



# GUÍA OPERATIVA DE LITIGACIÓN ORAL CON EL CÓDIGO PROCESAL PENAL

SECRETARÍA TÉCNICA DE LA COMISIÓN  
ESPECIAL DE IMPLEMENTACIÓN DEL  
CÓDIGO PROCESAL PENAL  
2020



PERÚ

Ministerio  
de Justicia  
y Derechos Humanos





Nuevo Código  
Procesal Penal

# GUÍA OPERATIVA DE LITIGACIÓN ORAL CON EL CÓDIGO PROCESAL PENAL

SECRETARÍA TÉCNICA DE LA COMISIÓN  
ESPECIAL DE IMPLEMENTACIÓN DEL  
CÓDIGO PROCESAL PENAL  
2020



PERÚ

Ministerio  
de Justicia  
y Derechos Humanos

## **MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS**

### **Elaborado por:**

Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal Secretaría Técnica  
Scipión Llona 350, Miraflores, Lima 18  
Teléfono (+511) 204-8020 Anexo 1397  
[www.minjus.gob.pe](http://www.minjus.gob.pe)

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2020-08048

Primera Edición (Virtual)  
Diciembre de 2020

### **Impreso en:**

Digital Print Publicidad y Diseño SAC  
RUC: 20566457050  
Au. 2 de Mayo N° 433 Int. A P.J. Nueva Esperanza Piso 1 Villa María del Triunfo



PERÚ

Ministerio de Justicia  
y Derechos Humanos

Despacho  
Ministerial

Comisión Especial  
de Implementación  
del Código Procesal Penal

## GUÍA OPERATIVA DE LITIGACIÓN ORAL CON EL CÓDIGO PROCESAL PENAL

**DR. EDUARDO ERNESTO VEGA LUNA**

Ministro de Justicia y Derechos Humanos

Presidente de la Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal

**DR. FELIPE ANDRÉS PAREDES SAN ROMÁN**

Viceministro de Justicia

**Edición al cuidado de:**

Secretaría Técnica de la Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal

**Dr. Armando Plazolles Portugal**

(Secretario Técnico)

**Equipo Responsable:**

Dalmiro Huachaca Sánchez

Luis Eduardo Rodríguez Vergara

Héctor Vicente Najarro Torres

Rosa Encarnación Guardia Díaz

Henry Miller Abanto Castro

Oscar Sebastian Mejía Gonzáles

Carlos Alberto Alonso Quispe

Andy Nail Flores Navarro

Gilda Che Piu Deza

Paola Asunción Cuya Sumalavia

Brando Gabriel Espinoza Paz de la Vega

Esta obra es de circulación nacional y está destinada a los jueces, fiscales, policías, defensores públicos, defensores privados, estudiantes de derecho y a la ciudadanía en general.

Reservados todos los derechos al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito del titular de Copyright.

Esta publicación es de carácter gratuito y acepta canjes con publicaciones de temas jurídicos y de ciencias sociales en general.



## **AGRADECIMIENTO INSTITUCIONAL**

La presente obra es gracias al valioso aporte y contribución de los siguientes abogados expertos en materia penal y procesal penal nacionales e internacionales, a quienes la Secretaría Técnica de la Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal expresa el agradecimiento correspondiente.

- Dalmiro Huachaca Sánchez (Perú) - Coordinador
- Leonardo Moreno Holman (Chile)
- Ricardo Elías Puelles (Perú)
- Carla Pratt Corzo (México)
- Felipe Marín Verdugo (Chile)
- Rogelio Contreras Melara (El Salvador)
- María Celeste Jiménez Riveros (Chile)
- Giammpol Taboada Pilco (Perú)



## ÍNDICE

<b>PRESENTACIÓN</b>	<b>15</b>
<b>INTRODUCCIÓN</b>	<b>17</b>

<b>CAPÍTULO I: LA TEORÍA DEL CASO</b>	
<i>Leonardo Moreno Holman (Chile)</i>	<b>21</b>

---

Concepto	21
Cuál es la oportunidad para elaborar una teoría del caso	22
Hasta qué momento se puede seguir modificando la teoría del caso	23
Algunas características esenciales de la teoría del caso	24
Utilidad e importancia de la teoría del caso	29
Metodología de la elaboración de la teoría del caso	30
Paso 1. Generación o elaboración de un relato de hechos	30
Paso 2. Identificación de la Teoría Jurídica a sostener o cuestionar	40
Paso 3. Identificación de las proposiciones fácticas del caso	40
Paso 4. Búsqueda y selección de la evidencia necesaria para acreditar la teoría del caso	42
Paso 5. Identificación de las debilidades del caso	43
Palabras finales	45
Bibliografía	47

<b>CAPÍTULO II: ALEGATOS DE APERTURA</b>	
<i>Ricardo Elías Puelles (Perú)</i>	<b>49</b>

---

1. Introducción	49
2. Concepto	51
2.1. Es un acto de comunicación oral	52
2.2. Es el primer acto de comunicación relevante	53
2.3. Se presentan pretensiones de verdad	53
3. Elementos	53
3.1. Enunciados fácticos	54
3.2. Calificación jurídica	57
3.3. Pruebas ofrecidas y admitidas	58
4. Sugerencias	59
4.1. Emplear un lema es útil	60
4.2. Tenga en cuenta los efectos de la primacía y recencia	62
4.3. Maneje adecuadamente el tiempo	63
4.4. Emplee lenguaje sencillo, sin expresiones confusas	63

