último, debemos dejar en claro que el Tribunal no tiene ninguna potestad para inmiscuirse en la acreditación del testigo, ni al inicio ni con posterioridad a la actuación de las partes para suplir alguna omisión de aquéllas. Es frecuente observar que, en base a las preguntas aclaratorias que algunos códigos autorizan, o derivándolo del juramento de decir verdad que deben tomar al testigo, el tribunal lo interroga para que aclare cuál es su vínculo con las partes o su actividad profesional y años de experiencia. Este tipo de actividad, como asentamos al inicio, rompe con el modelo adversarial, la imparcialidad y la división de funciones en el proceso penal. De modo que, frente a la falta de acreditación, el tribunal deberá dejar abierta la cuestión, haciendo un pesaje menor de las evidencias recolectadas.

¹⁷⁵ Aunque en la mayoría de los casos se tratará de un anticipo jurisdiccional de prueba.

¹⁷⁶ Conf. Mazzoni, C., *op. cit.*, p. 159.

¹⁷⁷ *Idem*, p. 89.

6. La acreditación de nuestras proposiciones fácticas

6.1. Introducción

Las proposiciones fácticas son el corazón del examen directo y éste, a su vez, está precisamente en el centro de la litigación. De nada sirve realizar una excelente acreditación de nuestros testigos para luego naufragar en el intento de probar nuestras proposiciones fácticas, cuando es en el examen directo donde se ganan los casos. Tal como afirma Lubet, el problema es que al no tener la tensión del contraexamen, hay que tener extremo cuidado para maximizar su impacto y que no se vuelva rutinario¹⁷⁸, lento y tedioso para el tribunal.

La tarea no es sencilla, principalmente por tres razones. En primer lugar, suele suceder que el litigante siente la historia tan metida en la piel que tiene la impresión que el testigo ya ha relatado todos los hechos cuando tan solo los ha tocado liminarmente. Para llevar a cabo un buen examen directo es preciso que, en el mismo momento de comenzar con el interrogatorio, se excluya de la mente toda la información que se tiene del caso, para no confundir lo que relata el testigo con lo que ya se conoce con anterioridad, pero que aún no ingresó como prueba. Algo parecido le pasa a los jueces de juicio del sistema mixto que reciben y "espian" el expediente, y así terminan por confundir la información obtenida en el juicio con la que surge del registro escrito de la instrucción. En segundo lugar, porque la declaración del testigo debe ser bien distinta al relato

¹⁷⁸ Conf. Lubet, S., *op. cit.*, p. 47.

social de los hechos¹⁷⁹. No se requiere que el testigo detalle todo lo que sabe. Y para ello es preciso un trabajo fino del abogado, seleccionando las partes más relevantes del relato y excluyendo las poco trascendentes. Una buena entrevista con el testigo y la preparación de su declaración es fundamental para ese fin¹⁸⁰. En tercer lugar, es preciso que el testimonio no sea excesivamente largo y tedioso. En mi función de juez y de consultor en diversos procesos de reforma en la región, he podido verificar en reiteradas oportunidades cómo un buen examen directo es arruinado por su excesiva duración y por la reiteración de puntos ya abordados. Los jurados y los jueces tienen que escuchar a varios testigos por día, por lo que cuando advierten que se empieza a demorar innecesariamente un testimonio, cuando perciben que el relato está ingresando en una meseta, su actividad se vuelve tediosa y las proposiciones fácticas quedan sumergidas en un mar de irrelevancias, por lo que su atención va disminuyendo y, con ello, la posibilidad de la parte de dejar acreditado un hecho. Es por ello que se afirma con razón que la extensión suele ser el principal enemigo del testimonio¹⁸¹. Debemos evitar caer en el error, bastante frecuente, de pretender probar todo con un único testigo¹⁸². Un buen examen directo sobre un testigo importante para nuestra teoría del caso, no debiera –necesariamente– extenderse en el tiempo.¹⁸³

¹⁷⁹ Así, Bergman, P., *op. cit.*, p. 61.

¹⁸⁰ Como dice Goldberg, “Tres verdades son aplicables a todos los testigos: 1. Los testigos están nerviosos cuando atestiguan en un juicio. 2. Los testigos, incluso los peores, aportan algo bueno, e incluso los mejores tienen algo malo. 3. Los testigos saben mucho más acerca de la sustancia de su testimonio que lo que saben acerca del modo de presentarla” (Goldberg, S., *op. cit.*, p. 87).

¹⁸¹ Conf. Lubet, S., *op. cit.*, p. 51.

¹⁸² Como enseña el profesor puertorriqueño Batista Ortiz, cuando el interrogatorio se torna largo o cubre datos sin importancia, el Jurado se aburre o confunde (Batista Ortiz, Elpidio, *El abogado defensor puertorriqueño: litigación, vivencias, casos y comentarios*. Situm, San Juan de Puerto Rico, 2012, p. 494). En igual sentido Martínez Carza, quien afirma la necesidad de ir derecho al punto que pretendemos obtener con el testimonio (Martínez Carza, Julio César, *Proceso penal oral*, Lazcano Carza Editores, Monterrey, 2011, p. 92).

En igual sentido, Lorenzo, L., *op. cit.*, p. 183 y Farsa, Pablo, “Juicio oral adversarial: sus posibilidades de realización en los sistemas normativos”, *Revista de Derecho Procesal Penal, El Proceso penal adversarial*, Tomo 1, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2008, p. 371.

¹⁸³ Hemos visto que, en líneas generales, un buen examen directo no debiera durar más de veinte minutos. Por ello en los cursos de litigación ponemos un límite de tiempo y lo circunscribimos a un solo aspecto o hecho.

Sumado a ello, contamos con la dificultad de narrar un relato a través de una tercera persona, el testigo, por lo que dependemos en cierta medida de las condiciones de aquél. Por estas dificultades un litigante no debe ingresar a improvisar en una sala de audiencias. Si bien hay muchas recomendaciones para llevar adelante un buen examen directo¹⁸⁴, entendemos que hay cuatro reglas básicas que no debieran nunca pasarse por alto. La primera, elabore su relato a través de preguntas abiertas, a las que le irá agregando preguntas cerradas de seguimiento en los puntos relevantes que el testigo pase por alto. Esta regla evita caer en un relato social del hecho y pone el foco de atención en los temas por donde pasa el conflicto (hechos controvertidos). La segunda, no pregunte si no conoce la respuesta. El juicio oral no es un escenario adecuado para investigar sino que, por el contrario, está destinado a la presentación de la información ya conocida por las partes. La tercera, formule preguntas cortas. Evite las objeciones. Si la pregunta que le realiza al testigo es extensa, es posible que sea objetable por contener información indebida. Por último, la cuarta, concentre su tarea en los hechos controvertidos. Es allí donde se ganan o pierden los casos y, para tener un resultado exitoso, necesita de mucho “examen directo”, sobre esos puntos.

6.2. El testimonio y la teoría del caso

La única manera de preparar el examen directo de nuestros testigos es tener siempre presente nuestra teoría del caso. De ese modo podemos “acortar” el relato dejando solo las partes trascendentes de aquél. Para ello es preciso contar con una guía analítica –como el cuadro sugerido en el capítulo tercero de esta obra–, donde identificáramos cada uno de los puntos más relevantes del testimonio.

Test	Acreditar	Principales temas	Subtemas	Prueba material	Fortalezas	Debilidad	Orden
Oficial							
Test detención							

¹⁸⁴ Muchas de ellas están asentadas en el capítulo décimo de esta obra.

Si nos limitamos a las proposiciones fácticas sobre el hecho, tenemos que individualizar y analizar cuáles son los principales temas –o ejes temáticos– de la declaración, para poder luego trazar hacia donde se dirigirá el interrogatorio. Es más relevante determinar primero los grandes temas y luego las proposiciones fácticas. Eso nos permitirá llevar adelante el interrogatorio con orden y seguridad, sin el riesgo de olvidar algún tema central. Como bien señala Vial Campos, antes de examinar a un testigo es necesario clasificar la información que pretendemos introducir, realizando un cuadro para cada uno de ellos¹⁸⁵. Ese primer cuadro –que incluye a todos nuestros testigos– nos permite tener una imagen panorámica de todo el caso. Allí asentaremos todos los temas que debemos desarrollar y con qué testimonio lo acreditaremos. Sin embargo, aún nada nos dice de cómo organizar el relato de cada testigo. Ni esa guía ni el clásico cuadro de teoría del caso –dividido en las tres columnas de teoría jurídica, proposiciones fácticas y pruebas– son buenas herramientas para organizar el relato de un testigo. Para eso necesitaremos de una segunda guía analítica que podremos tener a mano en la sala de audiencias, para verificar que hayamos cumplido nuestra tarea, aunque lo ideal sería contar con una “segunda silla” –asistente– que se ocupe de tener ese cuadro a mano y que nos pueda marcar si hay algún tema que hemos pasado por alto. La actividad en juicio es profundamente dinámica y estratégica, y los abogados no pueden concurrir a la audiencia sin una guía de trabajo, especulando con un momento de inspiración que los pueda dejar bien parados y confiando en su oratoria y en su olfato. Nada más irresponsable que ello.

Vayamos al caso Donda que se encuentra ubicado en el anexo de casos al final del libro –y que invitamos su lectura detallada–. Este es un caso de robo con armas a un bar denominado “El Sol”, el cual es perpetrado por tres sujetos que arriban al bar a bordo de un rodado de alquiler cuya licencia es n° 12.345. Mientras el conductor se quedó en el interior del rodado, los otros dos imputados –que no fueron identificados– ingresaron al bar con armas de fuego, sustrajeron el dinero de la caja y las pertenencias de los concurrentes, para luego darse a la fuga en el vehículo que los estaba esperando. El automóvil pertenecía al Sr. Hardoy, que se lo rentaba mensualmente al Sr. Donda, quien afirmó que ese día estaba

¹⁸⁵ Conf. Vial Campos, Pelayo, *Técnicas y fundamentos del contraexamen en el proceso penal chileno*, Librotecnia, Santiago de Chile, 2007, ps. 69 y 71.

en otro lugar (en un Centro Comercial intentando comprar un celular con su amigo Casola). En el bar se logró ubicar a su propietario –René Barón– quien fue atacado y golpeado, y a Ciro Sandez, hombre mayor y cliente frecuente del bar. Sandez observó todo el hecho desde su mesa, ubicada frente a una ventana. Fue golpeado y se le cayeron los lentes. La defensa aduce que se trataba de un auto mellizo y que su cliente estaba en otro lugar al momento del hecho.

Tenemos que analizar cuáles son las principales escenas del testimonio de Ciro Sandez, que estaba sentado en el bar, en una mesa cercana a una ventana, desde donde se veía el vehículo que presuntamente conducía Donda. Identificar esas grandes escenas, como si fuésemos un director de cine que debemos filmar una historia –que le será exhibida al juzgador–, nos permitirá ubicar en cada acto los principales hechos que debemos acreditar. Éstos estarían centrados en las siguientes escenas:

- a. Llegada del automóvil e ingreso de los dos sujetos no identificados;
- b. ataque al propietario del bar con un arma y apropiación de dinero y elementos de los concurrentes;
- c. ataque a Sandez y golpes recibidos; y
- d. huida del lugar en el mismo vehículo.

Estas parecen ser las grandes escenas en el relato de Sandez, que debemos “filmar” para el tribunal, pasando la película en cámara lenta en los episodios más relevantes. Claro que se puede discutir si agregamos otra escena –por ejemplo, dividir el hecho principal del robo en dos partes, por un lado el disparo y por el otro cuando le sacan las pertenencias a los clientes del bar– o si alguna escena no es parte de otra –por ejemplo, unir las escenas b. y c.–. Solo se trata de una guía que nos oriente en nuestra función de exhibir un relato lo más persuasiva y fidedignamente posible, para poner al tribunal en el lugar de los hechos y que pueda revivir lo ocurrido.

Pero aún no hemos identificado en cada escena, las proposiciones fácticas más relevantes que pretendemos incorporar con su declaración. Así, si seguimos desagregando, veremos que cada uno de los episodios tiene ciertas proposiciones –hechos– que debemos acreditar –que en algunos casos presentarán fortalezas que queremos destacar, y debilidades que veremos si nos conviene anticipar u ocultar–, como así también la necesidad de apoyo gráfico, la incorporación de prueba material y la existencia

de hechos secundarios que dan mayor credibilidad a su testimonio. No es posible fijar un criterio rígido y estático sobre si resulta conveniente anticipar las debilidades del caso. Ello dependerá de un sinnúmero de situaciones, tales como si la información saldrá a la luz, la capacidad y destreza del abogado de la contraparte, si encontramos una explicación razonable sobre la debilidad del testimonio. Como bien apunta Fontanet Maldonado, se debe ser realista y comprender que la información sobre la debilidad siempre nos va a perjudicar, solo que al presentarla durante el interrogatorio directo le restará impacto, aunque claro está, no excluirá su tratamiento en el contrainterrogatorio, por lo que implicará que este hecho –debilidad– se siga repitiendo en la sala¹⁸⁶. En lo personal me parece menos costoso anticipar el tratamiento de la debilidad y quitarle impacto, ya que exhibe a un testimonio serio que no esconde información.

En el caso Donda pareciera ser que los hechos más relevantes son los que ubican al imputado en la escena de los hechos, ya que la defensa, seguramente, intentará sostener que se trató de un auto “mellizo”, y que su cliente estaba en otro lugar (hechos controvertidos). De modo tal que también será preciso aquí trabajar con la mayor cantidad de proposiciones fácticas que den credibilidad o sustento a lo afirmado por los testigos, tales como ser iluminación del lugar, distancia hasta el vehículo, visión de los testigos, características físicas del conductor del taxi, diálogo verbal y no verbal entre ellos, etc. (hechos secundarios).

Veámoslo en el cuadro que sigue, sobre el testimonio de Sandez.

Escenas principales	Proposiciones fácticas (principales y secundarias –de credibilidad).	Apoyo gráfico y prueba material.	Fortalezas/debilidades (hechos secundarios).
Ingreso	Llegan con el vehículo que se queda esperando. El motor queda en marcha. Miradas del conductor hacia adentro. Señas entre ellos.	Para marcar el lugar del vehículo.	

¹⁸⁶ Fontanet Maldonado, Julio. *Principios y técnicas de la práctica forense*, Jurídica Editores, San Juan de Puerto Rico, 2010, p. 84. Para restarle impacto, como bien explica Conzález Obregón, es preferible si vamos a adelantar debilidades, que lo hagamos en el medio del examen directo, ya que es muy importante comenzar y terminar fuerte el interrogatorio –importancia de la premacia y la conclusión del relato– (Conzález Obregón, Diana Crista), *Manual práctico del juicio oral*, Ubijus, México, 2010, p. 295).

Escenas principales	Proposiciones fácticas (principales y secundarias –de credibilidad).	Apoyo gráfico y prueba material.	Fortalezas/debilidades (hechos secundarios).
Ataque al propietario	Usan arma y lo apuntan. Dispara contra la pared. Golpes a Barón. Toman el dinero de la caja y las pertenencias de los comensales.	Lugar del disparo. Eventual ingreso del arma (prueba material).	
Ataque a Sandez	Lo golpean en la cabeza. Se le caen los anteojos. Hechos secundarios: vista del testigo, distancia hasta el vehículo.		Anticipar debilidad si es que Sandez no necesita usar anteojos para ver de lejos.
Egreso	Está en una mesa pegada a la ventana. El auto siguió en marcha. Pudo ver que la licencia es 12.345 y que el vehículo es un Ford Orión. El conductor tiene unos 55 años como el imputado. Hay señas entre los que ingresaron y el conductor. Sale “arando” y deja huellas en el asfalto. Hechos secundarios: identificar distancia, iluminación.	Marcar la ubicación de la mesa y de las huellas de arranque.	Es una fortaleza la cercanía desde donde observa los hechos.

También el testimonio de Sandez tiene otros temas (subtemas) que pueden ser trabajados en la declaración, pero no con tanto detenimiento. Como subtemas, uno podría identificar las características físicas de los dos imputados que no fueron habidos (pero que den claridad a su relato), la cantidad de personas en el bar (permite ubicar a otros testigos en el lugar) y algún otro elemento adicional. Pero es sobre los temas principales donde debemos desarrollar y centrar nuestro testimonio a través de preguntas abiertas, en primer lugar, y cerradas para puntualizar aún más los detalles de los hechos y pasarlos lentamente (foco de atención del caso).

Como vemos, debemos tener una estrategia de narración que parta desde tres aspectos medulares en un examen directo: el contenido de la declaración, la organización de los temas y la técnica adecuada de narración¹⁸⁷. El cuadro realizado es una buena herramienta para lograr tales fines.

¹⁸⁷ Conf. Lubet, S., *op. cit.*, p. 50.

6.3. El relato de los hechos

Se trata de presentar una declaración pormenorizada sobre los hechos relevantes del caso, pero que permita mantener la atención del tribunal¹⁸⁸, sin terminar por abrumarlos. Para acreditar los hechos, la primer regla es que, como venimos a presentar la información conocida y no a buscarla, nunca, pero nunca, se realiza una pregunta de la que se desconoce la respuesta. Se trata de una de las primeras reglas de la litigación. Es un riesgo muy alto que no debemos correr. Y para evitarlo es necesaria una buena preparación del testigo y del testimonio.

Como mostramos en el cuadro anterior, cada declaración contiene varios hechos a narrar. No como hechos jurídicos (o calificables jurídicamente), sino como escenas distintas. Así, el testimonio de Sandez presenta cuatro grandes escenas: el ingreso de los imputados al bar; el ataque al propietario Barón; el ataque al propio testigo; y la posterior huida. No se trata tan solo de acreditar las proposiciones fácticas de cada escena, sino de poder persuadir con ellas al tribunal. De allí que sea necesario que nos detengamos en los aspectos más medulares del caso. Sin duda que lo más importante del testimonio de Sandez esté centrado en los extremos temporales de la historia (ingreso-egreso), ya que es quien ubica al vehículo de Donda en el lugar y logra de ese modo relacionarlo con el hecho. Es precisamente allí donde se encuentra el hecho controvertido, donde debemos colocar el foco de atención del litigio.

Como bien apunta Goldberg, la competencia en el examen directo generalmente corresponde a tres categorías: 1. es bastante eficaz para conseguir que el testigo aporte la información, 2. es bastante eficaz para lograr que los jurados comprendan la información suministrada por el testigo, 3. es bastante eficaz para lograr que el testimonio persuada a los jurados¹⁸⁹. En definitiva, un interrogatorio es eficaz cuando logra persuadir al tribunal o al jurado sobre la exactitud de los dichos del testigo que acreditan las proposiciones fácticas relevantes sobre los hechos controvertidos del caso. De eso se trata el juicio. Pero, a pesar de los distintos planos que debemos manejar (división de escenas y

¹⁸⁸ Como bien afirma Mauet, es necesario usar técnicas de narración. Las buenas historias organizan, humanizan y dramatizan. (Mauet, Thomas, *Estudios de Técnicas de litigación*, Jurista Editores, Perú, 2007, p. 63).

¹⁸⁹ Conf. Goldberg, S., *op. cit.*, p. 156.

proposiciones fácticas relevantes) y de sus dificultades para lograrlo, el éxito del examen directo no es tan seductor como un buen contraexamen, básicamente, porque el secreto está en que recuerden al testigo hablando y no al litigante dirigiendo. La dirección del testimonio debe ser tan sutil, que pase casi inadvertida por el público, los jueces y el jurado. Efectivo pero discreto parece ser la clave del éxito. Solo observable por quien tiene un cabal conocimiento sobre las técnicas de litigación.

Ahora bien, no todos los testigos declaran igual. No todos tienen la misma facilidad de palabras, de expresión, de cómo graficar sus respuestas. Entonces, para obtener adecuadamente las respuestas a las preguntas: cuándo, dónde, quién, qué, cómo y por qué sobre el hecho, tenemos que tener presente qué clase de testigo contamos.

La determinación de los distintos episodios de un relato resulta ser una buena herramienta metodológica para decidir cómo planificar y ejecutar un interrogatorio. Contamos con dos modelos posibles para presentar el relato de un testigo. Un primer modelo parte de trabajar cronológicamente los hechos, adicionando los detalles a medida que vamos avanzando en el relato. Así, el modelo sería el siguiente: hecho 1, detalles del hecho 1; hecho 2, detalles del hecho 2; hecho 3, detalles del hecho 3. Un segundo modelo parte del sentido inverso. Manteniendo la visión cronológica del relato, decide introducir los grandes hechos, para luego ir fijando los detalles de todos los episodios. Así, graficándolo, el modelo respondería al siguiente esquema; hecho 1, hecho 2, hecho 3, detalles del hecho 1, detalle del hecho 2, detalle del hecho 3¹⁹⁰. Tanto uno como otro modelo tienen ventajas y dificultades, que guardan íntima relación con las condiciones del testigo que tenemos que presentará el relato.

Aconsejo en mis cursos de litigación que, en líneas generales, es el primer modelo el más ventajoso porque permite ilustrar mejor al tribunal sobre lo ocurrido, dando todos los detalles necesarios a medida que se presentan los hechos. Para ello se requiere trabajar con preguntas abiertas, interrumpiendo al testigo con preguntas cerradas, en la medida que queramos focalizar con mayor detalle sobre determinados aspectos (se trata de llevar la película en cámara lenta –*slow motion*– sobre las escenas más importantes del caso). Claro que esas interrupciones tienen que ser sutiles, claras y focalizadas en temas relevantes para el auditorio.

¹⁹⁰ Sobre ambos modelos, ver Bergman, P., *op. cit.*, p. 71; y Baytelman y Duce, *op. cit.*, p. 123.

Así, siempre es bueno realizar una pequeña introducción orientativa antes de la pregunta, del estilo: "Sr. Sandez, déjeme interrumpirlo. Acaba de decirnos que salieron rápidamente. ¿A qué se refiere?, ¿Puede describirnos exactamente cómo fue?" Este tipo de frases son de gran ayuda para evitar perder ritmo en el interrogatorio y que la interrupción no tenga costos en credibilidad. El riesgo que presenta este modelo es el siguiente; en declaraciones muy extensas, puede que el tribunal pierda la atención en momentos muy relevantes y cruciales de la historia. También tiene otro inconveniente adicional: si el testigo es de aquéllos que ramifican su declaración –introduciendo siempre nuevos temas en cada pregunta–, puede que sea preferible el segundo modelo narrando primero todos los hechos de modo introductorio, para luego guiarlo sobre los puntos en los que queremos precisiones. El segundo modelo presenta la ventaja de permitir dar al tribunal una imagen acabada de los hechos, para luego ir a los detalles. Así, la forma de llevar a cabo este diseño radica en realizar preguntas amplias para que el testigo declare, y luego, una vez que ya tenemos toda la historia, orientar la búsqueda de información sobre los puntos neurálgicos del caso. Claro que se pierde en orden cronológico –ya que luego de salir de un punto, volveremos a ingresar para tener mayores precisiones–.

Habrà que verificar también quién es el testigo que tenemos que examinar y cuáles son sus condiciones. Esta circunstancia impide fijar un único sistema para todos los testigos. Así, es importante verificar si se trata de una víctima, un agente de policía acostumbrado a estar en una sala de audiencias, un perito que vendrá con mucho conocimiento técnico o un menor de edad, cuya declaración será introducida usualmente a través de un anticipo jurisdiccional de prueba rendida en la Cámara Gesell. Sobre esas condiciones podemos fijar determinados patrones de litigación.

Si estamos interrogando a un oficial de policía es usual que tenga cierta experiencia en todo lo que implica prestar una declaración en juicio, por lo que la preparación de este testigo solo estará focalizada en profundizar sobre los hechos controvertidos del caso. Es muy frecuente que no tengamos ningún inconveniente en manejarnos en base al primer modelo de interrogación visto en este apartado.

Por el lado de las víctimas, será preciso que el abogado trabaje fuertemente sobre la preparación del testigo, ya que es posible que ésta quede impactada con la solemnidad de la sala de audiencias y no pueda

brindar una declaración espontánea y libre. También habrá que tener en consideración si el hecho ilícito fue realmente traumático, en cuyo caso será preferible que haga un relato rápido por sobre todos los temas, para luego volver a profundizar en las partes más relevantes del caso (segundo modelo). Con las víctimas será muy importante que el abogado, sin sobreactuar, intente ingresar proposiciones fácticas emocionales que tengan que ver con el sufrimiento de aquélla por el hecho e impregnen al caso de los valores que queremos que el juez o jurado tenga presente al momento de resolver el caso.

Con respecto a los peritos, habrá que tener presente que no se trata de un relato cronológico sino más bien temático. Será importante partir desde las conclusiones arribadas (primacía), para luego focalizar el interrogatorio en precisar cuáles fueron los medios empleados, el margen de error de su estudio y la aceptación científica que tiene el mecanismo utilizado. Es importante aquí que el abogado evite un lenguaje técnico que resulte demasiado encriptado para el tribunal.

Por último, con respecto a los menores que declaran bajo la modalidad de Cámara Gesell, si bien el abogado no cuenta con la posibilidad de realizar las preguntas en forma directa –falta de inmediatez–, es preciso que hable con la asistente o psicopedagoga que llevará adelante la entrevista con el menor, para evitar la formulación de preguntas sugestivas que luego tengan un alto costo en la credibilidad del relato del niño, como así también indicar adecuadamente cuáles son los puntos donde se quiere focalizar la narración, como así también la importancia de los hechos secundarios que fortalezcan su credibilidad.

Pero más allá de que sigamos uno u otro modelo, y las condiciones personales del testigo, es posible fijar determinadas reglas para guiar la actividad del litigante en el examen directo.

a. El relato cronológico

El relato cronológico de los hechos, en líneas generales, sirve para contar historias que resulten claras y que no generen dificultad para su adecuado entendimiento. Con esto no queremos decir que el relato cronológico nos obligue a que la presentación de las pruebas –orden de los testigos– respete también la cronología de aparición en el caso. Puedo comenzar con un testigo que no participó al inicio del hecho, pero que

dé una mayor amplitud sobre la visión del conflicto, o que introduzca evidencia material, para luego utilizarla con los restantes testigos¹⁹¹.

Como dijimos, parece ser una regla general que los testigos deben declarar los hechos según el orden temporal de ocurrencia. Pero también hay veces que alterar el orden cronológico puede ser vital para el relato persuasivo de la historia. Veamos un ejemplo. En un caso de violencia doméstica no tendría mayor sentido realizar un relato cronológico de todas las agresiones sufridas por la víctima, si es que no todas forman parte de la acusación. Ese formato perdería el eje del caso, y la imputación concreta que está realizando el fiscal. Posiblemente muchos de los hechos o detalles ocurridos con anterioridad son elementos que pueden gravitar en la credibilidad del testimonio (como hechos secundarios), pero que no son esenciales por no formar parte de la acusación, por lo que apartarse del relato cronológico puede, en estos casos, ser una buena herramienta de persuasión. Por ejemplo:

P. ¿Puede decirnos qué la llevó a abandonar su domicilio?

R. Bueno, fueron muchos los ataques que sufrí y no aguantaba más. Ese día, me pegó fuertemente con una sartén y decidí retirarme.

P. ¿A qué se refiere con que le pegó fuertemente?

R. La tomó por el mango y sin soltarla me pegó en el medio del oído, por lo que quedé aturdida (luego se realizan preguntas cerradas buscando más detalles, tales como: cómo era la sartén, si cayó, que actitud tomó él y ella después del golpe, etc.).

P. ¿Fue la primera agresión que sufrió?

R. No. Siempre me pegaba, pero después me pedía perdón y decía que iba a cambiar, que la perdonase. Y yo muchas veces lo hacía porque me sentía acorralada. ¿Qué iba a hacer?

P. Y cuando comenzaron las agresiones, ¿cómo eran estas?

R. Todo comenzó hace unos dos o tres años, cuando empecé metódicamente a insultarme y agredirme verbalmente, diciéndome que...

Como vemos en este caso, el litigante se ha apartado intencionalmente del relato cronológico, ya que de ese modo le permite centrar su interrogatorio en el hecho por el cual ha requerido el juicio, utilizando los restantes episodios para fortalecer la credibilidad de los dichos de la testigo.

¹⁹¹ Sobre el orden de los testigos, ver en el apartado 3.3. de esta obra.

También pudiera trabajarse un relato que se aparte de lo cronológico para destacar las condiciones de percepción del testigo y, de ese modo, fortalecer su credibilidad¹⁹². Veamos un ejemplo de ello:

P. ¿Y qué observó en ese momento?

R. Pude ver el rostro del imputado cuando le clavaba el cuchillo a María en el pecho, para luego salir corriendo. Nos cruzamos la mirada. Pude ver que tenía ojos claros, nariz pronunciada, rubio, con pelo largo y ondulado, de un metro ochenta de altura, aproximadamente. También vi que tenía puesta una remera negra con la inscripción de la banda de rock "Los Prisioneros".

P. ¿A qué distancia estaba Ud.?

R. A unos diez metros aproximadamente.

P. ¿Y cómo era la iluminación? ¿Había algo que le tapara la visión? (pregunta sugestiva por la negativa, que está permitida en el examen directo).

R. En absoluto. Todo estaba muy claro y nada obstaculizaba mi vista. era un día soleado. Muy luminoso.

P. ¿Cómo es su vista?

R. Excelente.

P. ¿Fue recientemente al oftalmólogo?

R. Sí, unos dos meses atrás. Allí me atendió y me dijo que no necesitaba usar lentes ni para leer, ya que veía muy bien. De hecho me felicitó por mi vista.

No tendría sentido en este caso comenzar por la visita al oftalmólogo, ya que es solo un punto que busca fortalecer la credibilidad del testimonio (hecho secundario). No es el tema central. El testigo no fue citado para hablar de una visita al oftalmólogo o para acreditar si éste es un buen médico. El motivo de la citación obedece a lo que aquél pudo observar. De allí que el punto "visita al oftalmólogo" pueda tratarse fuera del orden cronológico¹⁹³.

De modo que una conclusión a la que arribamos en este apartado es la siguiente: cuando el orden cronológico nos lleva a comenzar el relato con

¹⁹² En igual sentido, Paul Bergman sugiere cambiar el orden cronológico si tiene por finalidad fortalecer la credibilidad del testimonio (*La defensa en juicio, op. cit.*, p. 80).

¹⁹³ De hecho, sería objetable la pregunta sobre su visión si aún el testigo no hizo referencia a haber percibido algo a través de su vista. Pudiera tratarse de un testigo que percibió algo a través de otro sentido, como ser el oído.

un hecho secundario (no por ello poco relevante, sino que su relevancia está centrada en dar credibilidad a un hecho principal), a los efectos de narrar una historia persuasiva, es preferible invertir el orden comenzando con los hechos principales, para luego introducir los hechos secundarios.

b. Obtener una imagen como si fuese un director de cine

Si pretendemos persuadir con nuestra historia es preciso que el relato que se construye a través de los testigos, proporcione detalles bien claros para evitar que sea el tribunal quien, frente a dos interpretaciones posibles, escoja entre una de ellas.

Para poder obtener una imagen clara de los hechos es aconsejable ir desde lo general hacia lo más específico¹⁹⁴, comenzando por una escena para luego rodearla de detalles. Muchas veces los litigantes con menos experiencia, no advierten que no están conformando toda la imagen que requiere el Tribunal para tener por acreditado un hecho, debido a que han estudiado mucho su caso y no distinguen entre lo que ellos conocen del caso, de lo que el testigo dijo efectivamente en la audiencia. Es preciso olvidar todo lo anterior y tratar de colocarnos en la visión del jurado o tribunal. ¿Cómo estará observando nuestra tarea alguien que nada conoce sobre el caso? ¿Alcanzará con lo que está relatando el testigo? ¿Estará siendo ambiguo? Solo así podremos saber si estamos cumpliendo bien nuestro rol¹⁹⁵.

Vayamos a un ejemplo de identificación personal que va desde lo general hacia lo particular.

P. ¿Qué edad calcula que tenía el sujeto que la agredió?

R. Era una persona joven, de aproximadamente 30 años.

¹⁹⁴ Conf. Steven L., *op. cit.*, p. 69. Así, si se trata de un reconocimiento debemos ir desde lo más general hacia lo más detallado.

¹⁹⁵ Si se me permite el paralelismo con el personaje que realiza Peter Capusotto en "el tipo que bailando se convierte en un idiota", que puede ser encontrado en *Youtube*. El personaje tiene por objetivo persuadir a una mujer para conquistarla. Cree estar haciendo todo bien en el arte de la seducción. Sin embargo, lejos está de ello. Nunca se colocó en el lugar de un observador externo –en este caso la mujer a la que pretende seducir–, para darse cuenta de sus errores. Cuando la cámara se coloca en la visión que tiene la mujer sobre el seductor, se observa la situación desde otro ángulo y enfoque. Así, debemos pensar en cómo nos estará observando un tribunal o jurado que no conoce el caso. ¿Estaremos haciendo bien nuestra tarea? ¿Nos estará faltando alguna explicación del testigo?

P. ¿Qué altura y peso aproximado?

R. Un metro ochenta y unos noventa kilogramos.

P. ¿Cómo era su tez?

R. Más bien oscura. Diría yo que té con leche.

P. ¿Y con respecto a su color de cabello?

R. Oscuro. Morocho, pelo ondulado.

P. ¿Pudo ver algún otro rasgo físico, como el color de los ojos, o algún otro que le haya llamado la atención y que lo destaque?

R. Sí, tenía ojos claros y orejas muy grandes.

P. Cuénteles al Tribunal cómo era su vestimenta.

R. Era informal. Tenía unos pantalones azules y una remera blanca con una inscripción en el frente.

Una técnica adecuada para verificar si estamos generando una imagen precisa y única –que no acepta dos versiones–, radica en preguntar a dos personas, a medida que vamos relatando la historia, cuál es la imagen que construyeron de ese relato, verificando si es idéntica entre sí¹⁹⁶. Si ello no es así, es que en algún punto nos ha faltado "examen directo", se ha omitido alguna pregunta cerrada de seguimiento, ya que no estamos generando la imagen que requiere el tribunal para tener por acreditados fehacientemente los hechos.

La manera de lograr que un litigante produzca una única imagen, es realizar preguntas cerradas a medida que va declarando el testigo, como por ejemplo, ¿cómo era el lugar?, ¿cuántas personas había?, ¿cómo era la iluminación y la visibilidad? Para ello es preciso que, más allá de identificar los temas principales y secundarios, el relato aborde cómo era la escena de los hechos (luz, hora, cómo es el lugar, espacio, personas presentes, apariencia física, ropa, etc.) y como fue la acción realizada (precisar la acción y el lugar desde donde fue observado).

Un buen recurso para lograr esa imagen en el tribunal consiste en pedirle al testigo que grafique o represente la conducta que describe, ubicándose a la distancia desde donde observó el hecho, o cualquier otra escenificación de lo ocurrido que permita ilustrar a los jueces. El

¹⁹⁶ Una práctica similar desarrollo en mis cursos de litigación, cuando se trata de describir el hecho de la acusación. Allí se les para y se les pregunta cuál es la imagen que pudieron armar con el relato, solicitándoles que la actúen.

lenguaje no verbal y la teatralización de lo relatado suelen ser buenos recursos. A veces una imagen vale más que mil palabras.

Otro buen modo para evitar caer en abstracciones consiste en llevar un orden metódico del examen directo que parta desde la escena del hecho hacia la acción relatada por el testigo¹⁹⁷. Ese modo permite al tribunal situarse en el lugar del testigo. Otra buena técnica tendiente a ubicar al tribunal en la escena de los hechos, está centrada en obtener el testimonio en tiempo presente. Pedir a la víctima que nos cuente en presente, como si los hechos estuviesen sucediendo ahora, tendrá, sin dudas, un alto impacto en el juzgador. En definitiva, la tarea del abogado consiste en poner al juez o jurado en la escena de los hechos, a través de los relatos. Ello permite que éste comprenda mejor el caso y evita el efecto de tercerizar y alejar del conflicto, que a veces provoca la narración de una historia relatada en pasado¹⁹⁸.

c. Evitar los “puros títulos”

De la mano del punto anterior, es necesario profundizar los interrogatorios de modo de no quedar atrapados en lo que denominamos “puros títulos”, esto es que el testigo solo “toca” los puntos que pretendemos acreditar, pero no los profundiza, quedándose en puras adjetivaciones o términos que solo tienen un significado dentro de la subjetividad de aquél. Para que el testimonio resulte creíble y persuasivo se requiere algo más que un testigo diciendo que observó cuando alguien “entró al bar con un arma y le robó el dinero recaudado al propietario”. Necesitamos saber más, a que distancia estaba, cómo se lo dijo, que pasó en el medio, qué actitud tomó el dueño del bar, etc. Esos hechos son los que permiten que el relato sea más confiable.

Las palabras que utiliza el testigo en su relato no deben dar lugar a varias interpretaciones posibles. Es frecuente escuchar testimonios que dejan muchas aristas abiertas al verbalizar expresiones tales como “tenía un arma”, “le pegó”, “se cayó detrás de la barra”. Frente a esta expresión, el testigo está tan solo introduciendo un título que requiere de varias

¹⁹⁷ Thomas Mauet recomienda partir desde una introducción, pasando por la escena, la acción y, luego, exhibir prueba material o utilizar apoyo gráfico (Mauet, T., *op. cit.*, p. 119).

¹⁹⁸ Mauet señala que narrar en presente un testimonio relevante permite al jurado recrear un evento dramático. Le permite al jurado revivir ese episodio (Ídem, p. 110).

preguntas cerradas para completar la historia. Algunas de las preguntas que debe realizar el litigante son: ¿qué clase de arma?, ¿filo punzante, de fuego u otra?, ¿cómo era el arma?, ¿cómo le pegó?, ¿con qué?, ¿en qué parte del cuerpo?, ¿le provocó alguna herida?, ¿concretamente en qué lugar cayó?, ¿cómo cayó? Y así podríamos continuar con una serie de preguntas destinadas a obtener una imagen más nítida.

También es frecuente que los testigos utilicen adjetivos o calificaciones personales que en nada ayudan al tribunal a obtener una imagen. Así, es frecuente observar que el testigo responda, frente a la pasividad de los litigantes menos expertos, lo siguiente: “se veía bien”, “estaba cerca”, “era parecido”, “se fue rápido”, “era alto”, y así podría seguir indefinidamente transcribiendo afirmaciones usuales que generan más sombras que luces. Estas expresiones, por ejemplo, “se veía bien”, nada dicen respecto de qué considera el testigo por “ver bien”. ¿Es que realmente estaba bien iluminado, o era tenue la luz artificial, pero al testigo le alcanzaba para observar?¹⁹⁹

Los puros títulos son el principal enemigo en el examen directo. De allí que el litigante debe estar atento para, a través de preguntas cerradas, salir de las expresiones que solo contienen puros títulos. Debe encontrar donde está el “foco de atención del caso” —hechos controvertidos—, y allí avanzar en “*slow motion*”, tratando de freezar las imágenes en los puntos centrales del relato. Queremos que el tribunal pueda observar detenidamente y en forma lenta la escena principal del caso.

d. Mantener la atención del tribunal

El examen directo de un testigo importante puede durar más que la atención del tribunal, si no es llevado en forma adecuada. Para que eso no ocurra es preciso que el litigante pueda separar correctamente los hechos, mediante la utilización de títulos que orienten al tribunal.

La utilización de títulos antes de formular preguntas de transición es muy importante para esa función. Así, por ejemplo: “Déjeme que lo

¹⁹⁹ Como vemos en este ejemplo, tranquilamente el tribunal podría representarse mentalmente distintas imágenes. Por ejemplo, una plaza con muy buena iluminación artificial, con un poste de luz justo en la escena de los hechos; con un farol alejado; sin luz artificial pero con luna llena que iluminaba todo; etcétera.

lleve a otro punto"; "Quiero situarlo en el momento en que los asaltantes salen del bar; ¿Qué sucedió allí?"; o "Quiero que se detenga en el preciso momento en que...", son buenas fórmulas para centrar nuevamente la atención en el tribunal, darle una suerte de guía u hoja de ruta para que siga el testimonio con mayor facilidad, que seguramente le será agradecido con un guiño a la credibilidad del testimonio.

Otra manera también efectiva de fortalecer la atención del tribunal consiste en realizar silencios o fingir no haber escuchado, para que el testigo repita una respuesta importante y dejarla más marcada en la memoria del juzgador. Así, frente a una respuesta importante, el litigante guarda un pequeño silencio, de unos pocos segundos, y le pregunta nuevamente, "¿cómo dijo?", es una buena manera de focalizar la atención en la respuesta que acaba de dar, demostrando lo relevante que es.

También es muy útil trabajar con "negrita y subrayado" en la oralidad. Así como cuando queremos focalizar la atención en un texto utilizamos esos mecanismos para que el lector advierta que es un tema importante, el litigante puede hacer lo propio en una audiencia. Puede utilizar la respuesta relevante para, desde allí, lanzar una segunda pregunta, o bien realizar una pregunta sugestiva partiendo de la respuesta que acaba de dar. Veamos.

R. Efectivamente era él. No tengo dudas. Le vi la sonrisa, una cicatriz en su rostro y el tatuaje de una estrella en su mano, que me sirvió para reconocerlo.

P. La sonrisa, la cicatriz y el tatuaje. ¿Podiera tratarse de un error? ¿de otro tatuaje? (pregunta admitida por ser sugestiva por la negativa).

R. En absoluto.

O la otra opción.

P. A quien observó, entonces ¿tenía un tatuaje en su mano y una cicatriz en su rostro?

R. Sí. Efectivamente. Tal como le dije.

Como vemos se trata de dos mecanismos que tienden a reforzar una idea y aún cuando el segundo parte de una pregunta sugestiva, su utilización no sería objetable porque se trata de una respuesta que acaba de dar el testigo. Y resulta ser un mecanismo muy útil para focalizar la atención del tribunal.

Este formato también es muy útil para enlazar ideas (*looping*). La construcción de una nueva pregunta con la información que acaba de dar el testigo es un método que, en determinados casos, puede resultar muy persuasivo²⁰⁰. Veamos un interrogatorio posible sobre el testigo Sandez en el caso Donda.

P. ¿Y qué ocurrió luego?

R. Se hicieron señas entre los dos sujetos que estaban en el bar con el conductor del vehículo. El del taxi le hacía señas con su mano, como que se apurara.

P. Le hacía señas con su mano, como que se apurara... ¿Y luego que sucedió?

R. Se subieron al vehículo y salieron rápidamente.

Como vemos, de este modo, la proposición fáctica "se hicieron señas" no queda aislada, sino que se comunica directamente con el arranque apresurado del lugar. Ya no existen posibilidades para que la defensa intente argumentar que no había acuerdo entre ellos.

Por último, también es importante formular preguntas cortas y concisas para mantener la atención del tribunal²⁰¹. Usualmente si la pregunta ocupa más de un renglón, se trata de una pregunta mal formulada que podrá ser objetada por ser compuesta, por argumentativa, irrelevante o por contener una opinión. Y esto hará que el tribunal nos preste menor atención. Las preguntas en el examen directo deben estar encaminadas a la descripción del hecho de la acusación y las circunstancias que le den mayor sustento. Así, comenzar las preguntas con: ¿cuándo?, ¿dónde?, ¿quién?, ¿qué?, ¿cómo? y ¿por qué? nos ayudarán a la construcción de las líneas de interrogación.

²⁰⁰ Es un formato del que no puede abusarse en su utilización, ya que de repetirse en cada pregunta se pierde en impacto y es posible de ser objetado por reiterativo.

²⁰¹ Como bien apunta Bailey, no solo debemos conseguir mantener la atención del juez, sino que también debemos comprender su punto de vista. Los abogados defienden su punto de vista, pero muchas veces evaden la pregunta que el autor aconseja hacerse retóricamente: ¿cómo reaccionaría yo si tuviese que tomar una decisión en este asunto, en vez de alegar por mi causa? (Bailey, Lee, *Cómo se ganan los juicios. El abogado litigante*, Limusa, México, 2012, p. 126).

e. Utilizar apoyo gráfico

Una buena manera de mantener la atención del tribunal y, a su vez, acreditar proposiciones fácticas de mayor peso consiste en la utilización de apoyo gráfico para la explicación del relato. El apoyo gráfico puede provenir tanto de prueba material real o de prueba material ilustrativa o demostrativa, esto es, aquellos objetos que sin haber estado en el lugar de los hechos, sirven para ilustrar al tribunal sobre lo efectivamente acontecido²⁰². Son ejemplos de prueba demostrativa un arma similar a la presuntamente utilizada en el hecho, un croquis del lugar del hecho, un mapa, un gráfico, etc. Estos elementos, como decíamos, no son prueba en sí, por lo que no se requiere su admisión e introducción en el juicio oral como prueba autónoma. No es preciso que la presentemos en la etapa de admisión de pruebas y, por más que el testigo la utilice en el juicio oral para graficar su explicación, este elemento no se incorpora al juicio y ni el tribunal ni el jurado puede tenerlo para sí al momento de deliberar.

Por el contrario, si se tratase de la utilización de una prueba material real, como por ejemplo, el arma utilizada, el casquillo de una bala, etc., sí se requiere su admisión en la audiencia preparatoria de juicio y, luego de su ingreso a través de un testigo, el tribunal podrá contar con ese elemento para visualizarlo y analizarlo en la deliberación.