4.5. Emplee apoyo gráfico, pero evite los distractores	64
4.6. Evite leer el alegato de apertura	65
5. Ejercicio práctico	66
5.1. Carpeta de investigación	66
5.2. Requerimiento acusatorio	71
5.3. Alegatos de apertura	72
Bibliografía	73

### **CAPÍTULO III: EL EXAMEN DIRECTO**

<i>Leonardo Moreno Holman (Chile)</i>	76
---------------------------------------	----

---

1. Concepto	76
2. Importancia	76
3. A quién corresponde efectuar el examen directo	77
4. Qué declarantes pueden ser interrogados directamente	77
4.1. Los testigos	77
4.2. Los peritos	78
5. Alcance del examen directo	78
6. Objetivos del examen o interrogatorio directo	79
6.1. Acreditar las proposiciones fácticas de nuestra teoría del caso	79
6.2. Acreditar aquellas proposiciones fácticas de la parte que refutan la teoría del caso de la contraria	79
6.3. Introducir durante la audiencia de juicio oral la denominada prueba material	80
6.4. Acreditar o legitimar a los declarantes	80
7. Preparación del examen directo	80
7.1. Identificación de las proposiciones fácticas a acreditar	80
7.2. Selección de los testigos idóneos	81
7.3. Preparación de los declarantes	81
7.4. Explique al declarante la dinámica de una declaración en juicio	82
7.5. Prepárese para abordar las debilidades del declarante o su testimonio	82
8. Tipos de preguntas a utilizar en el examen directo	83
8.1. Preguntas abiertas	83
8.2. Preguntas cerradas	83
8.3. ¿Cómo debemos construir y formular las preguntas?	84
9. Preguntas objetables en el examen directo	85
10. Estructura tipo de un examen directo o interrogatorio	86
10.1. Preguntas de acreditación	87
10.2. Preguntas introductorias	89

10.3. Las transiciones	90
10.4. Las preguntas sobre los hechos	90
11. Comportamientos esperados del litigante para un examen directo eficaz	92
12. El nuevo examen o interrogatorio directo (el re-directo)	98
13. El examen directo de peritos	99
13.1. Preguntas de acreditación	100
13.2. El examen sobre las actividades realizadas por el perito en el caso	100
13.3 Exposición y ratificación de sus conclusiones	101
Bibliografía	101

#### **CAPÍTULO IV: EL USO EN JUICIO DE LAS DECLARACIONES PREVIAS PARA EL REFRESCAMIENTO DE MEMORIA**

<i>Dalmiro Huachaca Sánchez (Perú)</i>	<b>104</b>
1. Introducción	104
2. Declaraciones previas	105
3. Sugerencias para el refrescamiento de memoria.	111
Bibliografía	117

#### **CAPÍTULO V: EL CONTRAEXAMEN**

<i>Leonardo Moreno Holman (Chile)</i>	<b>119</b>
Concepto	119
Importancia del contraexamen	119
Alcance del contraexamen	119
Objetivos a alcanzar con la contrainterrogación	120
Preparación del contraexamen	125
¿Se puede preguntar sobre puntos respecto de los cuales se ignora la respuesta?	125
Preguntas a utilizar en el contraexamen	126
¿Cómo se estructura una pregunta sugestiva?	127
¿Solo pueden utilizarse preguntas sugestivas y las abiertas?	127
Comportamientos esperados de un contrainterrogador	128
¿Siempre se debe contraexaminar?	131
¿Qué hacer cuando un testigo no quiere contestar o evade nuestras preguntas?	132
Otras consideraciones para un contraexamen efectivo	132
La impugnación de los testigos	136
¿Sobre qué materias se puede confrontar?	138
¿Cómo debo proceder a la impugnación utilizando una declaración escrita previa?	138

¿Cómo debo proceder cuando la impugnación se efectuará con la declaración de otro deponente o testigo?	142
El contraexamen de peritos	143
Particularidad de los peritos como declarantes	143
Ámbitos o temáticas abordar en un contraexamen de peritos	145
Otras consideraciones generales	147
Bibliografía	149

## **CAPÍTULO VI: GUÍA PARA EL ANÁLISIS DE TESTIGOS Y PLANEACIÓN DE SU EXAMEN EN EL PROCESO**

***Rogelio Contreras Melara (El Salvador)*** **151**

---

1. Guía para el análisis de testigos	152
2. Guiones para preparación de examen de testigos	156

## **CAPÍTULO VII: LAS OBJECIONES**

***Carla Pratt Corzo (México)*** **163**

---

1. Concepto	163
2. El catálogo de objeciones en la norma procesal.	164
3. La mecánica de la objeción en audiencia.	171
4. ¿Objetar o no hacerlo?	175
Bibliografía	176