Más allá de esta diferenciación, lo cierto es que en uno u otro caso, se trata de objetos que sirven para ilustrar los dichos del testigo y le dan mayor fuerza de precisión a su explicación. Lo relevante aquí es que si se utiliza apoyo gráfico, como ser un croquis del lugar, un mapa, un plano, éstos no tenga asentada ninguna información que esté suplantando al testigo, ya que la información debe provenir de aquél. Así, sería objetable la utilización de un mapa o de un croquis, si es que éstos tienen asentadas distancias de un punto a otro, ubicación de personas, etc. Por último, si el testigo utiliza un apoyo gráfico donde asienta indicaciones, tales como ser ubicación de personas, elementos o cualquier otra indicación que sea relevante para el caso, ese documento confeccionado en la audiencia puede ser incorporado, no como prueba documental, sino como parte del relato del testigo, y el tribunal puede utilizarlo para llegar a su veredicto.

²⁰²Tal como afirma Fontanet Maldonado, la prueba demostrativa difiere de la evidencia real, porque no tiene ningún rol o papel directo en los hechos. Solo tiene por finalidad recrear parte del testimonio (Fontanet Maldonado, J., *op. cit.*, p. 123).

f. Las opiniones personales de los testigos a veces cuentan

En líneas generales, un testigo no puede ser interrogado por sus opiniones personales, salvo que se trate de un perito o testigo experto. Entendemos por testigo experto a aquél que tiene cierta experticia sobre una materia relevante para su declaración, pero que toma conocimiento de los hechos a través de sus sentidos, sin haber sido requerido para cumplir una función pericial²⁰³. Fuera de esos casos, los testigos solo declaran según lo que perciben por sus sentidos²⁰⁴ y, en principio, no pueden dar sus opiniones o pareceres personales porque ellos no cuentan con la calidad suficiente. Así, un testigo no puede ser interrogado sobre una conclusión, como ser:

- ¿Qué pensaba el imputado?,
- ¿Tenía intención de matarlo?,
- ¿Para Ud. quién es el responsable del accidente?

Las dos primeras por cuanto el testigo no pudo percibir la intención o el pensamiento por sus sentidos. La última por cuanto es tarea del jurado o el juez determinar la responsabilidad del accidente, basándose eventualmente en conocimiento experto en la materia –prueba pericial–, que un testigo sin esa experticia jamás podrá brindar. En líneas generales la pregunta no debe ser admitida por cuanto la información que se pretende ingresar de ese modo es de baja calidad²⁰⁵ y el juicio oral en un sistema adversarial tiende a descartar toda información que no resulte confiable²⁰⁶. Pero a pesar de que ninguna de las tres preguntas puede ser respondida por el testigo, existe una diferencia sustancial entre las dos primeras y la última. Y es que solo ésta requiere de cierto conocimiento o experticia. La dos primeras son inadmisibles no porque se requiera de un conocimiento experto, sino porque no hay modo de poder llegar a

²⁰³Conf. Duce, M., *op. cit.*, p. 107.

²⁰⁴En definición de Maier, "testigo es, entonces, la persona física –o de existencia visible, como lo denomina el CC 31 y cc– que, ante la autoridad judicial competente y por su requerimiento, relata –oralmente o por escrito, según la ley aplicable– un suceso o dato que, se supone, él ha conocido espontáneamente (sin alusión a un procedimiento judicial determinado previamente), conocimiento que se estima importante para averiguar el objeto del procedimiento o uno de sus aspectos (Maier, J., *Derecho Procesal Penal*, Tomo III, *op. cit.*, p. 129).

²⁰⁵Con ese fundamento Baytelman y Duce, *op. cit.*, p. 215.

²⁰⁶Sin experticia sobre una materia, es irrelevante si el testigo concluye de una u otra manera.

esa conclusión si no se acredita un hecho anterior (por ejemplo, que el imputado le haya dicho lo que pensaba, o cual era su intención)²⁰⁷.

Sin embargo, hay casos en que no se requiere de un conocimiento experto para llegar a una conclusión, sino que basta con el "sentido común o las máximas de la experiencia"²⁰⁸. Lo veremos más claro con un ejemplo. Si un litigante le formula a su testigo la siguiente pregunta: "Para Ud. ¿cuál era la intención del imputado cuando se dirigía por el callejón hacia donde se encontraba la víctima?", ésta es claramente objetable por cuanto la información que se pretende introducir no fue obtenida a través de sus sentidos, y no sabemos, por ende, a qué se puede deber la opinión del autor respecto de si tenía intenciones de matarlo o de jugarle una broma. Francamente, la opinión del testigo no cuenta. No tiene peso. Da igual qué piensa, ya que no exhibe sus fundamentos. Pudiera tratarse porque al entender del testigo "los hombres siempre le pegan a las mujeres", porque "el imputado es muy agresivo", o cualquier otra generalidad que no tenga peso alguno.

Pero la opinión de un testigo en esa condición podría llegar a ser relevante y muy persuasiva si está apoyada en hechos más sólidos, basados en el sentido común o en las máximas de la experiencia. Y para ello necesitamos introducir información de calidad que haya sido percibida por el testigo a través de sus sentidos y que le permitan, válidamente, llegar a una conclusión u opinión personal. De ese modo sí sería legítima su afirmación. Veamos.

P. Sr. Chierasco cuéntenos ¿qué observó?

R. Vi al imputado correr con un cuchillo en sus manos.

²⁰⁷ Se trata de una derivación de la Regla Federal de Evidencia de los Estados Unidos (regla 602) y de las Reglas de Evidencia de Puerto Rico (regla 602), donde establecen: "Si una parte formula objeción, tal conocimiento personal deberá ser demostrado antes de que la persona testigo pueda declarar sobre el asunto". Explica Emmanuelli Jiménez que no es indispensable establecer el conocimiento personal previamente a la declaración -aunque a mi entender ello es aconsejable-. Si se formula una objeción en cuanto a este aspecto, el Tribunal tiene que determinar si el testigo tiene conocimiento personal sobre los hechos antes de escuchar su declaración (Emmanuelli Jiménez, R., *op. cit.*, p. 341).

²⁰⁸ Ídem, p. 217. En igual sentido Thomas Mauet, quien considera que excepcionalmente los testigos pueden declarar sobre su opinión personal en base a hechos que se repiten frecuentemente en su experiencia cotidiana (Mauet, T., *op. cit.*, p. 150). Sobre este punto, el Tribunal Supremo de Puerto Rico, donde rige el sistema adversarial, ha sido muy liberal al permitir opiniones de testigos legos sobre varios aspectos tales como "estado de ánimo de una persona", "aspecto de enfermo de una persona", "velocidad de carros", "apariencia de que una persona está cuerda o loca", etc. Al respecto, ver Chiesa Aponte, *op. cit.*, p. 330).

p. ¿Cuál era su gesto y su expresión facial?

R. Bueno, era realmente impresionante. Tenía como los ojos sa-
lidos, corría desesperadamente con el cuchillo en alto y gritaba
"me la vas a pagar", "Juro que te la voy a cobrar".

P. Según, su opinión, cuál era la intención de este sujeto?

R. Claramente tenía intención de matarlo cuando corría con el
cuchillo.

Aquí la opinión personal se basa en las acciones y descripciones faciales del imputado. Del mismo modo, un testigo no puede ser interrogado respecto de si el imputado estaba bajo los efectos del alcohol, pero sí puede ser interrogado sobre la forma de caminar (tambaleante), su expresión facial (perdida), el color y aspecto de sus ojos (rojos y vidriosos), su manera de expresarse (incoherente), si alguna vez vio a alguien con ese aspecto (siempre a la salida de los bares, porque el testigo es taxista y trabaja en horario nocturno). Recién allí, puede formularse al testigo la siguiente pregunta: "¿Por qué cree que estaba así?", a lo que podrá responder que todo ebrio tiene ese aspecto.

g. Mantener el control del testigo y de la información que introduce

Si el litigante logra mantener el control del testigo y de la información que éste ingresa al juicio, ya ha logrado aprender una gran parte de las destrezas requeridas para el examen directo.

Es preciso que el abogado tenga cuidado en formular preguntas que puedan ser objetadas, ya sea por ser ambiguas, referidas a prueba ilícita, impertinentes o, lo que es más común, sugestivas. El mal manejo en la formulación de las preguntas permite al abogado de la parte contraria quitarle el dominio de la prueba, frenar las respuestas que puede brindar el testigo, generar un corte en el relato de la información y quitarle la concentración en su tarea. La discusión sobre la admisibilidad o no de la objeción lo pone a Ud. y al juicio en otro eje, quitándole la concentración sobre la información que pretende ingresar²⁰⁹. Para que ello no ocurra

²⁰⁹ Son preguntas objetables las compuestas, que tienen dos o más hechos; las que contienen doble negativa, por ser confusas; las ambiguas, que no tienen la suficiente claridad sobre el contenido de la pregunta; las sugestivas, que contienen la respuesta; las narrativas, por fuera de los hechos del caso; las que asumen hechos que no han sido presentados ni guardan prueba que los acredite;

es una buena técnica evitar las preguntas excesivamente largas, comenzando todas ellas con las preguntas que permiten identificar y precisar adecuadamente un hecho —cuándo, dónde, quién, qué, cómo y por qué—.

Es importante tener presente que el re-examen directo, como dijimos al inicio de esta obra, no es una nueva oportunidad para relatar extremos del hecho que olvidó en su oportunidad. El contenido del re-examen directo está limitado exclusivamente a los puntos trabajados en el contrainterrogatorio. De modo que el litigante debe decidir si prefiere anticipar una debilidad —por ejemplo, falta de iluminación al momento de reconocer al autor—, utilizando para ello preguntas sugestivas por la negativa —por ejemplo, ¿el lugar estaba oscuro?— que permiten anticiparse a la línea de fuego que, seguramente, se trabajará en el contraexamen; o si por el contrario, prefiere guardar esas fichas para el re-examen directo. En lo personal, siempre creo más aconsejable golpear primero y anticiparme al juego de la contraparte, en vez de tener que rehabilitar a un testigo que ya ha quedado herido y golpeado en su credibilidad.

En base a los consejos dados en este capítulo, veamos un pequeño extracto del examen directo al testigo Sandez, luego de ser acreditado, donde el litigante procura mantener el dominio del testimonio, introduciendo preguntas cerradas de seguimiento para generar imágenes nítidas en los aspectos más centrales, generando así una narración persuasiva de los hechos.

Este es el ejemplo.

P. Le pido que nos relate que sucedió el pasado 22 de mayo en el bar el Sol (pregunta sugestiva introductoria que no daña ni es objetable).

R. Bueno, ese día yo había concurrido al bar de mi amigo Rene Barón a tomar un café para pasar la tarde. Siempre hago lo mismo.

P. ¿Siempre hace lo mismo? ¿Quiere decir que conoce el bar?

R. Claro, todas las tardes voy allí (Aquí el litigante tiene la posibilidad de trabajar el conocimiento del testigo sobre el bar o ir al

las repetitivas, ya sea porque estén destinados a generar prejuicio o tendientes a generar un error en el testigo; las argumentativas, que contienen una aseveración argumentativa; las especulativas, que se basan en puras especulaciones carentes de soporte; y las conclusivas, que buscan una conclusión sobre una área en la cual el testigo no ha acreditado experticia. Al respecto, ver Batista Ortiz, Elpidio, *op. cit.*, p. 464.

punto central, pero opta por lo segundo para ir de lo más importante o lo periférico; dejando ese punto para después, ya que el bar y su aspecto tendrá incidencia en cómo pudo observar todo).

P. Cuénteles al tribunal qué sucedió ese día (pregunta abierta para comenzar el interrogatorio).

R. Bueno entraron dos personas con armas al bar a robar. Recuerdo que uno, que era medio pelirrojo se quedó en la puerta vigilando que nadie saliera, mientras que el restante fue directo a la caja con un arma para robarlo a Rene. (acá quedan varios puntos sin especificar, que requieren de preguntas cerradas; ellos son "arma", "vigilando", "cómo llegaron para marcar la presencia del imputado Donda en el lugar").

P. Permítame que lo interrumpa, quiero llevarlo a un momento anterior. ¿Cómo llegaron al bar? (orden cronológico).

R. Cierto, sí. Lo hicieron en un taxi que se quedó con el motor en marcha y el conductor sentado allí, como esperando.

P. ¿Qué quiere decir con "como esperando"? (se trataba de un puro título, por lo que se utiliza una pregunta cerrada).

R. Bueno, me dio esa impresión, ya que constantemente miraba para adentro, no apagó el motor, les hacía señas y cuando salieron se subieron nuevamente a ese auto y salieron a toda velocidad.

P. ¿Qué clase de señas? ¿Podría graficarlas con su cuerpo? (utilización de lenguaje no verbal).

R. Sí, claro hacía así con sus manos (grafica moviéndolas de un lado para otro).

P. Bien, luego lo voy a llevar a ese tema, pero quiero llevarlo nuevamente a su relato, Ud. dijo que tenía un arma, ¿Qué quiere decir con arma? (cerrada).

R. Era un revolver plateado, de esos que tienen tambor.

P. ¿Sabe de armas? (pretende acreditar la respuesta y le permite demostrar cierta experticia en la materia, ubicándolo como testigo experto).

R. Sí, de más joven me gustaban y tenía una de ellas y practicaba tiro.

P. ¿Cuánto tiempo practicó tiro?

R. Toda la vida. Unos 40 años.

P. Aprovechando su experticia en esa materia, ¿pudo identificar el calibre y el modelo?

R. Era un arma calibre nueve milímetros. No podría precisar la marca.

P. Continúe por favor. ¿Qué sucedió luego? (vuelve a dejar el dominio al testigo).

R. (El testigo cuenta todo el relato sin necesidad de intervención)...

P. Déjeme llevarlo a otro punto, ¿qué pasó cuando salieron del bar? (es un aviso al tribunal que está cambiando de tema).

R. Fueron derecho al auto que lo estaba esperando. Se subieron uno adelante y otro atrás y el conductor salió "arando" como dicen ahora. Me acuerdo que dejó las marcas en el asfalto.

P. ... ¿Cómo dijo? (pregunta para llamar la atención de una respuesta importante. Finge no escuchar).

R. Que dejó las marcas en el asfalto. Salió muy rápido, pareció un auto de carrera en una largada.

P. ¿Notó si hubo algún diálogo entre ellos?

R. Sí, el que estaba al mando del vehículo dijo algo así como "dale, larguémonos". No podría precisar si fue esa expresión, pero si estoy seguro que fue algo así lo que dijo.

P. ¿Cómo era el vehículo? (cerrada).

R. Era un Ford Orión taxi, y me acuerdo que su licencia era n° 12.345.

P. Me está diciendo que era licencia 12.345? (reiteración de la pregunta para llamar la atención).

R. Así es. Eso nos resultó muy llamativo.

En el extracto de examen directo que acabamos de transcribir, quisimos llamar la atención del lector en un interrogatorio que comience con preguntas abiertas, que utilice las cerradas para evitar "puros títulos" y que utilice técnicas para llamar la atención al tribunal. Como vemos el litigante mantuvo en todo momento en dominio de la prueba sin perder la espontaneidad del testigo que se mostró muy sólido en sus respuestas y en las acreditaciones de los temas que tenía pensado abordar. Si el tribunal se queda con la imagen de un testigo sólido y persuasivo, entonces, el litigante habrá hecho su labor en forma satisfactoria.

6.4. Incorporación de prueba material

La información no solo proviene de los testigos y peritos que declaran en juicio. También es posible que surja de otras fuentes, ya sean documentos, informes u objetos secuestrados en el caso. Estas pruebas tienen la característica de tener una menor intermediación con el Juez, ya que han sido obtenidas en otro momento, sin control jurisdiccional.

La forma en que estas pruebas ingresaban a juicio en el sistema inquisitivo, a través de su simple incorporación por lectura, no permitía a las partes controvertir esa información. Sin intermediación ni contradicción, no hay posibilidad de controvertir la prueba, por lo que esa información no reúne la calidad suficiente requerida para sustentar una decisión.

En el sistema adversarial, la prueba material debe ingresar a través de los testigos citados al juicio. Son éstos los que deben incorporar esas evidencias en su relato, brindando a la contraparte la posibilidad de impugnarla y controvertirla.

Como bien señalan Baytelman y Duce, la prueba material se guía por dos principios: el principio de la desconfianza y el del sentido común²¹⁰. A través del primero, no basta con que la acusación sostenga que obtuvo legalmente determinada prueba, ni se permite su incorporación por lectura, de modo tal que es un testigo quien debe ubicar a la prueba material en el lugar donde fue secuestrada. Habrá que valorar luego la calidad de la información y la credibilidad de la prueba, en base a los dichos del testigo para darle sustento, cómo introduce esa información en su relato, si se ha respetado la cadena de custodia, etc. No vamos a desarrollar profundamente este tema, ya que excede los alcances de esta obra. Sin embargo, si sostenemos que habrá que tener presente qué testigo es el más indicado para acreditar la prueba material y utilizarla luego en su relato. A través del segundo principio, se puede precisar si es necesario acreditar una prueba material a través de un testigo, o si su materialización está tan estandarizada que goza de plena confianza y su incorporación puede ser realizada por simple lectura, como ser la incorporación de un ejemplar de un periódico, sobre el cual no es necesario traer a su director para ingresarlo al juicio.

La incorporación de la prueba material que, como sostuvimos, debe estar asentada en la guía analítica que propusimos en el capítulo tercero de esta obra, no puede efectuarse por cualquier testigo. Es preciso verificar qué testigo puede ubicar con mayor exactitud el objeto en el lugar del suceso, como así también quién puede darle mayor correlato con los hechos y justificar el respeto por la cadena de custodia. Una vez que se decide quién es el testigo que habrá de incorporar la prueba

²¹⁰ Baytelman y Duce, *op. cit.*, ps. 261 y ss.

material, se debe analizar en qué parte del relato se presentará la evidencia. Para ello es preciso puntualizar que, en primer lugar, el testigo debe mencionar la existencia de la prueba material y describirla, para luego exhibir el elemento al testigo tendiente a que lo reconozca y lo utilice en su declaración²¹¹.

Veamos, pues un ejemplo para ilustrar someramente estos puntos. Veamos al caso Carmen. La fiscalía debe incorporar como prueba material la marihuana secuestrada en el lugar de los hechos. Para ello debe incorporarla a través del relato del Oficial Jara. En este caso, la acusación debe llevar el examen directo y una vez que el testigo haga mención al elemento secuestrado debe proceder a su incorporación. Este es el caso.

Testigo Jara: Y luego, entonces procedí al secuestro del material encontrado en poder de la imputada Carmen, que lo tenía en el interior de su abrigo.

Fiscal: Sr. Jara, ¿podría darnos más detalles del elemento secuestrado? (1º paso, descripción y detalle).

Testigo: Sí, eran aproximadamente 18 gramos que estaban separados en nueve bolsitas blancas.

Fiscal: ¿Qué hizo con ese elemento?

Testigo: En presencia de testigos, lo rotulé colocando mis iniciales y el número del caso en un sobre transparente y lo envié a Laboratorios Químicos.

Fiscal: Sr. Juez, pido autorización para exhibirle al testigo el efecto nº 1, el que fuera admitido como prueba en la audiencia preparatoria de juicio (2º paso, exhibición y reconocimiento).

Juez: ¿Sr. Defensor?

Defensor: No hay objeciones.

Juez: Proceda.

El fiscal se acerca al testigo y, previo exhibir el efecto a la contraparte, procede a entregar el elemento ya descrito.

Fiscal: Sr. Jara, ¿me puede decir qué es lo que le acabo de exhibir?

Testigo: Sí, es el efecto secuestrado en poder de la Sra. Carmen.

Fiscal: ¿Cómo lo puede aseverar?

²¹¹ Afirma Lorenzo que, para ganar en credibilidad, hay que evitar realizar preguntas sugestivas cuando se le exhibe la prueba material al testigo, del estilo, "¿es este el objeto que Ud. encontró en la cintura del imputado?" Ver, Lorenzo, L., op. cit., p. 197.

Testigo: Porque aquí están colocadas mis iniciales, el nº de caso y son nueve bolsitas, tal como lo relaté.

Fiscal: Pido al Tribunal que tenga por incorporado al juicio el efecto nº 1, como la marihuana que fuera secuestrada en poder de la imputada Carmen.

Juez: Se tiene por incorporado.

Fiscal: ¿Qué hizo luego con ese elemento? (3º paso, utilización de la prueba material en el relato).

Como vemos en el ejemplo, es preciso trabajar fuertemente sobre la prueba material para rodearla de una mayor credibilidad y legitimidad en su incorporación. Debemos tener presente que no toda la prueba material admitida a juicio goza de la misma credibilidad. Es en la audiencia de juicio donde, a través del relato de la prueba, se pesará su credibilidad. De allí la importancia de que el testigo, de ser posible, describa la prueba material, previo a exhibírsela para su reconocimiento.

7.

La descripción del hecho en algunos supuestos en particular¹

7.1. Reconocimientos en rueda y en álbum fotográfico

A diferencia de cómo se observaba al reconocimiento en fila en los sistemas inquisitivos, en que ésta ingresaba al juicio oral a través de la lectura del acta respectiva que daba cuenta del procedimiento realizado y el resultado obtenido, en el sistema adversarial ese mecanismo de incorporación de evidencia es francamente inaceptable. Ello toda vez que no se trata de una prueba independiente y autónoma, ya que el acta en sí no es una evidencia; es tan solo un documento donde se asienta qué dijo el testigo en un procedimiento desplegado en la investigación, ya sea que haya sido realizado en sede policial o judicial, tendiente a identificar a un imputado. Como bien señala Del Villar Delgado, es la persona que realizó el señalamiento la única que puede dar fe del contenido material del acto²¹³. Por otro lado, la incorporación de un acta del modo en que se hacía en el sistema inquisitivo también afectaba seriamente el contradictorio, ya que la contraparte, en este caso la defensa, no tendría manera de discutir ni contradecir la forma en que fue realizada la rueda de reconocimiento, ni contaba con la posibilidad de contraexaminar al testigo que participó en ella, ya que a ese documento se le daba fuerza de prueba autónoma.

²¹² Estos temas también fueron desarrollados en el libro de mi autoría sobre contraexamen de testigos. Sin embargo, teniendo en cuenta que la teoría del caso es un juego de espejos, considero también relevante para la acusación presentar una adecuada investigación y control sobre estos hechos, esto es, el reconocimiento y las detenciones realizadas por hechos flagrantes.

²¹³ Del Villar Delgado, Donaldo Danilo, *Declaraciones previas al juicio oral y sus implicaciones en el descubrimiento probatorio*, Librería Jurídica Sánchez, Medellín, 2012.