## **CAPÍTULO VIII: PRUEBA MATERIAL Y DOCUMENTAL**

***Felipe Marín Verdugo (Chile)*** **178**

---

1. Concepto	178
2. Prueba documental y material como medios de prueba	178
2.1. Deficiencias en inmediación	179
2.2. Deficiencias en contradicción	180
3. Autenticación	180
4. Fundamento normativo	181
5. Recomendaciones y sugerencias	182
5.1 Cómo practicar la autenticación	182
5.2 Distinción entre documentos y declaraciones previas	184
Bibliografía	187

## **CAPÍTULO IX: ALEGATOS DE CLAUSURA**

*María Celeste Jiménez Riveros (Chile)*

**189**

1. Concepto	189
2. Principios orientadores	190
2.1. La verdad procesal	190
2.2. El principio de inocencia y la duda razonable	190
2.3. Se trata de hechos, no de una “idea de los hechos”	191
2.4. El alegato de clausura es un prospecto de la sentencia	192
2.5. La carga de la prueba	193
2.6. Las garantías de un debido proceso	194
3. Estructura de los alegatos de clausura	195
3.1. Revisión del hecho de la acusación	195
3.2. Petición concreta y uso del lema y tema	196
3.3. Teoría del caso, conclusiones y proposiciones fácticas	197
3.4. Prueba indiciaria y prueba directa	199
3.5. La aplicación del derecho	201
4. Recomendaciones y/o sugerencias	201
5. Modelo de alegato de clausura (caso práctico)	207
5.1. Estructura del alegato para fiscalía	207
5.2. Estructura del alegato para defensa	208
Bibliografía	208

## **CAPÍTULO X: LITIGACION ORAL EN AUDIENCIAS DE APELACION DE SENTENCIAS**

*Giammpol Taboada Pilco (Perú)*

**210**

1. Derecho a la pluralidad de instancias	210
2. Recurso de apelación	212
3. Fase escrita del trámite de apelación	223
4. Fase oral del trámite de apelación	229
Bibliografía	235



## PRESENTACIÓN

El Código Procesal Penal ha transformado la justicia penal en el Perú y ha traído mejoras en términos de celeridad, transparencia y respeto a las garantías de las partes procesales; sin embargo, la materialización de estos beneficios no depende solo de un cambio normativo, sino principalmente de cómo este es aplicado por los operadores en los casos concretos. Este es el mayor reto de la reforma procesal penal, porque implementar el modelo acusatorio que inspira el Código Procesal Penal implica un cambio cultural, lo que no ocurre automáticamente con la vigencia del código, sino que es el resultado de un trabajo de capacitación y práctica que toma tiempo en consolidarse. Esto es así porque la mayoría de los operadores se ha formado con el modelo inquisitivo escrito, que aprendieron en la universidad y en su ejercicio profesional y a cuyas prácticas tenderán a retornar de manera inconsciente.

En el modelo acusatorio, la etapa principal del proceso es el juzgamiento, que tiene como principios fundamentales la oralidad, la inmediatez y la contradicción, los cuales determinan la forma de llevar a cabo la actividad procesal. Al respecto, el juez supremo José Neyra Flores (2007) señala lo siguiente:

*“El objetivo central de las partes que participan en el juzgamiento, es establecer su caso como el más creíble, aquel que logra explicar mejor la prueba. Establecer nuestro caso como el más creíble ante los ojos del juzgador, exige conocimiento en las técnicas de litigación oral, que comprenden: Elaboración de la teoría del caso, saber cómo realizar un efectivo examen directo, contraexamen, presentar la prueba material, objetar, realizar un buen alegato de apertura y alegato de clausura” (p. 39).*

En el juicio oral corresponde al abogado, a través de un adecuado uso de las técnicas de litigación oral, lograr que las pruebas e información producida en la audiencia generen convicción en el juez. En ese escenario, los abogados que aplican el Código Procesal Penal deben tener, además de una sólida formación en derecho penal y procesal penal, dominio de las técnicas de litigación oral. En el modelo acusatorio el abogado no puede limitarse a la invocación de las normas aplicables, sino que además debe ser capaz de planificar estratégicamente la actividad procesal y dominar las técnicas de la litigación oral, ya que, de no ser así, es posible que las pruebas presentadas pasen inadvertidas ante el juez en el juicio oral.

Con el objetivo de contribuir al fortalecimiento de las capacidades de los operadores que trabajan bajo el modelo acusatorio, me complace presentar la “Guía operativa de litigación oral con el Código Procesal Penal”, que es un trabajo de la Secretaría

Técnica de la Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal que reúne las mejores prácticas en litigación oral compartidas por reconocidos expertos en derecho procesal penal de Perú, Chile, México y El Salvador. En esta guía se exponen cuestiones estratégicas para el fiscal y el defensor desde el conocimiento del caso hasta su desarrollo en la etapa de juzgamiento, que también debe conocer el juez para cumplir adecuadamente su rol de director de la audiencia.

Además de los operadores jurídicos del sistema de justicia penal, la “Guía operativa de litigación oral con el Código Procesal Penal” está dirigida a los estudiantes de derecho, con la expectativa de que sean ellos quienes, a través de su ejercicio profesional, consoliden el modelo acusatorio en el Perú.