La rueda de reconocimiento y el reconocimiento en álbum fotográfico son instrumentos de prueba que han traído muchos inconvenientes en el proceso penal, habiéndose demostrado que muchos de los errores judiciales se deben a su abusiva utilización. Así, el Proyecto Inocencia²¹⁴ ha demostrado el gran margen de error que tienen esos procedimientos probatorios sobre todo si son efectuados bajo ciertas reglas o protocolos²¹⁵. Como consecuencia de la poca fiabilidad que presenta este tipo de medio de prueba, en recientes legislaciones se ha prohibido la utilización del reconocimiento en álbum fotográfico y se han ampliado los requisitos de procedibilidad en cuanto a su integración, mientras que en otras se ha dejado bajo la órbita judicial el control de su modalidad de implementación²¹⁶.

El riesgo de error en la rueda de reconocimiento o "line up", tal como se lo conoce en la doctrina anglosajona, ha sido comprobado a través de diversos experimentos que dan cuenta de los problemas de falibilidad de esta prueba²¹⁷. De modo que la forma en que se ha desarrollado

²¹⁴ Se puede revisar información en <http://www.innocenceproject.org/know>, donde están mencionados todos los casos cuyas condenas fueron revisadas con éxito.

²¹⁵ En el curso dado por el CEJA en Santiago de Chile, el pasado 2 y 3 de septiembre de 2010, titulado "Desafíos y oportunidades en la valoración de la prueba en los juicios orales acusatorios" se trabajó sobre ciertos mecanismos que debieran estar para reducir el margen de error de la prueba de reconocimiento. Así, se menciona que las ruedas de sospechosos sea secuencial (para evitar retroalimentar la memoria), utilizar personal policial que no esté involucrado con la investigación para evitar cualquier tipo de actitud o comentario sobre el caso, registrar en video todo el acto de reconocimiento, son algunos de los puntos más relevantes.

²¹⁶ El Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires lo deja en manos del juez, aunque es un poco laxo en la cantidad de personas que la integran. Así dispone lo siguiente: "Art. 138 Procedencia. A pedido del Fiscal, el Juez, ejerciendo el control de legalidad de la forma en que se realiza la medida, podrá disponer que se practique el reconocimiento de una persona, para identificarla o establecer que quien la mencione o aluda efectivamente la conozca o la ha visto. El reconocimiento podrá efectuarse por medios técnicos, testigos o cualquier medio que permita la identificación. Cuando el imputado o su defensor lo solicitaren, deberá concurrir el juez a presenciar el acto".

²¹⁷ Relata Mazzoni un caso experimental en el cual a un grupo de alumnos se les hacía observar un video de un asalto, sabiendo que luego debían reconocer al culpable en una rueda de seis rostros fotográficos, entre los cuales no estaba el culpable. A una tercera parte de los alumnos se les decía que habían elegido a la persona correcta, a otro tercio se les decía que habían escogido mal y al tercio restante no se les daba ningún tipo de información. A la semana se volvía a realizar el experimento, para ver cómo había operado el "feedback" o retroalimentación. Finalmente, todos los alumnos habían individualizado a alguno de los rostros señalados (aunque el culpable no figuraba allí), con distintos grados de certeza (conf. Mazzoni, C., op. cit., ps. 22/23).

la prueba es información muy relevante para el caso, que requiere ser acreditada a través de proposiciones fácticas.

El margen de error en su resultado es aún mayor si la forma en que se realiza el procedimiento adolece de registros que muestren claramente el procedimiento empleado²¹⁸, como de diversas cuestiones que pueden fortalecer o reducir la falibilidad del reconocimiento. No parece ser igual si el testigo toma mucho tiempo en la identificación o si lo hace rápidamente. Está comprobado que cuando menos tiempo se tarda en la identificación más fiable es su resultado, ya que la memoria, a medida que pasa el tiempo y que el testigo continúa observado personas de rasgos similares se va retroalimentando con las observaciones que realiza hasta confundirse en un mismo plano. Tampoco es igual si al testigo le dejan observar una única vez cada foto o persona, o si le permiten volver para atrás en las fotos. Por la misma razón de evitar la retroalimentación de la memoria, la exhibición de fotos es más fiable si se realiza en forma secuencial, sin autorización para volver a observarlas.

²¹⁸ Así, el recientemente aprobado Código Procesal Penal de Río Negro implica un gran avance al exigir no solo la filmación del acto, sino también reconociendo la importancia de evitar retroalimentar la memoria del testigo. Así establece lo siguiente: "Artículo 135. RECONOCIMIENTOS. Se podrá ordenar el reconocimiento de una persona aún sin su consentimiento, tomando los siguientes recaudos: Previo al inicio del reconocimiento que será presidido por el Juez de Garantías designado al efecto, quien deba efectuarlo será interrogado por el fiscal y/o las demás partes, para que describa la persona de que se trata, diga si antes de ese acto la ha conocido, o visto personalmente o en imagen fotográfica o de otro tipo, o si lo ha vuelto a ver antes de diligencia. La misma se practicará acto seguido advirtiéndole previamente al testigo o víctima que en la rueda de personas que se le pondrá de manifiesto puede o no estar aquel a quien indica como imputado en su testimonio. La misma indicación deberá realizar el personal policial cuando lleve a cabo esta medida. La rueda se formará además del imputado, con al menos tres personas de características morfológicas y vestimenta, que sean similares a las del imputado. La defensa podrá incorporar en la rueda a otras dos personas. El imputado elegirá su colocación en la rueda y el testigo o víctima procederá al reconocimiento desde donde no pueda ser visto, manifestando si se encuentra en aquella la persona que describiera previamente. En caso afirmativo la designará específicamente manifestando las diferencias y semejanzas que observara entre su estado actual y el que presentaba en la época del hecho y que conducta desplegó conforme lo referido en su declaración. Todo reconocimiento -fotográfico o en rueda de personas- deberá ser registrado en video filmación, donde constará el tiempo exacto que demandó el reconocimiento y se deberá interrogar al testigo cuál ha sido el motivo o los motivos por los que reconoció al imputado. Los documentos, objetos y otros elementos de convicción podrán ser exhibidos al imputado, a los testigos y a los peritos para que los reconozcan o informen sobre ellos. También se podrá ordenar el reconocimiento de voces, sonidos u otros objetos de percepción sensorial".

Uno de los motivos por los que se trata de una prueba poco fiable radica en que en el momento en que se realiza la rueda de reconocimiento, el testigo piensa que el imputado efectivamente está allí, sino la policía no lo hubiera llamado y esta circunstancia en sí opera como *feedback* o retroalimentación en la mente del testigo. El testigo se siente comprometido con la investigación y quiere colaborar con ella, por lo que éste "pone todo su empeño en identificar al culpable, aunque éste no se halle presente. Lo cual sucede con frecuencia"²¹⁹.

Otro de los motivos que opera como retroalimentación en la memoria del testigo está dado por la comparación que necesariamente hará en la rueda de reconocimiento al observar a todos los sujetos en línea. Es importante por ello que solo se le permita mantener la vista de a uno por vez, sin permitirle volver para atrás, y debiendo decir cuando reconoce al autor y el motivo de ello, sin permitirle continuar observando al resto.

Por último cualquier diálogo del personal policial que le haga saber la importancia del reconocimiento o que el imputado tiene que estar allí reduce drásticamente la fiabilidad de la prueba.

Es por ello que el registro filmico de toda la prueba para detectar cualquier diálogo entre el personal policial y el testigo, el tiempo en que demora en la selección del supuesto culpable y las características de los involucrados en la rueda es vital para aumentar la credibilidad de dicha evidencia.

La incorporación de un resultado satisfactorio en un reconocimiento en rueda exige por parte de la acusación acreditar cada uno de estos aspectos aquí tratados (prontitud en el reconocimiento, características fisonómicas de los imputados, ausencia de diálogo, presentación de material filmico del acto, entre otros), como así también trabajar para determinar cómo eran las condiciones de percepción del sujeto, las circunstancias del hecho (tiempo, distancia, etc.) y las condiciones de iluminación del lugar, para que tenga legitimidad y persuasión. Las psicólogas españolas Margarita Diges –catedrática de psicología de la Universidad Autónoma de Madrid– y Nieves Pérez Mata –doctora en psicología de la misma universidad– orientan el debate marcan-

²¹⁹ Conf. Mazzoni, C., *op. cit.*, p. 149.

do como ejes centrales a tomar en consideración la mayor o menor fiabilidad del reconocimiento, los siguientes: factores del suceso o del ambiente (duración del suceso y tiempo de exposición de la cara, condiciones de iluminación, número de agresores, etnia del autor versus del testigo y disfraz), y factores del testigo (si se trata de una víctima o un testigo, violencia del suceso y estrés de la víctima, nivel de recursos atencionales, foco en el arma, edad de los testigos y víctimas –niños y ancianos–, consumo de alcohol)²²⁰.

Seguramente todos estos puntos serán investigados adecuadamente y ejecutados por la defensa en el contraexamen y si no queremos ser sorprendidos en la audiencia de juicio, lo mejor que podemos hacer es verificar adecuadamente la credibilidad de ese reconocimiento, antes de decidir si se presentará o no una acusación.

7.2. Supuestos de flagrancia

Al igual que lo dicho en el apartado anterior, el acta de detención y secuestro también era incorporada por lectura en el procedimiento inquisitivo, sin posibilidad de que la contraparte pudiera contradecir el contenido de ese documento. Esto, claramente, tampoco es aceptable en el sistema adversarial, ya que el acta de detención no es una prueba documental en sí. Se trata simplemente de lo que dijo el funcionario policial que ocurrió y cuáles fueron las razones, a su entender, para proceder a la detención del imputado.

El acta de detención no es una prueba en sí, y ese documento no puede ser utilizado por un juez para basar una condena. Es el fiscal quien debe, a través del testigo que resulte más indicado, acreditar todas las proposiciones fácticas que den cuenta cómo se produjo la detención y por qué considera que ésta fue legítima.

En muchos casos la validez o invalidez de una detención se define por pequeños detalles. Ya ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Argentina, que no resulta válida la detención si el personal policial mantuvo "*in pectore*" o para sí, los motivos por los cuales de-

²²⁰ Diges, Margarita y Pérez Mata, Nieves, "La prueba de identificación desde la psicología del testimonio", en AA.VV., *Identificaciones fotográficas y en rueda de reconocimiento*, Marcial Pons, Madrid, 2014, ps. 36/56.

tuvo al imputado, no siendo suficiente tampoco el denominado "olfato policial" como mecanismo de validación de la detención²²¹.

Usualmente los códigos procesales en Latinoamérica son restrictivos para autorizar al personal policial a proceder a la detención de un individuo, quedando esa facultad reservada para los jueces, siempre que exista un pedido fiscal basado en motivos suficientes para presumir que un sujeto ha cometido un hecho y que existan peligros procesales (por lo general, limitados a fuga o entorpecimiento de la investigación, aunque también hay códigos que equivocadamente autorizan la detención preventiva basados en razones de prevención o seguridad de la víctima)²²².

²²¹ Sobre los fallos de la CSJN y el alcance que se le dio a las facultades policiales para detener personas en "flagrancia", ver Carrió, Alejandro, *Garantías constitucionales en el proceso penal*, 5ª edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, capítulo V. Si bien éste no es un libro de fallos, sí el litigante debe tener presente cuáles son los estándares que exige el máximo tribunal para habilitar y convalidar una detención en flagrancia, para poder analizar la calidad de las proposiciones fácticas que debe acreditar en juicio.

²²² El código procesal penal de Chile ha ampliado considerablemente las causales por las que se puede adoptar una prisión preventiva, por fuera de los peligros procesales. La prisión preventiva es una medida que tiende a cautelar el proceso. Así, si la víctima está en peligro, válidamente se puede otorgar una custodia suficiente: Y respecto del peligro para la comunidad resulta de imposible base empírica y va contra el postulado del principio de culpabilidad por el hecho. La norma chilena se basa luego en generalidades para concluir si existe alguno de esos peligros, lo que denota su dudosa legitimidad y constitucionalidad. El art. 140 establece lo siguiente: "Requisitos para ordenar la prisión preventiva. Una vez formalizada la investigación, el tribunal, a petición del Ministerio Público o del querellante, podrá decretar la prisión preventiva del imputado siempre que el solicitante acredite que se cumplen los siguientes requisitos: a) que existen antecedentes que justificaren la existencia del delito que se investiga; b) que existen antecedentes que permitieren presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor, y c) que existen antecedentes calificados que permitieren al tribunal considerar que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación, o que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido, o que existe peligro de que el imputado se dé a la fuga, conforme a las disposiciones de los incisos siguientes. (...) Para estimar si la libertad del imputado resulta o no peligrosa para la seguridad de la sociedad, el tribunal deberá considerar especialmente alguna de las siguientes circunstancias: la gravedad de la pena asignada al delito, el número de delitos que se le imputare y el carácter de los mismos; la existencia de procesos pendientes, y el hecho de haber actuado en grupo o pandilla. Se entenderá especialmente que la libertad del imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad, cuando los delitos imputados tengan asignada pena de crimen en la ley que los consagra; cuando el imputado hubiere sido condenado con anterioridad por delito al que la ley señale igual o mayor pena, sea que la hubiere cumplido efectivamente o no; cuando se encontrare sujeto a alguna medida cautelar personal, en libertad condicional o gozando de alguno de los beneficios alternativos a la ejecu-

Solo se autoriza al personal policial a proceder a la detención en casos excepcionales en los que un sujeto es sorprendido cometiendo un hecho en forma flagrante²²³.

Para determinar la situación de flagrancia no hay un modo único, sino que habrá que ver si existen elementos o indicios objetivos que den cuenta de la comisión de un hecho ilícito, por lo que será vital para el fiscal acreditar proposiciones fácticas precisas, claras y contundentes que den cuenta que en el caso existió una sospecha cierta que habilitaba la detención. Es el Ministerio Público Fiscal quien debe controlar la legalidad de los actos policiales para evitar que sea en el juicio donde advierta un proceder ilegal y la falta de solidez de su caso.

Para ese fin, es vital que la acusación investigue sobre los siguientes ejes:

- personal policial que intervino en el hecho.
- condiciones del lugar (luminosidad, concurrencia de personas en la hora del hecho, etc.).
- actitud del imputado (si estaba corriendo, caminando, hacia donde dirigía su mirada, etc.).
- si hubo terceras personas que alertaron de alguna actividad ilícita.
- si tenía algún elemento ilegal a la vista.

ción de las penas privativas o restrictivas de libertad contempladas en la ley. Se entenderá que la seguridad del ofendido se encuentra en peligro por la libertad del imputado cuando existieren antecedentes calificados que permitieren presumir que éste realizará atentados en contra de aquél o en contra de su familia o de sus bienes".

²²³ Definida en la mayoría de los códigos como supuesto en que acaba de cometer un hecho, está huyendo del lugar de comisión, que es señalado como autor por las víctimas de un hecho que acaba de cometerse o que fuere encontrado con objetos provenientes de un delito recientemente cometido, siendo la inmediatez definida en algunos códigos (Chile 12 horas, art. 130; Ecuador 24 horas, art. 527 del nuevo código único), mientras que en otros no (la mayoría de los códigos de Argentina).

8.

El uso de las declaraciones previas

8.1. Introducción

Uno de los principales cambios en la conformación del plexo probatorio para el juicio oral, radica en el valor que se le otorga a las declaraciones tomadas durante la investigación penal preparatoria. Por imperio de los sistemas mixtos e inquisitivos, era frecuente en la región que, ante la ausencia de un testigo en la audiencia de juicio, se incorporase por simple lectura la declaración prestada por aquél durante la investigación penal preparatoria, siendo indiferente si la defensa había estado o no presente en ese acto.

Incluso era muy común que aún estando presente el testigo en la audiencia, el litigante –principalmente el acusador– le hiciera reconocer su declaración anterior a través de su firma, para luego ingresarla al juicio (el acta respectiva), como prueba material autónoma, permitiendo de ese modo que el tribunal valore una declaración anterior, que no había tenido control alguno de las partes.

Esta forma de incorporar evidencias en juicio no es aplicable en los sistemas adversariales. La declaración testimonial, como medio de prueba, no es otra cosa que el testigo declarando en juicio a través de los principios de inmediación y contradicción, no pudiendo ser suplido por un acta donde conste lo que, supuestamente, éste habría manifestado anteriormente. De allí que en el sistema adversarial implementado en la región, no resulte válido ese tipo de mecanismo de incorporación de información, salvo algunas excepciones debidamente detalladas y que operan como anticipo jurisdiccional de prueba.

El fundamento de esa limitación, que se encuentra presente en la mayoría de los códigos latinoamericanos, es bien sencilla: la información que ingresa de ese modo —por simple lectura— no reúne las condiciones de calidad y contradicción adecuadas para dar fundamento a una sentencia. Es decir, no pasa el filtro de calidad necesario para poder valorar esa información. Tres son los principios fundamentales que mueven esa aseveración. Por un lado, los principios de intermediación y concentración de los actos procesales, según los cuales, la prueba debe ser sustanciada en su totalidad en una audiencia frente al juez y las partes, de modo tal que sea éste quien pueda valorarla adecuadamente²²⁴. Por último el principio del contradictorio, como corolario de la garantía de defensa en juicio, exige que la prueba presentada en juicio pueda ser controvertida y refutada, a través de las técnicas del contrainterrogatorio. Por el contrario, cuando se pretende ingresar por simple lectura una declaración previa se afecta la posibilidad de testear la calidad de la información allí plasmada. De allí que la garantía del contradictorio no debe ser vista solo como una garantía de defensa, sino antes bien, como una garantía de verdad²²⁵, y también como un modo de fortalecer la calidad de las decisiones, al generar un mecanismo para que la información ingresada tenga un estándar de calidad.

A esto hay que agregarle un riesgo adicional: ese documento que se pretende incorporar por simple lectura —acta de declaración testimonial—, la mayoría de las veces no cuenta con la declaración del testigo en sí, sino más bien con lo que un empleado de una institución estatal —la fiscalía o, en su caso, las fuerzas de seguridad— ha interpretado, asentando sus propias palabras antes que las del testigo —prevalece la subjetividad de quien tomó esa declaración—. Al no tratarse de declaraciones registradas en audio y video, el testimonio tomado de ese modo termina asemejándose a un testimonio de oídas, al asentar el funcionario sus pareceres e interpretaciones sobre lo que dijo el testigo, perdiéndose inmediatez con la evidencia.

La incorporación de este tipo de evidencias, al ser contrarias a los principios antes mencionados —intermediación, concentración y contradicto-

²²⁴ Salvo que se trate de anticipo jurisdiccional de prueba, en cuyo caso el legislador frente al riesgo de no poder contar con determinada prueba en el juicio oral, autoriza su producción anticipada.

²²⁵ Conf. Cuzmán, N., *op. cit.*, p. 137.

rio— no pueden ser admitidas en un juicio adversarial, por tratarse de información de muy baja calidad. En palabras de Baytelman y Duce, por cuanto “no hay contacto directo con la fuente de información”²²⁶.

La cantidad de años que lleva vigente este tipo de prácticas —más de cien años en algunos países de la región—²²⁷ provoca que el cambio de lógica de paradigmas sea visto con cierta resistencia por jueces que, no solo han permitido el ingreso al juicio de este tipo de declaraciones escritas, sino que han contado con ellas antes de la iniciación misma del juicio a través del expediente, esto es, ese cúmulo de información que cuenta solo la versión de la acusación y que tiene un poder tan inmenso que vulnera todo tipo de imparcialidad²²⁸. Es por eso que el cambio cultural en este aspecto es realmente muy profundo y las partes aún tienden a pretender ingresar prueba de esta forma, no solo solicitando en la audiencia preparatoria de juicio la incorporación de las actas testimoniales recibidas durante la investigación penal preparatoria —como si se tratase de prueba autónoma y autosuficiente, distinta de la voluntad del testigo—, sino también intentando que el testigo reconozca su firma para, de ese modo, incorporarla como prueba y poder acercársela al tribunal.

El cambio cultural es tan profundo que es necesario que las obras latinoamericanas aborden esta materia en sus manuales de litigación como un capítulo aparte, para así coadyuvar al cambio de prácticas. Es realmente asombroso el apego a lo escrito en estas tierras y el valor que se le da. Se trata realmente de una lucha contra el corazón del sistema escrito, que pretende incorporar al juicio oral información de baja calidad, no controvertida por las partes²²⁹. En este sentido es notable la diferencia entre las obras latinoamericanas y las anglosajonas. Solo las primeras le brindan sumo cuidado al modo con que debe utilizarse una declaración previa, mientras que las segundas

²²⁶ Conf. Baytelman y Duce, *op. cit.*, p. 231.

²²⁷ Son los casos de Cuba, República Dominicana y Puerto Rico, con una larga tradición en juicio oral que data de finales del siglo XIX. Sobre el origen del juicio oral en Cuba, se sugiere la lectura de las obras Rivero Carcía, Danilo y Pérez Pérez, Pedro, *El juicio oral*, ONBC, La Habana, Cuba, 2002, p. 5 y Bodes Torres, Jorge, *El juicio oral en Cuba*, Centro de Publicaciones de la Federación Nacional de Asociaciones Judiciales de Ecuador, FENAJE, p. 27.

²²⁸ Al respecto ver García Yomha, D. y Martínez, S., *La etapa preparatoria...*, *op. cit.*, p. 42.

²²⁹ Al respecto, recomendamos el trabajo de Del Villar Delgado, D., *op. cit.*, p. 53.

no le prestan mayor atención, más allá de su uso para impugnar la credibilidad de un testigo de la contraria²³⁰.

Una primera conclusión que debemos adoptar aquí es que prueba es solo lo que ingresa en el juicio oral a través de la oralidad, la intermediación y la contradicción. Lo anterior, esto es las declaraciones de los testigos durante la investigación, no es prueba sino tan solo evidencias o elementos de convicción que no pueden ser valorados a los efectos del dictado de una condena²³¹.

Solo es admisible como prueba, cuando a una declaración testimonial recibida durante la investigación penal preparatoria se le ha dado trato de anticipo probatorio, y no se puede contar con el testigo en el juicio oral²³²; cuando hay acuerdo de partes en su incorporación por lectura²³³, o cuando la ausencia del testigo es imputable a la parte contraria a esa declaración²³⁴. Fuera de esos casos, la incorporación por

²³⁰ Así, las obras angloamericanas solo le dedican un capítulo bajo el título de "impeachment".

²³¹ Así, por ejemplo, el Código Procesal Penal de Chubut, que establece en su artículo 325 lo siguiente: "Durante la audiencia, los testigos y peritos deberán ser interrogados personalmente. Su declaración personal no podrá ser sustituida por la lectura de los registros en que constaren anteriores declaraciones o de otros documentos que las contuvieren, sin perjuicio de lo dispuesto en este artículo...". En igual sentido, el Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 241).