La eficacia y el respeto del debido proceso del Código Procesal Penal no depende solo de un cambio normativo, sino principalmente de cómo trabajan los abogados con las nuevas reglas. En ese sentido, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos seguirá acompañando los esfuerzos de los operadores jurídicos y estudiantes de derecho a través de programas y actividades que contribuyan a fortalecer sus capacidades para desempeñarse adecuadamente con el Código Procesal Penal, lo que necesariamente incluye las técnicas de litigación oral.

Lima, 7 de diciembre de 2020

**Eduardo Ernesto Vega Luna**

Ministro de Justicia y Derechos Humanos  
Presidente de la Comisión Especial de Implementación  
del Código Procesal Penal

## **INTRODUCCIÓN**

En el proceso penal con el modelo acusatorio, el abogado litigante debe tener un amplio conocimiento de las diversas materias que involucra la defensa penal, pero todo ese bagaje de conocimiento tiene que enmarcarse en la litigación estratégica. Esto se explica porque con el Código Procesal Penal, las partes deben planificar y realizar su actuación procesal desde que se inicia el caso con el objetivo de generar convicción en el juez en el juicio oral.

Con la “Guía operativa de litigación oral con el Código Procesal Penal”, la Secretaría Técnica de la Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal quiere contribuir a atender esa necesidad. A través de las prácticas compartidas en cada capítulo por los expertos internacionales que han colaborado con su elaboración, se espera ayudar a fortalecer las habilidades de los operadores jurídicos, de modo que ellos puedan incorporar estas técnicas a su trabajo diario y tener un mejor desempeño en los procesos penales. Además, la guía servirá a los estudiantes de derecho que en un futuro cercano serán jueces, fiscales y abogados defensores en la especialidad penal.

En el Capítulo I de la guía se desarrolla la teoría del caso, a la que el autor define como un conjunto de actividades estratégicas que debe desarrollar un litigante frente a un caso, que le permitirán determinar la versión fáctica que sostendrá ante un tribunal, su sustento normativo y decidir la manera más eficiente y eficaz de presentarla persuasivamente.

El Capítulo II trata sobre el alegato de apertura, definido como un ejercicio persuasivo en el que el litigante presenta al juez los hechos más convincentes de la teoría del caso. En este capítulo, el autor comparte diversas recomendaciones que permitirán presentar un alegato de apertura que capte la atención del juez para que pueda ser comprendido y recordado.

Luego, el Capítulo III desarrolla el examen directo, que es la revisión de los testigos propios durante el juicio oral. Allí se resalta la importancia de esta técnica de litigación para dar a conocer al juez las proposiciones centrales de la teoría del caso e incluye aspectos como la preparación del examen directo, los tipos de preguntas, su estructura, entre otros.

En el Capítulo IV se desarrolla el uso en juicio de las declaraciones previas para el refrescamiento de memoria. Este capítulo es presentado de manera separada al de examen directo - que es donde le corresponde estar incluido -, atendiendo a que el Código Procesal Penal establece el procedimiento de refrescamiento de memoria para peritos y testigos en el inciso 6 del artículo 378.

A continuación, en el Capítulo V se desarrolla el contraexamen, definido como el conjunto de preguntas que se dirigen por un litigante al declarante que ya ha prestado testimonio directo ante el tribunal. El capítulo desarrolla aspectos como la importancia, alcance y objetivos del contraexamen, la preparación, las preguntas a utilizar, preguntas sugestivas y abiertas, el momento para contrainterrogar, entre otros.

En el Capítulo VI se presenta una guía para el análisis de testigos y planeación de su examen. El objetivo del capítulo brindar herramientas que permitan anticiparse al examen de testigos, definiendo sus objetivos de antemano, para preparar las preguntas que eventualmente realizarán y hacer una autoevaluación una vez ejecutado.

La guía continúa con el Capítulo VII, sobre las objeciones, definidas como la forma de garantizar el principio de contradicción a las preguntas de la contraparte, permitiendo así que las partes puedan ejercer el control horizontal natural de un sistema acusatorio.

El Capítulo VIII, sobre la prueba material y documental, aborda la relevancia de que la prueba se practique con intermediación y contradicción, las deficiencias que tienen las cosas para cumplir ambas condiciones y la autenticación como proceso probatorio para aliviar las deficiencias de la prueba material y documental.

A continuación, el Capítulo IX trata el alegato de clausura, cuyo objetivo es proponer conclusiones sobre los hechos que se han presentado durante el juicio oral. En esta parte no se agregan hechos nuevos, ni medios de prueba; sin embargo, usando la estrategia es posible, al hilar los argumentos, dar valor a hechos o circunstancias públicos y notorios, que forman parte de la lógica y las máximas de la experiencia.

Para finalizar, el Capítulo X desarrolla la litigación oral en las audiencias de apelación de sentencias. El capítulo inicia con una sección sobre el derecho a la pluralidad de instancias y luego analiza la fase escrita y oral del trámite de apelación.

En suma, la “Guía operativa de litigación oral con el Código Procesal Penal”, a través de las recomendaciones y prácticas incluidas en cada capítulo, buscan orientar el trabajo de los operadores jurídicos y fortalecer sus capacidades en litigación oral.