²³² Así, el Código Procesal Penal de Río Negro, recientemente aprobado y que entrará en vigencia a comienzos del año 2017 dispone en su artículo 150 lo siguiente: ANTICIPO JURISDICCIONAL DE PRUEBA. Las partes podrán solicitar el anticipo jurisdiccional de prueba únicamente en los siguientes casos: 1) Cuando se trate de una diligencia de prueba que deba ser considerada de naturaleza no reproducible. 2) Cuando se trate de un testimonio que por razones excepcionales y debidamente acreditadas se considere que no podrá recibirse durante el juicio. 3) Cuando el imputado esté prófugo, o exista un obstáculo fundado en un privilegio constitucional y se tema que el transcurso del tiempo pueda dificultar o impedir la conservación de la prueba. 4) Cuando deba recibirse testimonio de víctimas de delitos contra la integridad sexual, menores de 16 años, y testigos menores de edad si se toma con la modalidad de Cámara Gesell y con el auxilio de profesionales especializados. En ese caso, previo a la iniciación del acto, el Juez debe hacer saber al profesional a cargo de la entrevista las inquietudes propuestas por las partes, así como las que surgieren durante el transcurso del acto, las que deben ser canalizadas teniendo en cuenta las características del hecho y el estado emocional del menor.

²³³ Así, entre otros, el art. 239, inciso 2do, del CPP de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

²³⁴ Las reglas de evidencia son bien precisas en torno a los casos en que es admisible la declaración anteriormente prestada. Y dentro de estos supuestos se contempla el caso en que el testigo no está disponible como consecuencia del accionar de la contraparte. Así, la regla 806 de evidencia de Puerto Rico establece: "No se entenderá que una persona declarante está no disponible como testigo

lectura de una declaración testimonial presenta grandes costos en la legitimidad de la construcción de la decisión judicial, por afectación a los principios de intermediación y contradicción²³⁵.

8.2. El uso de las declaraciones previas

Entendemos por declaración previa a cualquier manifestación que haya realizado el testigo con anterioridad al juicio. Podrá tratarse de una declaración prestada en sede de la fiscalía, en sede policial, o de cualquier otra expresión realizada por el testigo, ya sea dirigiéndose en un procedimiento administrativo (pudiera ser una presentación realizada en un seguro, en un banco, etc.) o a otra persona a través de una misiva. Como no se trata de una prueba autónoma que requeriría cierta formalidad destinada a resguardar la credibilidad de su contenido, es irrelevante el medio o lugar donde esa expresión fue realizada.

Que la manifestación previa no sirva como prueba no quiere decir que no tenga ningún valor en el juicio oral. Las expresiones vertidas por el testigo con anterioridad al juicio, pueden tener una enorme implicancia

si ello ha sido motivado por la gestión o conducta de quien propone la declaración con el propósito de evitar que la persona declarante comparezca o testifique" (el sistema de los Estados Unidos en materia federal tiene una regla de evidencia similar, bajo el n° 804). A contrario sensu, si el testigo no es habido por la conducta de la parte contraria, se lo considera como no disponible y puede ser incorporado su testimonio anterior. El tema fue abordado en el precedente *Ciles vs. California*, 554 US 353 (2008), en el cual a Giles se le imputa el homicidio intencional de su pareja anterior. En este caso se determinó que el imputado había perdido el derecho a interrogar a la víctima, por cuanto esa posibilidad no estaba disponible en razón de su propio comportamiento y, por consiguiente, resultaba pertinente la incorporación por lectura de ese testimonio. El caso es citado en Schiavo, Nicolás, *Valoración racional de la prueba en materia penal*, Del Puerto, Buenos Aires, 2013, p. 40.

²³⁵ El uso del anticipo jurisdiccional de prueba debe ser limitado a lo absolutamente necesario, ya que implica un costo en la vigencia de los principios procesales que rigen en la formación de las pruebas. Por un lado, cuando se produce anticipadamente la prueba es posible que la defensa aún no tenga definida su estrategia del caso, por lo que no podrá, en ese caso, realizar un genuino contrainterrogatorio. Por otro lado, se trata de una prueba que no guarda el principio de concentración. Este principio no solo está pensado en función del juez —concentrar toda la información e una o varias audiencias sucesivas— para tener una imagen global del caso, sino también en favor de las partes, para poder tener una única estrategia de defensa de sus intereses. Al no estar relacionadas con el resto de las pruebas, resulta sumamente difícil controvertir esa información. En igual sentido, Horvitz Lennon y López Masle, planteándolo desde el sistema chileno que no cuenta con sistema de video en las audiencias de juicio oral, sostiene que el uso de la prueba anticipada debe ser utilizado restringidamente, ya que la prueba se produce frente a un tribunal diferente del que debe juzgar, afectándose así la intermediación con la prueba (Horvitz Lennon y López Masle, *op. cit.*, p. 287).

en la credibilidad de su testimonio. Nadie estaría dispuesto a creerle a un testigo que cambia constantemente su versión de los hechos, puesto que no podríamos saber cuál de todas es la narración verídica.

Básicamente tres son los usos que se le puede dar a una manifestación previa de un testigo. En primer lugar, las declaraciones previas tienen una enorme utilidad para la preparación y planificación de un juicio oral. Sostuvimos durante lo largo de esta obra que el juicio oral no es un escenario destinado a la búsqueda de información, sino que al contrario, es el sitio donde habremos de presentar la información ya relevada y favorable a la hipótesis que pretendemos sostener en juicio. De modo tal que las declaraciones previas son una de las herramientas más sólidas con que cuentan los abogados para preparar su caso y verificar qué información habrán de presentar. Decimos que es una de las herramientas más sólidas ya que un abogado no puede quedarse solo con lo que está "plasmado en el legajo". Debe realizar tareas de investigación para aumentar su conocimiento sobre el caso, evitando quedarse paralizado con lo redactado y formalizado. Los testigos suelen tener un conocimiento más amplio de los hechos que lo que se transcribe en un informe levantado durante la investigación. Esta información será relevante tanto para quien lo presenta como testigo propio (preparación del examen directo), como para quien debe preparar las líneas del contrainterrogatorio y requiere de información confiable.

El segundo uso de las declaraciones previas está centrado en reforzar el testimonio en el examen directo. Se trata de "refrescar la memoria" del testigo sobre aquellos puntos que no recuerda en el juicio, a través de lo documentado en las declaraciones previas.

En tercer lugar, la declaración previa sirve para evidenciar una inconsistencia en el relato del testigo, permitiendo al abogado de la contraparte que exhiba lo que éste declaró con anterioridad para confrontarlo con la versión contraria que está brindando en juicio. Se trata de un uso que tiende a impugnar la credibilidad del testimonio.

Como se advierte lo más usual es que el mecanismo para refrescar la memoria al testigo esté destinado casi exclusivamente al examen directo, mientras que evidenciar una inconsistencia es una práctica destinada al contraexamen. Si presentamos a un testigo para el juicio, lo más usual es que queramos acreditarlo, mientras que si es un testigo

hostil a nuestra historia, estaremos dispuestas a impugnar su credibilidad. Sin embargo, no debemos caer en miradas formales y rígidas. Las reglas del litigio son mecanismos destinados a brindar a los litigantes herramientas para poder controvertir información y brindar una versión persuasiva de su caso. De modo que pudiera darse el caso en que queramos fortalecer lo que dijo nuestro testigo (examen directo) ni bien fue entrevistado, ya que esa versión nos es más favorable en comparación con el relato que hoy brinda en la audiencia de juicio. En ese caso el evidenciar la inconsistencia nos permite mostrar al tribunal lo que dijo antes y por qué debe creer a esa versión. Del mismo modo, pudiera ser un testigo hostil a nuestro caso (contraexamen), pero que una pequeña porción de su relato –obviado en el examen directo– nos es favorable. Entonces podremos utilizar la declaración no ya para impugnarlo, sino antes bien, para refrescarle la memoria²³⁶.

8.3. Refrescar la memoria al testigo

Parece bastante razonable que un testigo, que ya ha prestado una declaración durante la investigación penal preparatoria, olvide algún dato allí relatado. Es más, diría que es poco frecuente que una persona tenga la capacidad para narrar dos veces un hecho en forma idéntica. Seguramente en cada relato sumará elementos antes no narrados y olvidará algunos planos que antes detalló. Precisamente para evitar estos inconvenientes un abogado litigante debe preparar el relato de su testigo, entrevistándose con aquél y verificando la información más relevante del caso. Una buena entrevista personal con el testigo minimizará los riesgos de olvido y focalizará en él la importancia del acto que habrá de prestar.

Aún así, sigue existiendo un riesgo latente de que el testigo olvide algún plano importante de su relato. Las declaraciones previas son un elemento sumamente útil para poder refrescar la memoria del testigo y permitir que ingrese esa porción olvidada del relato. Sin embargo, no toda duda merece ser refrescada. La utilización de una declaración previa siempre tiene un costo en credibilidad. Estamos exhibiendo a un testigo que no puede dar un relato preciso y completo, ya que parece tener lagunas en algunos planos de la historia. Esta circunstancia, que seguramente

²³⁶ Sobre el mecanismo para impugnar credibilidad del testimonio o refrescar la memoria del testigo hostil, ver Rúa, G., *op. cit.*, ps. 140 y 152.

nuestra contraparte se ocupará de remarcar y "colocar en negrita" en los alegatos de clausura, exige un manejo cuidadoso antes de utilizar un documento que, no solo permitirá acreditar una proposición fáctica sino que, como contracara, exhibirá una debilidad en el relato del testigo (impacto negativo en su credibilidad).

Utilizar una declaración previa para refrescar la memoria de un testigo es una decisión profundamente estratégica en la cual el litigante debe analizar los costos y beneficios que ello implica. Debe realizar un análisis de control de daños. Habrá casos en los que la utilización de la declaración previa no tendrá mayor impacto en la credibilidad del testigo, ya que la versión ha sido muy confiable y sólida en la totalidad del relato. En ese caso vale la pena asumir los costos de su uso. Sin embargo, habrá casos en los que la utilización de ese documento calará hondo en la credibilidad del testigo, por lo que será mejor no intentar su uso.

No es posible fijar una regla clara y precisa que le indique al litigante, cuál hoja de ruta, en qué casos es aconsejable recurrir a una declaración previa. Más sí es posible puntualizar que habrá de tener en consideración que tan central es la información no precisada por el testigo. Si se trata de un plano central del relato que no podremos acreditar con otra prueba, habrá que asumir el riesgo de pérdida de credibilidad y utilizar el mecanismo de refrescar la memoria del testigo. Por el contrario, si se trata de un dato periférico en el relato o aunque siendo central éste podrá ser acreditado con otra prueba, entonces será mejor no recurrir a la declaración previa.

Cuando el litigante considere que es aconsejable el uso de una declaración previa para refrescar memoria, es preciso que se maneje con extrema precaución si pretende incorporar eficazmente la información faltante y no quiere terminar siendo objetado en su actuación. Debemos tener presente que el hecho que los códigos autoricen el uso de las declaraciones previas para refrescar la memoria del testigo²³⁷, no implica que el abogado pueda exhibírselas de cualquier modo y en cualquier momento. Se requiere en primer lugar generar el escenario adecuado donde el testigo exhiba dudas sobre algún punto del relato. Luego es absolutamente necesario que el testigo indique que la lectura de su

²³⁷ Así, entre otros el Código Procesal Penal de Entre Ríos (art. 446), de Chubut (art. 325), Código Nacional de Procedimientos Penales de México (art. 376).

anterior declaración podría ayudarlo a recordar los hechos. Por último, permitirle que lea parte de su declaración para acreditar esa proposición fáctica que había olvidado.

Para cumplir con estos objetivos, el abogado debe tener un plan de acción que le permita moverse cómodamente en la audiencia. El plan metódico que trabajaremos aquí no es un esquema formal de trabajo ya que no está contemplado en ninguna normativa. Se trata tan solo de un formato de pasos que permite al litigante evitar objeciones de la contraparte y generar un buen escenario que termine por reducir el impacto en la credibilidad de su testigo.

Veamos, pues, los pasos a seguir.

a. Generar el escenario de duda y la existencia de una declaración previa

En primer lugar, es preciso generar un escenario de duda en el relato del testigo. Debe haber algún punto en el cual no recuerde cómo sucedieron los hechos. No hay que confundir lo que es un escenario genuino de duda —donde el testigo refiere concretamente no recordar un punto sobre el cual es interrogado—, de un defecto de litigación en el cual es el abogado quien, con sus preguntas, no consigue la respuesta que esperaba y pretende avanzar sobre la declaración previa para obtener esa información. Si el testigo no dice nada sobre un punto simplemente hay una omisión en su relato (falta de preguntas cerradas) y, por ende, no hay posibilidad alguna de usar una declaración previa.

En un relato pueden ocurrir tres variables no esperadas. Es posible que el testigo no aborde el tema que pretendemos que trabaje (por ejemplo Sandez en el caso Donda, nada dice sobre el número de matrícula del taxi), que de una información errónea o distinta a lo que declaró con anterioridad (ahora dice que el número de matrícula era 54.321, cuando antes refirió que era 12.345), o que refiera alguna duda o no recuerde una información. Solo en el último supuesto se genera el escenario que habilita al litigante a utilizar una declaración previa para refrescar memoria. Mientras que en el primer supuesto el abogado deberá realizar preguntas cerradas de seguimiento para intentar conseguir la respuesta sobre el punto —o, en su caso, el escenario de duda que habilite el uso de la declaración para refrescar memoria—, en el segundo se genera un es-

cenario que habilita el uso de la declaración previa pero para evidenciar una inconsistencia –claramente no es la mejor de las situaciones porque un testigo que da dos versiones de los hechos pierde credibilidad–.

Es importante que el litigante no corra desesperado hacia la declaración previa. Su uso debe ser nuestra última opción por los costos que acarrea en credibilidad. Muchas veces el uso de la declaración previa se debe más a una mala técnica de litigación –falta de preguntas cerradas de seguimiento que hubieran permitido al testigo recordar el punto– que a una verdadera situación de necesidad. Antes de su uso debemos rodear el tema olvidado con preguntas cerradas de seguimiento para ver si logramos obtener la información buscada.

Una vez que hemos generado el escenario adecuado, el abogado debe dar cuenta de la existencia de una declaración previa y la importancia que tiene ésta para que el testigo pueda recordar el punto. Es preciso puntualizar que el abogado debe aprovechar el permiso de uso de preguntas sugestivas –no es un hecho controvertido, sino más bien periférico– para exhibir estos planos.

Veamos un ejemplo en el caso Donda.

Abogado: ¿Y qué sucedió luego?

Sandez: Se retiraron rápidamente en un taxi que los estaba esperando en la puerta.

Abogado: ¿Qué datos recuerda de ese vehículo?

Sandez: Que era un taxi, que era marca Ford. Pero tenía alguna particularidad en el n° de matrícula que no recuerdo bien.

Abogado: Trate de recordar. Póngase en ese lugar. ¿Qué es lo que le llamó la atención del n°? (el abogado ya tiene el escenario de duda, sin embargo no corre desesperado a la declaración previa).

Sandez: Sí, recuerdo que era un número muy particular que iba de uno en uno, pero no logro recordar ahora con precisión cuál era.

Abogado: Sr. Sandez, ¿Ud. ha prestado una declaración antes por este hecho? (a partir de aquí el abogado trabaja con preguntas sugestivas periféricas).

Sandez: Sí, lo hice.

Abogado: Y lo hizo en la policía, ¿no es verdad?

Sandez: Así es.

Abogado: ¿Y fue el mismo día de los hechos?

Sandez: Sí. La policía nos llevó desde el bar para no perder tiempo otro día.

Abogado: En ese momento Ud. tenía todo más fresco que hoy. ¿No es así?

Sandez: Sí, claro, solo habían pasado unas pocas horas.

Abogado: Y en esa declaración Ud. dijo todo lo que recordaba, ¿No es verdad?

Sandez: Absolutamente.

Abogado: Y Ud. debió firmar la declaración. ¿Antes de firmarla verificó que todo lo que escribieron fuese correcto?

Sandez: Sí, la leí dos veces.

Abogado: ¿Le sería de utilidad que le exhiba su declaración para ayudarlo a recordar esos datos de la matrícula?

Sandez. Sí, sería de mucha utilidad.

b. Exhibir y reconocer la declaración previa

Una vez que hemos exhibido al tribunal la necesidad de usar la declaración previa, es preciso que el abogado acredite que efectivamente el documento que le acercará al testigo es aquél al que éste hizo referencia. Para tal fin, se requiere que el abogado exhiba previamente el documento a la contraparte (mecanismo de control de la información) y trabaje nuevamente con el testigo los puntos necesarios para acreditar esa declaración.

Cabe puntualizar que tanto el primer paso como éste, están concatenados y encaminados a acreditar que cuándo el testigo declaró por primera vez tenía todos los hechos mucho más frescos en la memoria y que verificó la información antes de firmarla. Si logramos acreditar fuertemente estos dos puntos, seguramente habremos disminuido el impacto negativo en la credibilidad que suele provocar el uso de declaraciones previas.

Veamos los pasos siguientes en el caso hipotético trabajado.

Abogado: Pido autorización al Tribunal para acercarme al testigo a exhibirle su declaración, previo control de partes.

Juez: ¿Abogado defensor?

Defensor: No hay oposición.

Juez: Adelante.

Abogado: (Se acerca a la contraparte para mostrarle la declaración que le exhibirá al testigo). Sr. Sandez, ¿me puede decir que fecha tiene el documento que le exhibo?

Sandez: El 8 de julio. Precisamente el día del hecho.

Abogado: ¿Está su firma en la declaración?

Sandez: A ver... Sí, al final de la misma. Esa es mi firma.

Abogado: Y allí está asentado todo lo que recordó el día del hecho. ¿No es verdad?

Sandez: Sí, como le dije. Así fue.

c. Lectura de la declaración y acreditación del hecho

Una vez que hemos acreditado la declaración previa es preciso verificar si el testigo, luego de leerla, recuerda los hechos que no había podido precisar. Para tal fin, se debe solicitar al testigo que lea para sí aquella porción de su declaración que es relevante para el punto. No se le puede permitir al testigo que lea toda su declaración. Ello no está permitido, ya que el tribunal no podría luego distinguir lo que el testigo sabe sobre el hecho por recordarlo o porque recién lo leyó. Solo puede leer una porción del relato y para sí. Tampoco se permite la lectura a viva voz, puesto que de ese modo, aún cuando el testigo refiriese que no recuerda el punto, el tribunal estaría recibiendo esa porción del relato.

Solo luego de que el testigo lea para sí la parte marcada –y controlada por la contraparte– se lo podrá interrogar respecto de si recuerda el punto.

Continuemos con el ejemplo.

Abogado: Sr. Sandez, le pido que lea para Ud. el párrafo que le he marcado con resaltador en su declaración (éste párrafo debe estar marcado al momento de exhibírsela a la contraparte).

Se le acerca la declaración, y se deja al testigo leer la parte marcada.

Abogado: Sr. Sandez, ¿ya terminó su lectura?

Sandez: Sí.

Abogado: ¿Me permite nuevamente su declaración?

Se le retira la declaración, ya que solo se le permitió tenerla para ver si recuerda el punto.

Abogado: Sr. Sandez, le vuelvo a realizar la pregunta. ¿Recuerda el número de la matrícula del taxi?

Sandez: Sí, ahora lo recuerdo. El número de matrícula era 12.345.

Abogado: ¿Y por qué recordó ese dato? ¿Qué lo llevó a recordarlo? (se trata de una pregunta tendiente a fortalecer la credibilidad de la respuesta).

Sandez: Ahora lo recuerdo porque era muy cómico el número, ya que era correlativo. Recuerdo que estuvimos bromeando toda la semana con ese número.

Abogado: Bien, vayamos a otro punto...

Como vemos en el ejemplo dado, el que hemos fraccionado en tres etapas por fines didácticos, se trata de un procedimiento que tiende a obtener una respuesta no recordada por el testigo, pero que no implica en modo alguno incorporar una declaración previa como prueba. La prueba sigue siendo la declaración del testigo en juicio, solo que se ha valido de un documento para realizar determinadas precisiones. Más si el testigo no llega a recordar el punto, esa declaración previa no tendrá valor alguno como prueba autónoma.

9.

La preparación del testigo

9.1. La costumbre en América Latina

Supongamos por un momento la siguiente situación. Tenemos un estudio jurídico y viene un potencial cliente para consultarnos respecto de si es conveniente presentar una demanda por daños y perjuicios debido a un accidente que sufrió en la vía pública al tropezar por una vereda en mal estado, sin señalización, cayendo luego en un pequeño pozo. Como consecuencia de la caída sufrió la fractura en un tobillo y debió guardar reposo por un mes. Consultamos al cliente sobre posibles testigos y nos refiere que tiene los nombres de dos potenciales testigos, aunque no sabe a ciencia cierta qué tanto observaron el accidente, la caída y el estado de la acera. Luego de escucharlo, le hacemos referencia de que iniciaremos una acción por daños. Frente a la consulta del cliente sobre el eventual resultado de la demanda, le decimos que es incierto, ya que depende no solo del criterio del juez, sino en mayor medida de qué podamos probar con la declaración de los testigos. Le explicamos que será muy relevante saber qué observaron y que, si perdemos el caso deberá hacerse cargo de las costas del proceso que son muy onerosas. El cliente, que a esta altura nos mira asustado, nos pregunta, o mejor dicho sugiere, que entrevistemos a los testigos, a lo que nosotros le respondemos que no podemos, que "eso se verá en el juicio", y que entrevistarlos puede ser mal visto porque "podría interpretarse como que estamos sugiriendo lo que deben declarar". El cliente a esta altura no solo le parecerá absurda la respuesta. También se irá de un portazo en busca de alguien, cuanto menos, un poco más responsable y profesional. Todos estaremos de acuerdo con lo razonable de la reacción del

cliente y lo irrazonable de la conducta del abogado. Ahora bien, ¿por qué no pensamos igual cuando de un juicio penal se trata? ¿Qué es lo que nos frena al momento de entrevistar testigos en América Latina?

Es cierto que no existe la práctica en Argentina ni en el resto de América Latina de entrevistar testigos para identificar las porciones más relevantes del relato y el conocimiento que éstos tienen de los hechos. A pesar de los años que demora el sistema inquisitivo en que un caso arribe al juicio oral²³⁸, pareciera que los operadores encuentran como más razonable esperar a la audiencia de debate para enterarse allí qué recuerdan y saben los testigos del hecho, antes que verificar esa información en una entrevista y decidir fundadamente si es aconsejable o no presentar una acusación. Después que no nos llame la atención las irrazonables respuestas de los litigantes que, frente a la pérdida del caso por una mala planificación, pretenden descargar sus culpas sobre los testigos y su "mala memoria". Como dice Goldberg, "los testigos no arruinan los casos, solo los abogados lo hacen"²³⁹.

Si el juicio oral es el momento de presentar la información y no de buscarla²⁴⁰ —para ello está la investigación penal preparatoria—, de allí es posible derivar la facultad de las partes de entrevistar testigos²⁴¹ y de realizar una investigación exhaustiva²⁴², aunque aún se pretende imponer un límite a la investigación de la defensa, contrariando al principio de igualdad de armas. El cambio cultural en la región es fuerte sobre este aspecto. Por ello, aún en los procesos más adversariales, es frecuente que todavía se observe, cuanto menos con cierta desconfianza, las afirmaciones de un

²³⁸ Nos referimos al régimen federal y a los sistemas vigentes en las provincias de Tierra del Fuego, Santa Cruz, San Luis, San Juan y Misiones. Las provincias de La Rioja, Corrientes y Formosa también mantienen ese modelo, pero tienen proyectos de códigos adversariales presentados en las respectivas legislaturas.

²³⁹ Conf. Goldberg, S., *op. cit.*, p. 79.

²⁴⁰ Conf. Baytelaman y Duce, *op. cit.*, p. 141. Por ello, precisamente, no podemos formular una pregunta si no conocemos la respuesta.

²⁴¹ Así lo entiende Neyra Flores quien afirma que "La preparación del testigo para que declare en juicio es una consecuencia obvia de adoptar un sistema acusatorio oral" (Neyra Flores, José Antonio, *Manual del nuevo proceso penal y de litigación oral*, Idemsa, Lima, Perú, 2010, p. 831).

²⁴² Como señala Bailey, la preparación de un juicio es una tarea agotadora y laboriosa que requiere de una previa investigación (Bailey, L., *op. cit.*, ps. 96/97).

testigo que fue entrevistado por alguna de las partes²⁴³. La cultura inquisitiva y su paradigma de búsqueda de una única verdad que debe salir a la luz en un proceso oral, sigue de alguna manera vigente en nichos más reducidos que impiden que algunas prácticas, necesarias para el proceso penal, puedan salir a flote. Y la entrevista a los testigos es una de ellas. Es por eso que si ha habido una entrevista a un testigo y en el contraexamen surge una línea de interrogación sobre ese extremo, es posible que aquél mire aterrado sin saber qué contestar, por cuanto desconoce si esa entrevista es legal o ilegal. Una reunión previa al juicio podrá ser catalogada de legal o ilegal según cual fuere su contenido. Es preciso que cuando tengamos una entrevista con el testigo, éste sepa que esa reunión previa es absolutamente legal y que no dude en afirmar que efectivamente se contactó con el fiscal, con la defensa, o con ambos, según sea el caso.

La desconfianza existente en las reuniones entre los testigos y las partes tiene una raíz cultural. Se trata de una práctica propia del modelo adversarial que se intenta incorporar en una región donde por quinientos años rigió el sistema inquisitivo. Los problemas culturales no se solucionan normativamente. Si hay algo que nos enseñó estos más de veinte años de procesos de reforma en América Latina, es que una política de implementación de un nuevo modelo no se resuelve solo con cambios normativos²⁴⁴. Se requiere un fuerte trabajo en la organización de las instituciones, en la capacitación de los operadores y una política pública mantenida en el tiempo para generar transformaciones culturales.

Sumado al problema cultural, no contamos —salvo alguna excepción— con una regulación normativa en lo atinente a la forma de llevar a cabo las entrevistas y la preparación de los testigos, más allá de los códigos de ética que regulan genéricamente la actividad profesional de los litigantes, pero que no se centran en esa cuestión. Una regulación

²⁴³ A pesar de que el Ecuador tiene un código adversarial, recuerdo que en las capacitaciones llevadas a cabo en Cuayaquil en los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2012, al trabajar sobre preparación de testigos, los fiscales nos contaban que allí no estaba bien visto una entrevista con un testigo, ya que no era una práctica que se llevara a cabo en el Ecuador. Sin embargo, el código en ningún lugar lo prohíbe.

²⁴⁴ Ese pensamiento es el que Binder denomina como "fetichismo normativo". Así, el autor refiere que "Cambiar la justicia penal no es cambiar un código procesal por otro. Entonces, ¿qué es? Se trata de introducir en el campo de la justicia algunas nuevas prácticas reactivas de la tradición inquisitorial" (Binder, A., *op. cit.*, p. 28).

sobre los límites de las entrevistas entre partes y testigos, deteniéndose en qué puede hacer un litigante y qué le está prohibido, sin duda ayudaría para un adecuado manejo y control de la preparación de los testigos. Fuera de ello, no existe norma alguna que prohíba hoy día ese tipo de contacto, aunque cualquier sugerencia o indicación del abogado al testigo para que declare falsamente sobre un hecho, realizando afirmaciones falsas o negando al ser interrogado aspectos que conoce, implica una participación en el delito de falso testimonio²⁴⁵.

9.2. Declaración previa y entrevista previa

Es necesario distinguir una declaración previa de lo que entendemos por una entrevista o reunión con el testigo. Cuando estamos haciendo referencia a una entrevista de la parte con su testigo, no estamos hablando de la declaración prestada durante la investigación penal preparatoria y que está contenida en el legajo, ya sea que ésta se reciba de manera más o menos formalizada y que quede registrada en papel, soporte de audio o video.

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

Esta entrevista puede desarrollarse en la sede de la parte (fiscalía, defensoría, estudio jurídico) o en un lugar pactado (ya sea en el domicilio personal o laboral del testigo, o en un sitio intermedio)²⁴⁶. La selección del

²⁴⁵ En la Argentina el falso testimonio está contemplado en el art. 275 del Código Penal que establece lo siguiente: "Será reprimido con prisión de un mes a cuatro años, el testigo, perito o intérprete que afirmare una falsedad o negare o callare la verdad, en todo o en parte, en su deposición, informe, traducción o interpretación, hecha ante autoridad competente. Si el falso testimonio se cometiere en una causa criminal, en perjuicio del inculpado, la pena será de uno a diez años de reclusión o prisión. En todos los casos se impondrá al reo, además, inhabilitación absoluta por doble tiempo de la condena".

²⁴⁶ Es indistinto que sea una sede oficial (fiscalía, defensa pública) o un estudio jurídico. Tampoco es relevante si quien entrevista es o no funcionario público. Lo central está en cómo se lleva a cabo la entrevista para cumplir adecuadamente sus objetivos.

lugar donde se desarrolle la misma depende de varios factores, como ser la predisposición del testigo a colaborar –no será idéntica tratándose de la víctima del caso, que un testigo absolutamente desinteresado en él–, la importancia del testimonio en el caso, etcétera. En líneas generales, podemos afirmar que es preferible que la entrevista y preparación del testigo se realice en la sede legal de la parte –siempre que contemos con la buena predisposición del testigo–, ya que es una manera de darle cierta formalidad al acto, evitando que luego éste se vea sorprendido por la solemnidad de la audiencia de juicio. Una buena entrevista debe recrear, de la mejor manera posible, la forma en que luego ese acto se desarrollará. Una sala de audiencias es un lugar muy formal y debemos darle esa imagen al testigo. Por eso incluso en casos muy relevantes, de ser posible, es importante que el testigo conozca la sala de audiencias para familiarizarse más con el escenario.

La entrevista no guarda la misma finalidad que tiene una declaración durante la investigación penal preparatoria. En ésta, se tiende a registrar los dichos del testigo (de modo más o menos completo) para que, en caso de no recordar algún elemento relevante, la parte pueda utilizar la declaración previa para "refrescarle la memoria", bajo un procedimiento que le dé sustento y credibilidad²⁴⁷. Del mismo modo, le sirve a la contraparte para poder, eventualmente, "evidenciar inconsistencias" del testimonio al tribunal²⁴⁸. Por esa razón, toda declaración previa debe ser exhibida a la contraparte y así pueden solicitarlo durante la audiencia preparatoria de juicio para preparar sus líneas de contraexamen²⁴⁹. Por el contrario, la entrevista previa no tiene por finalidad contar con una nueva versión del testigo para suplir su falta de memoria

²⁴⁷ Al respecto, ver el capítulo octavo de esta obra.

²⁴⁸ Sobre este mecanismo, ver Rúa, G., *op. cit.*, ps. 137 y ss.

²⁴⁹ Así, el Código Nacional de Procedimientos Penales de México, establece en su art. 337, el descubrimiento probatorio en la etapa intermedia. Así, reza: "Descubrimiento probatorio. El descubrimiento probatorio a cargo del Ministerio Público, consiste en la entrega material a la defensa, de copias de los registros de la investigación, como del acceso que debe dar a la defensa respecto de las evidencias materiales recabadas durante la investigación. La entrega de las copias solicitadas y el acceso a las evidencias materiales referidas, deberá efectuarlo el Ministerio Público inmediatamente que le sea solicitado por la defensa. Por su parte, el descubrimiento probatorio a cargo de la defensa, consiste en la entrega material al Ministerio Público de copia de los registros con los que cuente y que pretenda ofrecerlos como medios de prueba para ser desahogados en juicio. La defensa solo estará obligada a descubrir aquellos medios de prueba que pretenda llevar a juicio como prueba".

en la audiencia²⁵⁰. Tiene por objeto trabajar con el testigo explicándolo en qué consiste el acto procesal, verificar qué recuerda, conocer toda la información con la que cuenta para evitar luego formular preguntas riesgosas en juicio y reconocer cuáles son los puntos fuertes de su testimonio. Usualmente es un acto que no se registra ni se deja copia. Eventualmente un litigante podría registrarlo, situación que lo obligaría a exhibirlo y hacérselo saber a la contraparte para que pueda utilizarlo luego²⁵¹. Sin embargo, no parece ser aconsejable ese registro, por cuanto ya estaría evidenciando una debilidad consistente en que estaremos exhibiendo que el testigo ahora recuerda algo que antes de la entrevista no tenía presente, pese a que en esa oportunidad estaba en fecha más cercana a los hechos. Esta circunstancia podría generar ciertas suspicacias sobre la veracidad y credibilidad de ese testimonio.

Al no ser un acto que usualmente se registre, y tratándose en definitiva de una reunión entre una parte con su testigo, no solo no se requiere la presencia de la contraparte, sino que aún si solicita estar presente en la entrevista, puede válidamente negársele tal autorización.

9.3. Los objetivos de una entrevista previa con el testigo

La entrevista tiene básicamente dos objetivos. Por un lado, verificar información que pudiera faltarle al litigante. Por el otro lado, se trata de preparar al testigo para el acto, practicar su testimonio y revisar su contenido. Al tener en cuenta que la entrevista previa tiene dos funciones bien distintas, cada parte podrá entrevistar y examinar no solo a sus testigos, sino que también podrá hacerlo con los testigos de la contraparte (testigos hostiles), para preparar un adecuado contraexamen. Tenemos conocimiento que en algunos sistemas anglosajones a las partes no les está permitido entrevistar a los testigos de la contraparte si éstos no

Como precisa Del Villar Delgado, es aceptable que las partes e intervinientes puedan expresar que se remiten a lo descubierto o que, sumado a ello, enuncian otros medios, pero lo que si no puede ser admitido, es que sin enunciar la totalidad de los medios se sorprenda a la contraparte, sea la defensa o la fiscalía o al apoderado de la víctima, con solicitudes probatorias que previamente no fueran descubiertas o enunciadas (Del Villar Delgado, D., *op. cit.*, p. 97).

²⁵⁰ Este es un inconveniente que se observa frecuentemente en las prácticas de entrevistas a testigos en los cursos de litigación. Es común observar que, en vez de aprovechar el tiempo buscando información que desconocen, vuelven a realizar un examen directo como si no tuviesen ninguna información.

²⁵¹ Aunque si es posterior a la audiencia preparatoria de juicio, ya no podrá utilizar ese material.

prestan su conformidad. Creemos que es una práctica equivocada ya que limita el genuino contradictorio; no hay manera de preparar el caso si no se puede tener acceso al legajo y a la totalidad de los testigos propuestos (propios y ajenos). Así, en caso de que a una parte se le niegue el acceso a los datos de los testigos de la contraparte o la posibilidad de poder entrevistar a aquéllos, debiera hacérselo saber al tribunal y solicitar el auxilio judicial en la audiencia preparatoria de juicio.

9.3.1. La preparación del testigo

La preparación del testigo tiene por finalidad brindarle herramientas para que pueda manejarse con mayor comodidad y soltura en la audiencia. El testigo tiene que saber: que tiene derecho a recibir un trato digno por parte del tribunal y de las partes; que tiene derecho a ser informado adecuadamente de las preguntas; y que tiene la obligación de responder a toda pregunta que se le formule. Es importante que sepa que las partes tienen el derecho de entrevistarlos y que esa práctica no encubre ninguna ilegalidad, por lo que si en el contraexamen es interrogado sobre si se entrevistó o no con una de las partes, debe responder afirmativamente. Y si es preguntado por lo que le dijo el abogado, debe decir que solo le refirió que diga la verdad. La entrevista solo consiste en organizar el relato del testigo y no en introducir información que desconoce.

También el testigo tiene que tener conocimiento sobre cómo se llevará a cabo su testimonio. Tiene que saber que habrá un examen directo practicado por quien lo entrevista y que, inmediatamente después, se dará lugar a un contraexamen que será desarrollado por el abogado de la contraria, el que, usualmente, le hará preguntas sugestivas para que responda por sí o por no. Tiene que saber que si la pregunta le resulta confusa o ambigua no debe contestarla, que lo haga saber al tribunal y que puede responder que "no sabe" si no tiene conocimiento sobre los hechos que le marcan²⁵².

²⁵² Thomas Mauet nos brinda los siguientes consejos que no pueden faltar en una preparación. Expresa lo siguiente: "That advice should always include the following: * Take your time in answering questions; * Make sure you understand the question; if you don't, say so; * Use plain English; * Keep your answers simple; don't volunteer facts; * Don't guess; if you don't know or don't remember, say so; * Be polite and patient at all times; y * Above all, always tell the complete truth" (Mauet, T., *Trial techniques*, *op. cit.*, p. 117).

Es importante que el testigo pueda familiarizarse con el escenario donde se desarrollará el testimonio. Cómo es la sala de audiencias, dónde se ubican las partes, quién es el juez y, eventualmente, el jurado, hacen que el testigo ingrese con mayor tranquilidad al momento de presentarse a declarar.

9.3.2. La preparación del testimonio

Una vez que hemos preparado al testigo –como objeto de prueba– sobre el escenario donde declarará, cuáles son sus derechos y cuáles sus obligaciones, es preciso comenzar a preparar cómo se llevará a cabo el testimonio. Para ese fin es preciso trabajar en tres grandes líneas: un repaso sobre los hechos, la determinación de qué es lo más trascendente del caso y el uso adecuado del lenguaje.

En primer lugar es preciso que repase con el testigo la declaración que brindará. No queremos decir que hay que repasar –tipo estudio– la declaración, haciéndole saber los hechos que no recuerda o agregándole información desconocida por el testigo –situación que está prohibida–. Lo que queremos afirmar es que una buena manera de comenzar a preparar el testimonio consiste en pedirle al testigo que nos relate qué es lo que recuerda sobre el hecho, para poder verificar la información con la que cuenta. La ventaja de este repaso sobre los hechos es que, al no haber límites en la entrevista previa –como ser la prohibición de preguntas sugestivas que si tiene vigencia en el examen directo–, le permite trabajar con mucha claridad sobre lo que realmente sabe el testigo. Nada de lo que el testigo nos diga aquí podrá luego ser incorporado al debate, por lo que ningún sentido pudiera tener fijar límites a la forma de dirigirse allí. Recordemos que dijimos que usualmente no se registran estas entrevistas. Pero también hay que tener cuidado en que las formas empleadas en ese repaso no se parezcan en nada con la declaración en juicio, ya que si ello sucede (por ejemplo, por el abuso de preguntas sugestivas en la entrevista), pudiera ocurrir que el testigo luego pretenda que el testimonio se trabaje bajo la misma mecánica de preguntas empleadas en la entrevista.

Es preferible trabajar bajo una lógica similar al examen directo que habremos de realizar, para que éste se familiarice con la manera de trabajar del abogado. Solo allí donde el testigo no precise algo, sí podremos

verificar esa información con preguntas sugestivas, pero haciéndole saber que ese formato de interrogatorio no puede realizarse en un juicio.

La entrevista previa en cuanto al repaso de lo ocurrido sirve también para indagar sobre hechos no declarados con anterioridad o sobre detalles no brindados oportunamente. Si esto ocurre, también hay que hacerle saber al testigo que si es interrogado respecto de por qué no lo dijo antes, que explique a qué se debió (olvido, recuerdo posterior o que, sencillamente, ello no le fue preguntado).

También es muy importante la preparación del testimonio para eliminar toda información que resulte irrelevante y verificar si presenta alguna debilidad y, si eventualmente, tiene una explicación posible para poder presentarla en el examen directo.

Una vez que el testigo ya nos ha relatado toda la información con la que cuenta, es preciso puntualizarle que en la audiencia no podrá hacerle preguntas que sugieran la respuesta, pero que sí irá orientando su testimonio a través de preguntas cerradas, haciéndole saber que si realiza una pregunta de ese tipo, es porque esa información es realmente muy importante para su caso (por ejemplo, del estilo, “a qué se refiere con...”, o “cuéntenos que pasó luego”, o “precisenos que pasó en ese momento”).

En segundo lugar, es aconsejable que el testigo tenga conocimiento sobre qué hechos son realmente relevantes para el abogado²⁵³. Mientras va practicando su declaración es aconsejable que le hagamos saber al testigo qué partes del relato realmente le interesarán sobremanera al tribunal para resolver el caso, y que por eso se detendrá a puntualizar esos aspectos. También hacerle saber al testigo qué planos de su testimonio no son tan trascendentes. No queremos transformar al testigo en un técnico en derecho ni mucho menos en un asistente nuestro. No se trata de acercarle nuestra guía analítica sobre el caso. Pero sí debemos hacerle saber qué aspectos son realmente los que esperamos que profundice en su declaración.

También es importante que el testigo pueda entender el lenguaje del abogado. Muchos litigantes le hacen saber que si se realizan preguntas cerradas es porque es un aspecto relevante, como así también si le realiza una pregunta del estilo, “hubo algo que le llamó la atención” o

²⁵³ En igual sentido, Goldberg, S., *op. cit.*, p. 89.

“algo más que sea relevante en el caso”, es porque hay una información importante que no ha declarado.

El tercer punto que el litigante debe trabajar con el testigo está centrado en el uso adecuado del lenguaje. No se trata de refinar el vocabulario del testigo. Nada menos persuasivo. Pero sí hacerle entender que, si emplea mal las palabras para expresarse, puede generar una imagen falsa sobre lo ocurrido. Por ejemplo, si en un caso donde acusamos a un imputado por un homicidio culposo ocurrido en una colisión de vehículos, el testigo responde que todo fue un “accidente”, debemos verificar qué entiende el testigo por accidente, haciéndole saber que si dice eso, el tribunal interpretará que se trató de un hecho fortuito del que nadie es responsable. Tal vez el testigo quería significar otra cosa con su expresión.

No hay que abusar en la preparación. Es una pésima práctica generar una suerte de ejercicio de preparación que incluya pasarle al testigo las preguntas que hará en el juicio, o un listado de temas fundamentales. Este tipo de práctica, aparte de quitarle espontaneidad y credibilidad al testimonio, que seguramente será aprovechado en el contraexamen, hace que el testigo pierda el foco de atención en la audiencia y en lo que ocurre allí y se ponga a responder sobre planos no interrogados. En eso hay que tener sumo cuidado. Una exacerbación de la preparación del testimonio puede jugarle en contra a su credibilidad profesional y la de su testigo. El valor fundamental de todo litigante es su credibilidad. No debe asumir ninguna acción que ponga ese bien en riesgo. Incluso debemos tener presente que el testigo no tiene la obligación de realizar una práctica de su examen directo con las partes, por lo que debemos tener presente qué clase de vinculación tiene el testigo con el caso. Si es la víctima —en el caso de la fiscalía— no habría inconvenientes, pero un tercero que ningún interés tiene en el resultado del caso difícilmente esté entusiasmado con ese tipo de preparación.

El profesor puertorriqueño Batista Ortiz señala una serie de indicaciones que son muy ilustrativas para una adecuada preparación. Entre ellas, destacamos las siguientes:

1. Entrevistar a los testigos, pero nunca obligarlos a memorizar su testimonio;
2. Orientar al testigo a no expresar opiniones, salvo que se le pregunte;

3. Convencerlo que sea honesto en sus contestaciones, que conteste sin titubeos;
4. Que no ofrezca información que no le fue requerida, ya que daría una sensación de interés en el caso;
5. Instruirlo a no contestar si no ha entendido la pregunta;
6. Orientarlo a no exhibir emociones ni molestarse con la contraparte;
7. Estimularlo a que responda con su propio lenguaje y vocabulario;
8. Que mire al jurado; y
9. Enseñarle las reglas de juego²⁵⁴.

Por último, como bien señala parte de la doctrina, el abogado también debe prepararse mientras entrevista a su testigo²⁵⁵, sobre cuáles son los puntos débiles del examen directo, cuáles los posibles puntos de contraexamen y cómo sorteará esas dificultades. La entrevista personal del testigo no debe ser vista con un enfoque unidireccional. También tiene una finalidad dirigida al abogado, esto es, prepararse y familiarizarse con el caso y con la prueba, para ver sus debilidades y preparar un modo de sortearlos eficazmente.

9.4. La preparación del testimonio y la exhibición de piezas procesales de la investigación penal preparatoria

Es frecuente que los litigantes interroguen a los testigos sobre si se les han exhibido su declaración previa, como si con esto solo fuera suficiente para quitarle peso y credibilidad a sus dichos. Esta situación genera la necesidad de definir si es legítimo exhibir la declaración prestada con anterioridad; y si es o no aconsejable hacerlo.

En primer lugar corresponde hacer una distinción sobre la condición del testigo. Si se trata de un perito que no va a declarar sobre lo percibido a través de sus sentidos, sino que solo lo hará de acuerdo a sus conocimientos técnicos, nada puede haber de malo en que tome contacto con su pericia. Al contrario, diría que es poco aconsejable que no lo haga y, de hecho, podrá declarar contando con la pericia en sus manos.

²⁵⁴ Batista Ortiz, Elpidio, *op. cit.*, p. 442.

²⁵⁵ Así, Solórzano Caravito, Carlos Roberto, *Sistema acusatorio y técnicas del juicio oral*, 3ª edición, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2010, p. 194.