Para finalizar, quiero agradecer, en el orden en que aparecen los capítulos en la guía, los valiosos aportes de los profesores Leonardo Moreno Holman (Chile), Ricardo Elías Puelles (Perú), Rogelio Contreras Melara (El Salvador), Carla Pratt Corzo (México), Felipe Marín Verdugo (Chile), María Celeste Jiménez Riveros (Chile)

y Giampol Taboada Pilco (Perú), quienes en forma desinteresada se sumaron a lo largo de varios meses a la elaboración de la presente guía en forma conjunta con el abogado Dalmiro Huachaca Sánchez (Perú), encargado de la coordinación y revisión del documento, cuyo contenido estoy seguro que será de gran utilidad para ustedes.

Lima, 7 de diciembre de 2020

**Armando Plagolles Portugal**

Secretario Técnico La Comisión Especial de Implementación  
del Código Procesal Penal



## CAPÍTULO I:

### LA TEORÍA DEL CASO

Leonardo Moreno Holman<sup>1,2</sup> (Chile)

Con la instalación en la mayoría de los países de Latinoamérica de modelos de procedimiento penal acusatorio oral con un marcado contenido “adversarial”, se ha originado un cambio sustantivo no solo en la forma en que ha de desarrollarse un proceso penal basado en la inmediación del tribunal, la oralidad, la publicidad de las audiencias y la consolidación del principio contradictorio como el mecanismo idóneo de generar la información con la que un juez adoptará sus decisiones<sup>3</sup>. Este cambio también ha impactado en la forma de concebir el rol que han de tener los abogados litigantes que intervendrán en estos sistemas de enjuiciamiento criminal, quienes pasan a tener un rol protagónico en el funcionamiento de los modelos adversariales, pues se les asigna un papel preponderante en la búsqueda y producción de la información con la que los tribunales, sea en las etapas preliminares o en la de juicio oral, deberán adoptar y fundar sus decisiones.

Los litigantes deberán planificar de manera concienzuda la forma en que enfrentarán cada una de las etapas y audiencias del sistema penal y cómo utilizarán de manera eficaz las diversas técnicas de litigación que se requieren para desempeñarse competentemente en las distintas audiencias judiciales y en particular la audiencia de juicio. Precisamente, para ayudarle en esa tarea de litigar oralmente ante los tribunales viene en su auxilio la herramienta de la teoría del caso.

#### Concepto<sup>4</sup>

*Se trata de “una simple, lógica y persuasiva historia sobre lo que realmente sucedió, desde nuestro propio punto de vista. Debe ser consistente con la evidencia*

[ 1 ] Ex Defensor Regional Metropolitano Norte, en la ciudad de Santiago, Chile; director del Departamento de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado, LLM en Litigación Oral y Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos.

[ 2 ] Para un mayor detalle de algunas de las cuestiones tratadas en este apartado recomendamos ver: Moreno Holman, Leonardo; Teoría del Caso; Colección Litigación y enjuiciamiento penal adversarial; Ediciones Didot; año 2012.

[ 3 ] Cuestión que no es diferente en general a los paradigmas que rigen la instalación de modelos orales de juggingamiento en otras áreas del derecho sustantivo.

[ 4 ] Recomendamos leer sobre el punto a Pabón Gómez, Germán; Cómo la teoría del caso imita al Ajedrez; Grupo Editorial Ibáñez; Colombia, año 2019. Pp. 17-25.

*no controvertida y con nuestra propia versión de la evidencia controvertida y la aplicación del derecho sustantivo*<sup>5</sup>.

Nosotros la entendemos como una metodología de trabajo orientada a la toma de decisiones estratégicas, por ello la definiremos como **“un conjunto de actividades estratégicas que debe desarrollar un litigante frente a un caso<sup>6</sup>, que le permitirán determinar la versión fáctica que sostendrá ante un tribunal, su sustento normativo y decidir la manera más eficiente y eficaz de presentarla persuasivamente, mediante argumentaciones y evidencias que la acrediten, para ser conocida y resuelta en un hipotético o real juicio oral, con el propósito de obtener las consecuencias jurídicas que se correspondan con ella”**.

La teoría del caso tiene como supuesto básico que hay distintas formas de preparar y presentar un caso para ser litigado en un proceso penal o de otra naturaleza. La forma que se propone es la de planificar minuciosamente cada actividad que se desarrollará durante el curso del proceso, de manera de definir una estrategia que orientará la toma de decisiones de los litigantes para intervenir de la manera más eficiente en cada una de las audiencias preliminares, en sus negociaciones con su contraparte y, en particular, en la audiencia de juicio.

### Cuál es la oportunidad para elaborar una teoría del caso

Se debe elaborar desde que el litigante toma el primer contacto con la causa penal<sup>7</sup>. El fiscal debe comenzar a elaborar su teoría del caso, al menos con carácter provisional, desde el primer momento en que tiene contacto con los hechos del caso, sea por una denuncia, querrela o porque se le comunica la existencia de un detenido. Desde ese instante, con la información con la que cuente, deberá formular una o más posibles hipótesis de trabajo, las cuales deberá someter permanentemente a un test de consistencia con las evidencias y avances de la investigación hasta optar por una sola versión que explique los hechos al concluir su investigación, la que consignará en su escrito de acusación<sup>8</sup>.

De igual manera, un defensor deberá elaborar una teoría del caso provisional construida a partir del análisis de los antecedentes de la carpeta investigativa fiscal,

---

[ 5 ] Mauet, Thomas A. Trial Techniques. 7ma. Edition. New York: Wolters Kluwer Law & Business, Aspen Publishers, 2007, p. 491.

[ 6 ] Como metodología de trabajo destinada a la planificación estratégica de un caso.

[ 7 ] Peña González, Óscar. Técnicas de Litigación Oral; Lima: Apecc, 2008, p. 146 donde se señala que la teoría del caso se construye desde el momento en que las partes tienen conocimiento de los hechos.

[ 8 ] En igual sentido, Talleres de capacitación “Nuevo Proceso Penal Acusatorio”, Ministerio Público, Fiscalía de la Nación y Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito, Módulo 1: Teoría del caso y mecanismos de investigación criminal. Lima, 2008, p. 2.

sus propias investigaciones y su entrevista con el imputado, para enfrentar las primeras audiencias judiciales, como el control de legalidad de la investigación, la formalización de la investigación o formulación de la imputación y los debates sobre procedencia de medidas cautelares personales, la que luego podrá ir enriqueciendo o corrigiendo con el conocimiento que adquiera en mayor profundidad de la carpeta o legajo investigativo de la fiscalía y con los antecedentes que surjan de su propia investigación<sup>9</sup>.

### Hasta qué momento se puede seguir modificando la teoría del caso<sup>10</sup>

Esta tarea de permanente reingeniería de la versión sobre los hechos y la evidencia que la sustenta se hace inamovible para el Ministerio Público al momento en que la fiscalía decide acusar y llevar a juicio a un determinado imputado. A esa altura del procedimiento, el fiscal debe tener afinada con precisión su imputación penal y contar con los elementos probatorios que le permitan sostenerla, bajo los estándares de un juicio oral.

Respecto de la defensa del imputado, su teoría del caso debe estar necesariamente definida al momento de celebrarse la audiencia de preparación de juicio oral, pues en ella debe anunciar la evidencia que ofrece para ser producida en juicio oral; la cual, indefectiblemente, debe estar vinculada a la versión de cómo acontecieron los hechos que sustentará la defensa.

Lo manifestado previamente no significa necesariamente que al decidir acusar un fiscal o al encontrarnos en una audiencia de preparación de juicio oral<sup>11</sup> se agoten las posibilidades de que una causa termine de una manera distinta a la sentencia, solo significa que de allí en adelante ya se cuenta con una versión definitiva de los hechos y con la evidencia necesaria para sustentarla, pero nada impide que, dado el pronóstico de éxito de la causa, se realicen por los litigantes gestiones o negociaciones tendentes a acordar una forma de término diferente al juicio oral<sup>12</sup>.

---

[ 9 ] Sobre lo indispensable y relevante que es la investigación que debe desarrollar la defensa, ver Rúa, Gonzalo; *Contraexamen de testigos*; Colección Litigación y enjuiciamiento penal adversarial; ediciones Didot, Argentina; año 2014; pp. 60-67.

[ 10 ] Seguiremos sobre el punto lo que señalamos en Moreno (2012); pp. 30 y 31 con algunos complementos.

[ 11 ] En otras legislaciones denominada audiencia intermedia, preliminar o preparatoria.

[ 12 ] Por ejemplo, es posible acordar una salida alternativa o un procedimiento abreviado en la misma audiencia de preparación de juicio, permitiéndose en este último caso incluso la modificación de la acusación ya presentada para los efectos de hacer posible el abreviado. Incluso en otros países la causa podría culminar al inicio de la misma audiencia de juicio, como ocurre en Perú, con la denominada conclusión anticipada del juicio del artículo 372 del CPP Peruano.

## Algunas características esenciales de la teoría del caso

### a. Debe elaborarse respecto de cada uno de los casos que asuma un litigante

Sea con carácter provisional o definitivo, en cada caso en que deba intervenir un litigante deberá adoptar una posición estratégica respecto de ese caso, a fin de poder adoptar las decisiones destinadas a definir el mecanismo de resolución de la causa y su postura respecto de los hechos del caso.

### b. Se elabora teniendo a la vista el juicio oral

Todo el diseño y elaboración de la estrategia para abordar un caso penal se hace teniendo a la vista el juicio oral, que en muchos casos jamás llegará a realizarse. Son precisamente sus estándares de admisibilidad, producción y valoración de la prueba, de condena y fundamentación de la sentencia los que determinan el accionar de los litigantes para fijar el derrotero de una causa, tanto en la etapa de investigación como en el juicio mismo<sup>13</sup>.

### c. Es única desde la perspectiva fáctica

El relato fáctico esencial que sostendremos ante los jueces debe ser uno solo. No es razonable plantear relatos alternativos<sup>14</sup> o subsidiarios, y menos cuando ellos son incompatibles entre sí<sup>15</sup>.

Sin perjuicio de lo dicho, durante la etapa de la investigación, y sin duda al momento de tomar un primer contacto con el caso<sup>16</sup>, el litigante puede legítimamente establecer más de una hipótesis explicativa sobre la cual trabajar el caso, siempre que ellas se correspondan con los antecedentes fácticos recopilados y conocidos por el litigante a esa fecha. Una vez formuladas estas eventuales hipótesis múltiples, lo que corresponde es que el litigante vaya descartando algunas de ellas hasta que opte por una sola<sup>17</sup>.