Ahora bien, si el testigo no tiene conocimiento experto y solo declara lo que percibió por sus sentidos, es claro que no podrá declarar valiéndose de la declaración prestada durante la investigación penal preparatoria. No puede concurrir munido de aquel documento, ya que éste no tiene validez. Sin embargo, no está prohibido que el letrado le exhiba esa declaración en la entrevista. Desaconsejamos que el abogado le proporcione al testigo un resumen de su declaración²⁵⁶, o una copia de su declaración para que éste se la lleve. Si ello sucede, seguramente el testigo estará más atento a repetir lo declarado con anterioridad que a las preguntas que le formulen en la audiencia, por lo que perderá frescura su testimonio. Por otro lado, un buen litigante tiene que tener presente que cuanto menos contacto tenga el testigo con sus declaraciones previas, mayor será la espontaneidad de sus dichos y, como consecuencia de ello, la credibilidad que merezca del tribunal.

Exhibir al testigo su declaración durante la entrevista, tiene dos riesgos adicionales. En primer lugar, estaremos retroalimentando la memoria del testigo. Recordemos que no sabemos cómo se asentó esa información en el acta respectiva (se hizo sin control de partes, tal vez ante personal policial, tal vez con preguntas sugestivas que quizás no reflejaban el pensamiento del testigo) y puede que al hacerle leer esa declaración terminemos por confundirlo²⁵⁷ y hacerlo sentir inseguro en la audiencia. En segundo lugar, corremos el riesgo que el testigo luego presente en juicio una declaración exactamente igual a lo que surge de la declaración previa, lo que sin duda debilitará la credibilidad del testimonio. Imagínense como quedaría la credibilidad del testigo si al ser interrogado sobre lo ocurrido el pasado 13 de febrero, relata que "recuerda que a las 16:32 hs. estaba en el interior del bar, cuando...". Claramente no parece un testimonio creíble.

Es por ello que no aconsejamos utilizar la declaración previa en una entrevista con un testigo, dejándolo tan solo para que revise alguna parte de su declaración, siempre que sea un dato relevante que no recuerde con precisión.

²⁵⁶ Así lo desaconseja Goldberg, S., *op. cit.*, p. 88.

²⁵⁷ Explica Perfecto Andrés Ibáñez que la falta de control de cómo se recolecta la información testimonial durante los primeros estadios de la investigación genera que un testigo luego tenga que verse enfrentado con su declaración precedente, en perjuicio de su credibilidad (Andrés Ibáñez, P., *op. cit.*, p. 113).

9.5. La preparación ilegal del testigo

No todo está permitido en una entrevista previa entre el abogado y su testigo. El límite entre lo permitido y lo prohibido está en agregar información al relato del testigo²⁵⁸. Esa prohibición podríamos dividirla en tres grandes ejes.

En primer lugar, el abogado no puede refrescar la memoria del testigo en forma ilegítima agregándole información. No estamos haciendo referencia a que, durante la entrevista, le exhiba un extracto de su declaración. Estamos hablando de que el abogado, bajo el paraguas de que el testigo no recuerda algo, le introduzca más información de la que cuenta en su declaración, al estilo "¿No recuerda que el vehículo era marca Subaru de color azul?"

En segundo lugar, no está permitido suministrarle información sobre aspectos que el testigo no conoce. Así, por ejemplo, no puede el litigante decirle al testigo que el arma secuestrada era calibre 32, si es que no tenía conocimiento de esta información.

En tercer lugar, no se le puede indicar al testigo información de la investigación ni qué han declarado otros testigos. Así, no podrá el abogado hacerle saber que todos los testigos observaron una cicatriz en el rostro del imputado, ni decirle que el material secuestrado era cocaína.

Como vemos estas son tres variables a través de las cuales estamos agregando información de la que el testigo no tenía conocimiento. Esta manera de comportarse es contraria a las reglas del debido proceso y pasible de sanciones administrativas, cuando no penales. Si un litigante tiene serias sospechas de que ha habido una preparación ilegal de un testigo, debe aprovechar las reglas del contraexamen para, a través de

²⁵⁸ Explican Baytelman y Duce que el límite de lo permitido está en que el abogado no puede introducir información en la mente del testigo. Dan el siguiente ejemplo que es bien gráfico: "supongamos que, en la preparación del testigo, le mostramos las fotos que queremos introducir como prueba. Las fotos muestran el auto en que supuestamente se cometió el delito que él presenció. Si el testigo nos dice creo que ese es el auto, no podemos responderle, 'no se preocupe, créame, este es... ¿confía en mí, yo le aseguro que este es...'. Más bien, si queremos seguir manteniendo la preparación legítima, ante esa respuesta, nuestra reacción debe ser: 'señor testigo, le voy a pedir que por favor ponga su atención en estas fotos, y que me diga si está en condiciones o no de reconocer este auto como el auto en que vio al detenido es día...' (porque si no puede, tal vez prescinda de las fotos, o tal vez las ingrese con otro testigo...)". En, Baytelman y Duce, *op. cit.*, p. 143.

preguntas sugestivas, introducir la información de la que sospecha o tiene conocimiento. Igualmente siempre tendrá la posibilidad de preguntar en forma directa al testigo si tuvo una entrevista previa, cuándo fue, cuánto duró y qué le dijo el abogado.

10. Algunos “tips” para obtener un buen examen directo

Al momento de realizar un examen directo, es importante tener presentes los consejos que a continuación se mencionan.

10.1. Temas y etiquetas

Un buen litigante, antes de entrevistarse con su testigo, debe tener en claro cuáles son los ejes sobre los que centrará el examen directo. Es necesario tener bien en claro la teoría del caso para focalizar los temas principales y las “etiquetas” (en inglés, *labels*) o temas secundarios por lo que transitará el interrogatorio. Tener anotados los grandes temas y también los secundarios, en una guía analítica mientras se interroga suele ser una buena técnica. Así, por ejemplo, en el caso Donda, al interrogar al testigo Sandez, debiéramos tener anotados los siguientes temas y subtemas (1. Ingreso. Vehículo en espera. Conducta del chofer. Características. 2. Golpes a Barón. Apoderamiento. 3. Golpes a Sandez. Caída de lentes. Visión. Visión hacia afuera. 4. Salida. Subida al vehículo. Arranque rápido. Diálogo). De hecho, en la mayoría de los estados de Estados Unidos de Norteamérica, a los litigantes se les brinda un atril para que realicen su examen directo, donde puede colocar sus anotaciones.

En esa preparación, un buen abogado debe identificar claramente cuáles son los temas que incluirá en su interrogatorio y cuáles no serán abordados. Recuerde que la extensión de un interrogatorio suele ser su principal enemigo.

10.2. No prepare las preguntas

Es importante tener presente que, por más que un litigante quiera preparar las preguntas, éstas no deben llevarse a la sala de audiencias. En primer lugar porque está prohibida la lectura en una audiencia oral. Pero aún así, no parece ser una buena herramienta. Al contrario, el litigante que lleva anotadas sus preguntas estará más atento a éstas que a lo que está respondiendo el testigo²⁵⁹.

Por otro lado, lo relevante no son las preguntas, sino los temas que deben ser desarrollados. Estos son los que deben estar anotados y los que el litigante no debe olvidar.

10.3. Prepare al testigo

Tal como analizamos en el apartado anterior, es necesario preparar al testigo para brindar un buen testimonio. No solo en cuanto al examen directo, sino también a lo que implica un contraexamen, cómo será interrogado, cuáles son sus derechos y que no debe responder si no entiende la pregunta.

Tanto los testigos expertos como los legos deben ser preparados y saber cuáles son las partes más relevantes del examen directo, esto es, qué esperamos nosotros que declare.

10.4. Utilice preguntas cortas y sencillas. Vaya al punto.

No dé rodeos

Hemos observado tanto en las prácticas de los cursos de litigación, como en las audiencias de juicio, que los abogados tendemos a tratar de justificar nuestro trabajo. Así, no son pocas las veces que la pregunta viene con una introducción que intenta justificar la relevancia del tema escogido.

²⁵⁹ En una posición intermedia, Vial Campos sostiene, aunque para el contraexamen pero resulta válido para aquí también, la necesidad de escriturar, a lo menos, un esbozo de las preguntas que se realizarán en el juicio (conf. Vial Campos, P., *op. cit.*, p. 74). Por el contrario, Goldberg es bien categórico sobre esto, al sostener que un buen litigante no solo no debe llevar las preguntas anotadas; ni siquiera debe ir con un borrador de ello. Así, afirma lo siguiente. "No espere llevar al juicio el examen directo con la pregunta por pregunta preparada. Ni siquiera lo incluya en su anotador procesal. No debe llevar las preguntas al juicio por la sencilla razón de que si lo hace las leerá" (Goldberg, S., *op. cit.*, p. 85).

Usualmente ese defecto es percibido desde el inicio del interrogatorio, cuando el letrado da vueltas para realizar la primer pregunta en la que, casualmente, tenemos la oportunidad de realizarla en forma sugestiva. Así, en vez de escoger la sencilla pregunta "¿Puede decirnos qué ocurrió el pasado 23 de abril en el bar "El Sol?", optamos por preguntas más complejas del estilo "¿hubo algo que le llamó la atención en el último tiempo?", o "¿Recuerda si observó algún ilícito?", a lo que el testigo ya no sabe cómo responder, ya que ni siquiera entiende que quiere decir con "ilícitos". Recuerde que solo se trata de ir directamente al punto.

También tenga presente que un buen litigante, en un examen directo, se caracteriza por pasar desapercibido pero sin perder el control del testigo. Para ello nada mejor que realizar preguntas simples y cortas, intercalando preguntas abiertas con preguntas cerradas sencillas. Observe que si Ud. está realizando una pregunta demasiado extensa, seguramente está cometiendo alguno de estos dos errores: o se trata de una pregunta compuesta que es objetable; o se trata de una pregunta sugestiva. Si la pregunta es extensa, seguramente introduce información.

10.5. Procure que el que hable sea el testigo y no el abogado

Si lo que queremos es que recuerden al testigo declarando, procure no hablar ni intervenir de más. Si el testigo está haciendo una buena declaración sin su ayuda, déjelo que continúe. Tal vez sea su día de suerte. Recuerde que al tribunal no le interesan sus observaciones, sus opiniones personales ni sus percepciones. No hay nada más desmotivante para un juez que escuchar que el litigante, al finalizar su examen directo, le refiera que ya ha terminado, que entiende que nada más puede preguntarle al testigo, como si le estuviese consultando al juez. Lo que diga el abogado no solo no tiene valor, sino que además causa una disminución en su credibilidad y reputación profesional.

10.6. Escuche al testigo. Nunca declara igual

Por más que Ud. haya efectuado bien su tarea en el momento de la preparación del testigo, intente olvidarse de todo lo que le contó luego de anotarlo en un papel como los grandes temas y "etiquetas" que trabajara en la audiencia. Esa información puede ser un mal aliado si Ud. no logra excluirlo de su mente. Es frecuente ver que

abogados que tienen el caso muy estudiado, no logran luego hacer una disgregación entre lo declarado durante las entrevistas previas y lo narrado en la sala de audiencias. Si esto ocurre, es posible que a su caso, al finalizar la etapa de pruebas, le haya faltado examen directo al quedarse tan solo en "puros títulos".

Por otro lado, tenga presente que nunca un testigo declarará igual. La memoria nunca se mantiene intacta y se retroalimenta, por lo que es posible que, pasado un tiempo, el testigo no declare de manera similar. Es por ello que su único aliado en la sala de audiencias es la selección de los temas principales y secundarios.

También es aconsejable observar al testigo. Si uno mismo no presta atención al testigo, es posible que tampoco lo haga el tribunal, y puede generar también la imagen de una preparación ilegal²⁶⁰.

10.7. Comience y finalice de manera sólida

Está estudiado que las personas solemos recordar con mayor claridad lo primero y lo último que escuchamos. Por ello, así como al seleccionar el orden de los testimonios debemos dejar para el principio y para el final testigos importantes, lo propio ocurre en el orden del testimonio²⁶¹. Tanto al inicio como al final se deben trabajar temas sólidos.

Por el contrario, si la fuerza del testimonio se va perdiendo a medida que avanza el examen directo, dejaremos una imagen de un litigante sin una brújula, que está haciendo preguntas al azar. Ello no es bueno. Para evitarlo, debemos comenzar y terminar con una base sólida. Llevándolo al caso del testigo Sandez en "Donda", vemos que podemos comenzar fuerte, con el ingreso de las personas al bar luego de descender de un rodado de alquiler (situación que ubica a Donda en el escenario) y concluir con la forma en que se escaparon del lugar (que también está compuesto de varias proposiciones fácticas sólidas para ubicar a Donda en el lugar).

²⁶⁰ Así, Bergman, P., *op. cit.*, p. 107.

²⁶¹ Explica Goldberg que el efecto principal de la primacía es la oportunidad de fijar la perspectiva desde la cual los jurados ven todo el proceso, mientras que el carácter reciente se relaciona con la condición perdurable de una intervención que trae la "última palabra" (conf. Goldberg, S., *op. cit.*, ps. 82/83). En igual sentido, Cadena Lozano, Raúl, y Herrera Calderón, Julián, *Reflexiones sobre el testimonio, la argumentación jurídica y las técnicas de interrogatorio y controinterrogatorio en el sistema acusatorio*, Nueva Jurídica, Bogotá, 2010, p. 164.

10.8. Repita los puntos fuertes y oriente hacia dónde va

Si no quiere que las proposiciones fácticas fuertes de su testigo principal queden ocultas en un mar de irrelevancias y aspectos intrascendentes, debe, en primer lugar, evitar que el examen directo se le vaya de las manos. Esto lo hará perder tiempo y correrá el riesgo de que el tribunal no esté atento en el momento en que el testigo justo declare sobre un punto fuerte. Por ello debe acortar, dentro de la medida posible, la longitud del examen directo.

En segundo lugar, Ud. puede reiterar discretamente lo que acaba de declarar el testigo, siempre que sea un dato muy relevante para el caso. Para ello, utilizar una pregunta sugestiva valiéndose de la información que acaba de introducir el testigo puede ser una buena manera de "colocar en negrita" las proposiciones fácticas más relevantes²⁶².

Por último la orientación de la pregunta siempre será agradecido por el tribunal, que es el único que no sabe sobre qué trata el caso.

10.9. Utilice apoyo gráfico

El apoyo gráfico siempre es una buena herramienta para que el testigo pueda dar una explicación clara sobre los hechos. Sin embargo, no debe caer en el error de que éste apoyo termine por convertirse en el elemento central de la declaración. Es preferible que el testigo demuestre, primeramente, su conocimiento sobre el caso (fortalece la credibilidad), para luego trabajar con apoyo gráfico para poder ser más específico²⁶³. A veces, una imagen vale más que las palabras.

10.10. Verifique si presentará evidencia material

Olvidar introducir evidencia material a través del testigo indicado puede tener enormes costos en el resultado final del juicio. No podemos esperar que la memoria no nos juegue una mala pasada. Aún para los

²⁶² Esta práctica es conocida por algunos autores como la "técnica del eco". Así la técnica del eco puede presentar diversas manifestaciones: a) preguntar nuevamente lo mismo en forma incrédula; b) preguntar nuevamente lo mismo insinuando no haber escuchado; c) preguntar utilizando como encabezado la información recién aportada por el testigo; d) repetir lo expresado por el testigo (conf. Blanco Suarez, R. y otros, *op. cit.*, p. 186).

²⁶³ En igual sentido, Lubet, S., *op. cit.*, p. 75; y Mauet, T., *Trial Techniques*, *op. cit.*, p. 103.

litigantes más avezados, la intervención en un juicio oral es una actividad profundamente estratégica que genera cierta tensión. Son muchas las cosas a las que el litigante debe estar atento. La introducción de sus proposiciones fácticas a través de un examen directo, cómo presentar la prueba, estar atento al tribunal y al testigo, observar la posibilidad de introducir objeciones a tiempo, son algunas de las tantas aristas del juicio. No queremos que en esa situación también debamos recordar si conviene o no introducir prueba material con un testigo. Es por ello que, con la tabla trabajada en esta obra, debemos saber de antemano si usaremos a un testigo para introducir evidencia material.

10.11. Tome decisiones estratégicas. Decida si anticipará o no debilidades

Como dijimos en los primeros capítulos, el juicio oral es una actividad profundamente estratégica. Qué preguntas realizar al testigo, qué evidencia presentar, objetar o no. Todo es una decisión estratégica orientada en base a nuestra teoría del caso. Un litigante puede equivocarse en un juicio en una, varias o muchas decisiones. Pero lo que definitivamente no puede hacer es intervenir sin una estrategia clara. Una estrategia fundamental en un examen directo consiste en decidir si conviene o no anticipar debilidades del testigo.

No existe una decisión unívoca del estilo "siempre conviene anticipar debilidades" o lo contrario. Para tomar una decisión acertada de la que no tengamos que arrepentirnos luego, debemos tener presente dos cuestiones. En primer lugar, si se trata de una debilidad que la contraparte tomó conocimiento. No es nuestra obligación presentar todos los hechos, sino solo aquéllos que hacen a nuestra teoría del caso²⁶⁴. En segundo lugar, si esa debilidad tiene una respuesta posible que no debilite mayormente a nuestro testigo.

Tenemos que tener presente que el anticipo de una debilidad tiene dos enormes ventajas –siempre que encontremos a esa debilidad una respuesta satisfactoria–. La primera que ganamos en credibilidad con el tribunal al presentar una debilidad de nuestro testigo que tiene una

²⁶⁴ Al decirlo con palabras de Bergman, no tenemos la obligación de decir toda la verdad (Bergman, P., *op. cit.*, p. 62).

explicación posible. En segundo lugar, que nos anticipamos al juego de la contraparte, quitándole el factor sorpresa de su contraexamen. Si decidimos anticipar la debilidad, es aconsejable realizarlo a través de preguntas sugestivas por la negativa, ya que de este modo dejamos en claro que esa situación en nada perjudicó al testigo.

Veamos un ejemplo de un testigo que tiene problemas de vista.

P. ¿Ud. tiene problemas de visión? (anticipo debilidad con una pregunta sugestiva cuya respuesta afirmativa no me fortalece).

R. Sí.

P. ¿Puede contarle al tribunal de que se trata?

R. Sí, sufro de queratocono.

P. ¿Qué significa "queratocono"?

R. Es una deformación en la córnea que hace que el ángulo de visión no sea bueno y proporcione una imagen defectuosa.

P. ¿Y cómo hace para ver cotidianamente?

R. Utilizo lentes de contacto rígidos que aplanan la córnea y me permiten ver bien. En aquella oportunidad los tenía puestos, ya que no salgo a la calle sin ellos.

P. ¿Igualmente mantiene una visión por debajo de la media? (pregunta sugestiva que busca la negativa y da respuesta a la debilidad).

R. No. Con los lentes rígidos tengo una vista perfecta. Pude observar muy bien todo. La vista no la tengo dañada. El daño es en la córnea que es la que se encarga de reflejar la vista. Al aplanar la córnea con un lente rígido, tengo la vista perfecta, sin ninguna dificultad.

Por el contrario, si decidimos no anticipar una debilidad del testimonio, tiene que ser porque la explicación del caso no nos satisface o porque creemos que es posible que la contraparte no dirija su contraexamen sobre esos puntos. Aún así, si el contraexamen explota la debilidad del testigo o del testimonio, aún tenemos el re-examen directo para rehabilitarlo.

10.12. No olvide el lema del caso

Si hemos utilizado un lema en el caso, es importante que éste se relacione con la prueba. De ahí que sea aconsejable que el examen directo, de algún modo, esté relacionado con nuestro lema. Así, si el lema es

“el pasamontañas encontrado en poder del imputado”, es importante que los testigos den cuenta en forma clara, precisa y contundente de aquél y que los testimonios trabajen fuertemente ese punto. La narración de todo elemento que guarde relación con el lema del caso tendrá un gran impacto en el tribunal.

11. Compendio de casos

Los casos que aquí detallamos serán trabajados en distintos capítulos de este libro, por lo que sugerimos su lectura y un análisis detallado de los hechos.

11.1. Caso Donda²⁶⁵

I. Actuación policial

Comisaría 8ª de la P.F.A., Buenos Aires,

lunes 9 de julio de 2014

Sra. Fiscal a cargo de la Fiscalía N° 6:

Comunico a Ud. el inicio de actuaciones caratuladas “robo con armas y lesiones”, bajo el número de sumario 2584/14.

Antecedentes del hecho: En el día de ayer, siendo aproximadamente las 18:50 horas, y en circunstancias en que se hallaba recorriendo el radio jurisdiccional, el Subinspector David Rodríguez, del numerario de esta dependencia, fue desplazado por comando radioeléctrico a constituirse en un bar, denominado “El Sol”, ubicado en la intersección de las calles Catamarca y Venezuela de esta ciudad, por haberse denunciado la comisión de un ilícito. Allí, se entrevistó con el damnificado René Barón, dueño del citado bar, quien le manifestó que siendo aproximadamente las 18:20 de ese día ingresaron al comercio dos masculinos,

²⁶⁵ Caso elaborado para el INECIP por los docentes Juan Manuel Neumann y Adolfo Christen.

esgrimiendo uno de ellos un arma de fuego (presumiblemente una pistola), quedándose el restante cerca de la puerta. Fue así que el primero se habría dirigido hacia atrás del mostrador —donde se encontraba Barón— expresándole “QUIERO PLATA, QUIERO PLATA”, entregándole Barón algo de dinero, a lo que esta persona le habría dicho que le diera más, revisando distintos lugares y sustrayendo dos camperas que se hallaban en un perchero. También le habrían quitado sus pertenencias a cuatro clientes que se encontraban en ese momento en el local.

Luego de ello, le ordenaron al damnificado que se “meta en el baño”, a lo que éste se habría resistido, por lo que lo habrían golpeado fuertemente en su espalda con puñetazos y patadas y habrían hecho un disparo, presumiblemente con el fin de atemorizarlo, el que impactó en una pared, detrás de la barra. Momentos después, se retiraron abordo de un rodado taxi, conducido por un hombre de unos sesenta años, situación que fue observada por un testigo presencial, quien expresó que se trataba de un Ford Escort licencia n° 12.345, el que, dijeron, daba la sensación de que los estaba esperando.

En el lugar se hizo presente personal de la División Balística, que procedió a realizar una pericia sobre el impacto verificado en la pared, determinando que efectivamente había sido producto de un disparo, secuestrando asimismo, del suelo del lugar, una vaina servida calibre 9mm., la que fue guardada en una bolsa plástica sellada y rotulada, que se remitió a dicha dependencia. Asimismo, el Sr. Barón fue revisado por el Sr. Médico legista, el que determinó que las lesiones que padece sanarán en no más de treinta días.

Se realizó un plano a mano alzada del local, en el que el damnificado y uno de los testigos explicaron el recorrido realizado por los malvivientes, su ubicación y la de las mesas en el bar.

De averiguaciones practicadas en esta dependencia se determinó que el mentado rodado de alquiler pertenece al Sr. José Hardoy, quien consultado telefónicamente por así haberlo dispuesto el Sr. Fiscal, indicó que él no maneja el vehículo sino que lo hace un chofer, llamado Manuel Donda, el cual tenía en su poder el auto ayer domingo.