---

[ 13 ] En igual sentido, Oré Guardia Arsenio y Loza Avalos, Giulliana, en su artículo: Teoría del Caso, señalan que el juicio oral es el eje central del proceso; no porque toda investigación deba terminar en juicio oral, sino porque las decisiones más importantes del proceso deben ser asumidas en función de lo que se conseguiría en el juicio oral.

[ 14 ] Lo mismo señala, Neyra Flores, José Antonio. *Manual del nuevo proceso penal y de litigación oral*. Lima: Editorial Idemsa, 2010, p. 734.

[ 15 ] Es una forma de asegurarse, en el caso de los fiscales además de no infringir el principio de congruencia, que exige una correspondencia entre las personas, hechos y circunstancias esenciales que se hacen valer en la imputación o formalización, la acusación y la sentencia.

[ 16 ] Estas hipótesis de trabajo para elaborar una teoría del caso definitiva, normalmente, comprenden dos aspectos a saber: Una hipótesis de carácter descriptiva, en la que debemos responder la pregunta qué es lo que pasó, y una hipótesis explicativa, en la que daremos respuesta a la interrogante por qué sucedió el hecho.

[ 17 ] En igual sentido, Ramos González, Carlos y Vélez Rodríguez, Enrique; *Teoría y Práctica de la Litigación en Puerto Rico*; Editado por Michie of Puerto Rico, año 1996; p. 3, donde se señala a propósito de tener múltiples teorías preliminares, que el proceso investigativo nos ayudará a reafirmar unas y rechazar otras... Es posible que posteriormente obtengamos información que nos ayude a perfilar unas teorías más coherentes y creíbles, descartando otras.

No son razonablemente admisibles, en la lógica de la litigación oral y de una presentación estratégica y persuasiva, que en esos relatos se expresen versiones fácticas subsidiarias e incompatibles o la solicitud de consecuencias jurídicas no coherentes con la descripción fáctica, que eran tan propias de los sistemas inquisitivos y, en ellos, en particular las formuladas por las defensas<sup>18</sup>.

La regla expresada supra, no tiene excepción en el caso de las peticiones que además de subsidiarias sean incompatibles entre sí dado que suponen presupuestos fácticos diferentes; en caso contrario, si son subsidiarias pero se sustentan en la misma base fáctica, es posible sostener su admisibilidad como relato, sin perjuicio de lo cuestionable que pueda ser, en ciertos casos, desde una perspectiva estratégica de la credibilidad del relato y de quien los sostiene el hacer tales planteamientos, y que dado lo estricto del principio de tipicidad pueda ser posible sostener frente a una misma base fáctica la concurrencia de distintos tipos penales<sup>19</sup>. Lo que planteamos aquí no es un tema normativo, si no uno estratégico, pensando en la credibilidad que debe tener un operador que interactuará muchas veces con los mismos jueces.

#### **d. Debe ser permanentemente revisada hasta la determinación de la teoría del caso definitiva**

Como ya hemos señalado, la teoría del caso comienza a definirse al menos preliminarmente, desde que el litigante toma un primer contacto con la causa, por lo que es perfectamente razonable y necesario que esas determinaciones preliminares sean objeto de una revisión y ajuste permanente a medida que la investigación avanza y se consolida, pues algunos antecedentes desconocidos al momento de su elaboración preliminar pueden llevar naturalmente al abandono o modificación de la teoría del caso definida originariamente.

Adicionalmente, se debe tener en consideración que en muchos casos es frecuente que, durante la etapa de investigación, si bien se sostenga una teoría del caso en que el derecho sustantivo esté presente, también muchas de las alegaciones a

---

[ 18 ] Era y es habitual ver en los sistemas inquisitivos como las defensas establecen líneas de argumentación que son no solo subsidiarias la una de la otra, sino que derechamente son contradictorias e incompatibles entre sí. Así, se sostenía en primer lugar la inocencia de un acusado porque este se encontraba en el momento de ocurrencia de los hechos en otro lugar, para luego pedirle al tribunal que si no lo declaraba inocente por falta de participación, considerara la concurrencia de una circunstancia eximente de responsabilidad penal, y si ello tampoco era reconocido entonces le favorecía una causal de justificación, para finalmente aludir a la concurrencia de determinadas circunstancias atenuantes que incidían en la determinación del quantum de la penalidad.

[ 19 ] En el Código Procesal Penal Peruano, en su artículo 349 n° 3, faculta al fiscal para en su acusación señalar, alternativa o subsidiariamente, las circunstancias de hecho que permitan calificar la conducta del imputado en un tipo penal distinto, para el caso que no resultaren demostrados en el debate los elementos que componen su calificación jurídica principal, a fin de posibilitar la defensa del imputado.

formular estarán basadas en consideraciones de carácter procesal o probatorio, como ocurre en los debates sobre la legalidad de una detención, los estándares de procedencia de las medidas cautelares personales o los de admisibilidad de la prueba. Así entonces es posible que, durante el curso de un proceso penal, los debates que deba enfrentar un litigante se centren en algunos momentos en un foco prioritariamente procesal y en otros esencialmente de derecho penal sustantivo.