Al haberse determinado la presencia de huellas de neumáticos en el pavimento, en el lugar donde según los testigos estaba estacionado el taxi que habría salido de allí “arando”, y por así haberlo ordenado la

Sra. Fiscal, se convocó a la División Ingeniería Vial Forense de la P.F.A., cuyo personal realizó una pericia de rigor, tras haber logrado dar con el rodado mencionado, el que fue acercado por su titular registral, Sr. José Hardoy. Asimismo, se practicó una exhaustiva inspección sobre el interior del automotor, no habiéndose hallado huellas digitales ni ningún otro elemento relevante.

Es todo.

Saludo a la Sra. Fiscal muy atte.

Crio. Alcides Otano
Jefe Seccional 8° P.F.A.

II. Declaraciones de testigos e imputado

a. Subinspector David Rodríguez. Expresa que el día de la fecha, siendo aproximadamente las 19:00 horas, en circunstancias en que recorría el radio jurisdiccional a bordo del móvil número 47, fue desplazado por comando radioeléctrico a constituirse en el bar sito en la calle Venezuela y Catamarca de esta ciudad, por haberse denunciado un robo. Fue así que arribado al lugar, se entrevistó con el dueño del bar, denominado “el Sol”, Sr. René Barón. Éste le refirió que siendo aproximadamente las 18:20 de ese día, y cuando en el bar no había más de cinco clientes, ingresaron al comercio dos masculinos, esgrimiendo uno de ellos un arma de fuego, quedándose el restante cerca de la puerta. El primero de ellos, que según dijeron era alto, de cabellos rubios y vestido de jogging, se dirigió hacia atrás del mostrador —donde se encontraba el Sr. Barón— y le expresó “QUIERO PLATA, DAME LA PLATA”, entregándole Barón algo de dinero, a lo que esta persona le habría dicho que le diera más, revisando en distintos lugares y sustrayendo dos camperas que estaban en un perchero, una de las cuales era de Barón y poseía unos trescientos pesos en efectivo y las llaves de su automóvil. También le quitaron sus pertenencias a los clientes que se encontraban en ese momento en el local. Luego de ello, siempre según dichos de los damnificados, le ordenaron a Barón que se “meta en el baño”, a lo que éste se resistió, por lo que lo golpearon en su espalda con puñetazos y patadas e hicieron un disparo, el que impactó en una pared. Momentos después, se retiraron abordo de un rodado taxi, que aparentemente era conducido por un hombre de unos sesenta años, situación que fue observada por el damnificado

y un testigo presencial, quienes expresaron que se trataba de un Ford Escort licencia n° 12.345, el que, dijeron, daba la sensación de que los estaba esperando. Que luego de ello se hizo presente personal de las Divisiones Ballística e Ingeniería Vial Forense que realizaron pericias de rigor. Que es todo cuanto tiene para declarar.

b. René Barón. Expresa que el día de hoy, alrededor de las 18 hs., cuando me encontraba en el bar de mi propiedad ubicado en Catamarca y Venezuela, entraron dos hombres. Uno, que era rubio, alto y vestía un jogging, tenía un arma de fuego y el otro, que era pelirrojo, se quedó en la puerta. El del jogging vino hacia el mostrador, donde yo estaba y me dijo "quiero la guita, dame toda la guita o te mato". Entonces le di la plata de la caja, que era muy poca, y ahí se puso como loco, quería más y me empezó a revisar todo, hasta nuestras camperas, que estaban en un perchero, que al final se las llevaron. Ahí había más plata y las llaves de mi auto. Además, y para colmo, le robaron a los clientes que estaban ahí. A don Ciro pobre le rompieron los anteojos cuando quiso atajarse pensando que le iban a pegar. Después de eso me dijeron que me meta en el baño, pero como me resistí el rubio me golpeó fuerte en la espalda y disparó el arma sin apuntarme, yo creo que para darme miedo. Ahí quedé tirado en el suelo, atrás de la barra. Después de eso, los dos hombres se fueron "volando", porque el pelirrojo constantemente le insistía al otro que se apurara, mientras hacía señas hacia fuera. Se fueron en un taxi, que por lo que vi desde la barra era un Ford Orion que estaba ahí estacionado, como esperándolos. Salieron rápido, como "arando". Al rato de eso, llamamos a la policía, que vino y secuestró un resto de bala y estuvo sacándole fotos a la pared donde dio el disparo. Además, más tarde, vinieron unos ingenieros a hacer una pericia sobre una huella de frenado que había en la esquina, sobre Catamarca, que es donde estaba estacionado el taxi. Eso fue todo.

c. Ciro Sandez. Expresa que en el día de ayer, mientras me encontraba en el bar "El sol", del que soy cliente hace más de veinte años y al que voy casi todas las tardes, cuando eran más o menos las 7 de la tarde, entraron dos muchachos jóvenes, uno más bien rubio y el otro pelirrojo. Yo no los había visto nunca por el barrio. Eran flacos, y me acuerdo que uno tenía como una mancha en la cara, en un cachete, creo que era el pelirrojo. Cuando entraron, el colorado se quedó en la puerta, y el rubio fue a la barra, donde estaba René, el dueño. Yo lo seguí con la mirada,

y vi que charlaba algo con René, pero no escuché, hasta que de repente empezó a gritar como un loco, y decía algo como "dame más guita, negro, o te reviento a tiros". Empezó a revolver las cosas que había ahí, incluso un perchero que estaba cerca donde había unas camperas, y después vino hacia nosotros, los clientes. En una mesa cerca de la ventana estaba yo, en otra había otro cliente que conozco de la zona y creo que había una mesa más con gente, éramos pocos. Cuando se me acercó yo me asusté mucho, porque ví que tenía en la mano algo que parecía un arma. Era negra, y vino y me dijo "dame toda la guita viejo, y el reloj también, dámelo o te quemo". Como estaba asustado, se ve que traté de cubrirme la cara, y el pibe me pegó un cachetazo que me hizo volar los anteojos al piso, y se rompieron. Después de sacarme la poca plata que tenía y el reloj, que era de mi padre, el rubio fue de nuevo para la barra y volvió a pedirle más plata a Luis, y lo quería encerrar en el baño, y en ese momento le empezó a pegar y sentí un disparo. Ahí confirmé que lo que había visto era un arma. Luis cayó detrás de la barra, y recién se levantó cuando ellos ya habían salido del bar. Los tipos se fueron en un taxi Ford Escort, que para mí los estaba esperando, porque no lo tuvieron que parar, estaba ahí en la puerta. Salieron muy rápido, pero alcancé a ver el número de licencia, que era 12.345. Me llamó la atención porque era muy fácil. Preguntado para que diga cómo iban vestidos los dos delincuentes dice no lo recuerdo. Es todo.

d. Manuel Donda. Impuesto del hecho que se le imputa (haber participado en el robo con armas cometido en el bar "El sol" —ubicado en la intersección de las calles Catamarca y Venezuela de esta ciudad— en el día de ayer por la tarde por dos masculinos, prestando colaboración, toda vez que habría esperado a los coautores en la puerta del bar a bordo del taxi Peugeot 504 licencia n° 12.345 del que es chofer, facilitándoles a aquellos su fuga del lugar), y habiéndose entrevistado con su abogado defensor, se le hace saber que puede negarse a declarar sin que ello implique presunción alguna en su contra. Hecho esto, se le consulta si va a declarar, respondiendo afirmativamente. Así, dice "soy chofer del Sr. José Hardoy desde hace once años, y desde esa fecha trabajo con el Ford Escort, licencia 12.345. Tengo pactado con él que yo siempre tengo el auto en mi poder, debiendo rendirle a él la recaudación correspondiente una vez por semana. Usualmente trabajo seis días por semana, de lunes a sábado. Nunca trabajo los domingos, ya que ese día me gusta estar en

mi casa, levantarme y leer el diario tranquilo y después almorzar con mi familia. A la tarde a veces salimos con el auto a pasear, y el día del hecho hicimos justamente eso, fuimos al Shopping Alto Avellaneda con mi esposa, mi hijo Matías y un amigo mío, porque me quería comprar un teléfono celular y él conoce de esos aparatos. Al final no conseguí lo que buscaba y no compré nada. Después de eso volví a mi casa, y hoy me entero de todo este problema. Si quieren pueden citar a mi amigo, se llama Néstor Casola. Él les va a confirmar esto que les digo. Yo soy inocente. Pienso que si en el bar vieron a un taxi como el mío debe ser un auto mellizo. Una vez hace unos años Hardoy me dijo que había visto uno por la calle, y que incluso había avisado en SACTA. No tengo más nada para decir". Es todo.

e. José Hardoy. Expresa ser propietario de una pequeña flota de taxis, tengo un total de ocho. Entre ellos está el Ford Escort, dominio AXN 128, licencia n° 12.345, el que es conducido por el Sr. Manuel Donda. El Sr. Donda es chofer mío hace diez años, comenzó a trabajar conmigo a través de un aviso en el diario que publiqué en esa época. Hasta ahora, nunca tuve problemas con él, solamente un par de veces que necesité el auto y me lo trajo más tarde de lo convenido, o un día después. Una vez sí, me acuerdo, me lo trajo y tenía abollada una puerta, pero no hubo problema porque él pagó el arreglo. Me dijo que había sido un choque que había tenido en la calle y que no había recabado los datos del seguro de la otra persona. En realidad, él tiene el auto todo el tiempo, y maneja sus horarios. Lo único que tenemos pactado es que tiene que trabajarlo seis días a la semana, pudiendo tomarse como franco cualquier día a su elección. Una vez por semana debe pasar por casa a dejarme la recaudación que me corresponde. Ayer, como casi siempre salvo que yo lo necesite, el auto lo tenía él y desconozco si estaba trabajando o se lo tomó como día franco. Sí puedo decir, por comentarios que me hacía él, que solía tomarse como franco los sábados porque, decía, era el día que menos recaudaba. Preguntado por si alguna vez vio un auto "mellizo" del taxi afectado a esta causa, dice sí, una vez hace como dos años, mientras iba manejando, vi un taxi con el mismo número de licencia. Avisé en SACTA, pero me parece que no le llevaron el apunte. Es todo.

f. Néstor Jorge Casola. Refiere ser amigo del Sr. Manuel Donda hace más de cincuenta años. Toda la vida vivimos a dos cuadras de distancia. La semana pasada él me había pedido que lo acompañara a comprarse un celular nuevo, porque el que tenía se le rompió, y me pidió consejo

a mí porque sabe que a mí me encanta la tecnología y conozco sobre el tema un poco más que él. Arreglamos para ir ayer domingo, y fuimos después de almorzar, con su esposa y su hijo Matías. Fuimos al Alto Avellaneda y estuvimos mirando en todos los negocios un largo rato, pero a él no le gustó ninguno, así que fuimos a tomar algo y después nos volvimos. No tengo más nada para decir. Es todo.

III. Pericia de la Div. Ingeniería Vial Forense

Sra. Fiscal:

Me dirijo a Ud. a fin de elevarle la pericia realizada.

Saludo atte.

Ing. Felipe Rua

Div. Ingeniería Vial Forense

Pericia

Elementos ofrecidos: Un automotor taxi Ford Escort, dominio AXN 128, licencia n° 12.345.

Huellas de frenado detectadas y examinadas sobre la calle Catamarca, casi esq. Venezuela de esta ciudad (frente al bar "El sol").

Conclusiones: Realizada la medición de distancia entre las huellas de las ruedas (trocha), como así también entre los canales de los neumáticos, y cotejados con las medidas tomadas al automotor incautado, se pudo determinar que la huella detectada resulta compatible con los neumáticos colocados en el vehículo de mención.

Es todo.

Ing. Felipe Rua.

Div. Ingeniería Vial Forense

IV. Constancia de antecedentes del imputado

Registro Nacional de Reincidencia

Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos

Sra. Fiscal:

Tengo el agrado de dirigirme a Ud. con motivo de la solicitud de informe de antecedentes del Sr. MANUEL DONDA (DNI n° 5.235.668), cuyas

fichas de condiciones personales e impresiones digitales se acompañaron. Al respecto, le hago saber que, consultados nuestros registros, surge el siguiente antecedente:

"Buenos Aires, 18 de febrero de 2011. VISTO Y CONSIDERANDO... RESUELVO: DECLARAR REBELDE A MANUEL DONDA, titular del DNI n° 5.235.668, en la presente causa n° 1.455/09, caratulada "DONDA, Manuel s/ daño calificado", del registro de la Secretaría n° 107 del Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción n° 2 a mi cargo, disponiendo su inmediata captura...". FDO: Juan Manuel Vadalá, Juez de Instrucción, Ante mí: Leandro Neumann, Secretario.

Saludo a Ud. atte.

Diego West

Encargado Registro Nacional de Reincidencia

V. Informe ambiental

Realizado por la licenciada María del Rosario Rúa solicitado en el marco de la causa "Donda, Manuel s/ robo con armas".

Los datos del presente informe surgen de la entrevista mantenida con el causante en la unidad en la que se encuentra alojado y de la entrevista mantenida con su esposa en su lugar de residencia.

Nombre: Manuel Donda.

Edad: 59 años.

Nacido el 11 de marzo de 1950 en Moreno, Provincia de Buenos Aires.

Nacionalidad: Argentina.

Estado civil: casado.

Domicilio: Juan Tenorio 325, Moreno, Provincia de Buenos Aires.

Núcleo familiar conviviente

Esposa: Eleonora Ramírez, uruguaya, de 56 años de edad, casada, vive con el causante desde hace veintiocho años. La entrevistada es empleada del Gobierno de la ciudad y percibe un salario de \$1400 por mes.

Hijos: Matías Donda, 24 años, soltero, con estudios secundarios completos, vive con el causante, empleado en un supermercado hace un año. Anteriormente se desempeñó como remisero.

Ezequiel Donda, de 19 años de edad, se encuentra finalizando el colegio secundario en un establecimiento público de la localidad de Moreno, en el turno nocturno. Actualmente desempleado.

Núcleo de origen

Padre: Eleuterio Donda (fallecido).

Madre: Norma Gasparini, de 81 años, vive en Rosario, Provincia de Santa Fe, el causante la visita todos los meses y se comunican telefónicamente cada quince días.

El imputado tiene 2 hermanos, Paulino Donda (54 años, vive en Rosario junto a su esposa y dos hijos), y Tatiana Donda (51 años, soltera, vive en el extranjero, en Madrid, España).

Aspecto habitacional

El entrevistado vivía hasta el momento de la detención junto a su esposa e hijo en el domicilio indicado. La casa se encuentra emplazada en un barrio de clase media baja y cuenta con todos los servicios básicos, excepto cloacas. El imputado y su esposa adquirieron la vivienda a través de un crédito bancario que aún no han cancelado.

Observaciones

Dos vecinas de muchos años de la zona (Vanésa Sánchez y Laura Medina) refieren que tienen un concepto regular del causante, confirmando que vive allí desde hace por lo menos cinco años. También dijeron que el imputado trabaja con un taxi y que, se han dado cuenta de que en ciertas oportunidades, por dos o tres días, se ausentaba de su domicilio, desconociendo en qué lugar pernocta.

Situación económica y laboral

La economía familiar se mantiene con los ingresos que el Sr. Donda obtiene como chofer de taxi, que ascienden a la suma de \$2700 mensuales y el sueldo de su señora como empleada pública. La señora Ramírez, refiere que actualmente cubren sus necesidades muy ajustadamente puesto que, desde que su marido está detenido, no logra reunir el dinero suficiente para pagar el crédito hipotecario y los gastos del hogar.

11.2. Caso Carmen Rosales²⁶⁶**I. Denuncia policial**

Policía Federal

Buenos Aires, 28 de noviembre

A la Sra. Fiscal Coordinadora de la Unidad Fiscal de Buenos Aires.

Dentro del plazo contemplado por el Código Procesal Penal, se pone a disposición de esa Fiscalía a la siguiente detenida por el presunto delito, flagrante, de tráfico ilícito de estupefacientes:

Nombre: Carmen Rosales.

Apodo: No se le conoce.

Nacionalidad: Argentina.

Lugar y fecha de nacimiento: Buenos Aires, 27 julio 1948.

DNI: 4.546.683.

Profesión u oficio: Ama de casa.

Estado Civil: casada.

Nombre del conyuge: Manuel Hurtado López.

Domicilio: Córdoba 1822.

Antecedentes de la detención:

Encontrándose el Sub Teniente Eduardo Jara, de la Seccional Segunda ubicada en la calle 9 de julio n° 50, realizando un patrullaje motorizado en las inmediaciones de la Plaza ubicada frente a la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Buenos Aires, ubicada en la Av. Córdoba frente al 2122, observo una serie de jóvenes presumiblemente estudiantes secundarios, que se encontraban rodeando, mirando para todos lados e intercambiando palabras con una mujer adulta, de aproximadamente unos 65 años, quien vestía una chaqueta de cuero negro, pantalones y zapatillas. Al acercarse a ellos, los jóvenes se retiraron rápidamente antes que el funcionario policial llegara a ellos, quedando solo la mujer. Luego de identificarse el funcionario policial procedió a solicitar a la mujer su documentación. Esta luego de revisar sus ropas, le indicó que no poseía documentación alguna. En

²⁶⁶ Caso utilizado en numerosos cursos de litigación del INECIP.

estas circunstancias el funcionario pudo observar que la mujer portaba en distintas partes de su ropa una gran cantidad de billetes y algunas bolsitas, usadas ordinariamente para vender droga, por lo cual procedió a revisarla encontrando en el bolsillo interior derecho de su chaqueta 9 bolsitas rectangulares de color blanco y quinientos pesos.

Al revisar el contenido de uno de ellas, encontró yerba de color verde, dubitada como marihuana. Ante dicha situación el funcionario procedió a la detención de la mujer, a la lectura de sus derechos y a su traslado a la Comisaría, en la cual la mujer se identificó como Carmen Rosales, domiciliada en Avda. Córdoba Sur n° 1822, donde vive con su marido epiléptico y sus seis hijos. Además agregó ser consumidora de marihuana y que la encontrada en su poder tenía esa finalidad.

El dinero y la droga fueron retirados a la detenida, guardándolos en dos bolsas plásticas selladas y rotuladas. La droga, fue pesada (18,95 gramos) fue enviada el día de hoy a la Unidad Regional número IV de la Policía Federal para su análisis.

Fernando Matute

Subcomisario

II. Constancia de antecedentes

Buenos Aires, 29 de noviembre.

Registro Civil e Identificación.

Nombre: Carmen Rosales.

Fecha de Nacimiento: 27 julio 1948.

DNI: 4.116.327.

No registra antecedentes condenatorios. Presenta una rebeldía por una causa seguida por el delito de lesiones recíprocas con Manuel Hurtado López, de fecha 3 de marzo de 2011.

III.

Personal policial se constituyó en el domicilio que la Sra. Rosales dio como el lugar donde vive. Allí nos entrevistamos con los vecinos Juan López y Carlos Sánchez, quien dan cuenta que la Sra. vive allí desde hace unos cinco años a la fecha. Refieren que tiene mal concepto en el vecindario.

IV. Declaración de la inculpada

En Buenos Aires, a los 29 días del mes de noviembre, se presenta ante el fiscal auxiliar de turno la imputada y su defensor de confianza, quienes manifiestan haber tenido su entrevista previa a la presente. Y habiendo sido informada de sus derechos de acuerdo al Código Procesal Penal, comparece libre y voluntariamente a prestar declaración en esta Dependencia, doña Carmen Rosales, de 66 años, casada, ama de casa, domiciliada calle Córdoba 1822, DNI. 4.116.327. La transcripción de su declaración es la siguiente:

"Hoy, aproximadamente a las 15:30, encontrándome transitando por la plaza central, me detuvo un policía pidiéndome que me identificara. Yo no traía mis documentos porque se me perdieron hace como dos meses. Pero traté de buscar entre mis cosas algún documento que le sirviera, como mi carné de la obra social. En eso me dijo que por qué tenía dinero, yo le dije que era mío, entonces me revisó y encontró unas bolsitas con marihuana y me tomó detenida, previa lectura de mis derechos. Yo le señalé que era para fumármela yo, porque desde aproximadamente un año que la consumo habitualmente, pero igual me llevó detenida. También la fuma mi marido, que es epiléptico y el médico se la recetó para paliar sus molestias. Me encontraba en las inmediaciones de la plaza, de la Universidad y del colegio secundario allí ubicado porque yo me ofrezco para hacer la limpieza a las madres de los estudiantes o cualquier otro trabajo que pudieran requerir. Por eso tenía esa plata".

Firmado Carmen Rosales

11.3. Análisis de casos

Elabore, en cada uno de los casos, la teoría del caso de la acusación y de la defensa. Para ello debe identificar lo siguiente:

- Cuáles son los hechos incontrovertibles.
- Cuáles son los hechos en los que puede haber controversia entre ambas teorías del caso.
- Cuáles son las fortalezas y debilidades de cada testigo, indicando –para el caso de los exámenes directos– si es aconsejable anticiparlas.

- Orden de presentación de su prueba.

Luego trabaje sobre los siguientes aspectos:

- Mantenga una entrevista con el los testigos.
- Elabore una guía analítica genérica (todos los testigos) y específica de cada testigo, para la planificación de sus exámenes directos, valiéndose para tal fin, de las tablas aquí sugeridas.
- Acredite al testigo en forma adecuada.
- Trabaje sobre el examen directo de los testigos.
- Utilice preguntas abiertas, cerradas y sugestivas negativas.
- Haga uso del apoyo gráfico.
- Anticipe una debilidad en el testimonio.

Bibliografía consultada

- Andrés Ibáñez, Perfecto, *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Claves del derecho procesal penal, Hammurabi, Buenos Aires, 2009.
- Anitua, Gabriel Ignacio, *Justicia penal pública. Un estudio a partir del principio de publicidad de los juicios penales*, Colección Tesis Doctoral n° 1, Del puerto, Buenos Aires, 2003.
- Bailey, Lee, *Cómo se ganan los juicios. El abogado litigante*, Limusa, México, 2012.
- Batista Ortiz, Elpidio, *El abogado defensor puertorriqueño: litigación, vivencias, casos y comentarios*, Situm, San Juan de Puerto Rico, 2012.
- Baytelman, Andrés, "El juicio oral", en AA.VV., *Nuevo Proceso Penal*, Conosur, Santiago de Chile, 2000.
- y Duce, Mauricio, *Litigación penal, juicio oral y prueba*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2004.
- y Vargas, Juan Enrique, *Habilidades y destrezas de los jueces en la conducción y resolución de los juicios orales*, publicación del CEJA, Santiago de Chile, Chile.
- Bergman, Paul, *La defensa en juicio*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1989.
- Binder, Alberto, *La implementación de la nueva justicia penal adversarial*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2012.
- *Introducción al derecho procesal penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999.