#### e. Ser simple<sup>20</sup>

La idea es construir una teoría del caso que sea posible de ser planteada de manera breve, sea aceptada y comprendida por el juzgador sin tener que realizar necesariamente profundos o complejos razonamientos jurídicos<sup>21</sup>.

Una construcción simple permitirá manejar de mejor manera los temas de subsunción de los hechos del caso en la normativa jurídica aplicable y también facilitará la tarea de buscar la evidencia necesaria para acreditarla y satisfacer los estándares legales para lograr la convicción del juzgador.

Una teoría del caso muy compleja, con muchos supuestos fácticos y con complejidades probatorias relevantes es posible, pero impactará fuertemente en las demandas de acreditación que se impondrán al litigante, particularmente al acusador<sup>22</sup>. Los jueces no estarán predispuestos fácilmente a aceptar una versión de hechos que ordinariamente por su complejidad, en cuanto a sus supuestos fácticos y posibilidades de acreditación, impongan una carga muy gravosa para el litigante. Esta predisposición negativa de los jueces se verá incrementada si además la versión fáctica entra en colisión con su experiencia y conocimientos acumulados en el tiempo<sup>23</sup>.

#### f. Ser verosímil en abstracto

La teoría del caso debe construirse por el litigante pensando en que ella sea razonable, aceptable y creíble para el tribunal, aún en abstracto, es decir, antes de presentar o producir ante el tribunal la prueba que la justifica. Es posible sostener que la credibilidad de nuestra teoría del caso en juicio se empieza a

---

[ 20 ] Neyra Flores, José Antonio, ob. cit., p. 734, alude a lo mismo utilizando la característica de sencilla.

[ 21 ] Rosas Yataco, Jorge. Derecho Procesal Penal con aplicación al nuevo proceso penal. Lima: Jurista Editores, 2009, p. 615, quien señala que los elementos que la integran deben ser claros y sencillos, sin acudir a raciocinios avanzados o complejos.

[ 22 ] Pensemos a modo ejemplar en la denominada “bala loca” de la película JFK.

[ 23 ] Insistimos en que no estamos planteando que no pueda sostenerse un caso complejo probatoriamente para un litigante, sino que ello le significará importantes esfuerzos de producción y acreditación probatoria durante el desarrollo del juicio oral, para lograr la convicción del juzgador.

construir en el alegato de apertura en que exponemos nuestra versión de hechos, es decir, antes de producir nuestra prueba.

Para lograr que el tribunal esté predispuesto a aceptar nuestra versión de los hechos antes de que rindamos nuestra prueba, nuestro relato debe haberse construido teniendo en cuenta los límites del razonamiento humano, esto es su correspondencia con los principios de la lógica, las máximas de la experiencia, el sentido común y los conocimientos científicamente afianzados.

#### **g. Ser autosuficiente<sup>24</sup>**

La teoría del caso del litigante debe integrar no solo los hechos fuertes del relato del litigante, sino que además aquellos que expresan sus debilidades, para reducirlas al mínimo o entregar una explicación o justificación razonable de ellas, e incluso, si fuera posible, debiera incorporar hechos que forman parte de la historia sostenida por su contraparte<sup>25</sup>.

El sentido de autosuficiencia del relato es proveer al tribunal de juicio de un punto de vista tan cómodo, que le permita comprender y aceptar con un nivel de detalle razonable todo lo que va a acontecer y ser probado en el juicio<sup>26</sup>.

#### **h. Ser flexible<sup>27</sup>**

Si bien la teoría del caso debe ser única, y constituir una planificación u hoja de ruta que el litigante debe desplegar y cumplir en sus diversas intervenciones ante el juez, no debe tener una rigidez tal que impida al litigante adaptarse a situaciones derechamente imprevistas en su planificación<sup>28</sup>, o que habiendo sido consideradas generan en audiencia situaciones imprevistas<sup>29</sup>. En efecto, en el juicio oral, pueden ocurrir acontecimientos no previstos adecuadamente o

---

[ 24 ] Neyra Flores, ob. cit. p. 734. Alude a esta característica señalando que la teoría del caso debe ser omnicompreensiva.

[ 25 ] En igual sentido, Blanco Suarez, Rafael y otros, Litigación Estratégica en el Nuevo Proceso Penal, Lexis Nexis, primera edición, Santiago- Chile, año 2005, pp. 21 y 22.

[ 26 ] El juez en juicio oral conocerá de todos los hechos del caso, no solo de aquellos que sea favorables al litigante que presente su teoría del caso ante el tribunal, en ocasiones se manifestará en la presentación al tribunal de dos versiones fácticas diversas y las evidencias que las sostienen, en otros casos será una única versión, pero respecto de la cual la contraria tratará de resaltar sus debilidades e inconsistencias.

[ 27 ] La misma exigencia formula Rosas Yataco, ob. cit., p. 615.

[ 28 ] Ello podría ocurrir si durante la audiencia de juicio se genera una incidencia para que el tribunal acepte la producción de una prueba nueva, que llegó a conocimiento del litigante con posterioridad a los debates de admisibilidad probatoria de la audiencia preparatoria.

[ 29 ] Sería el caso de un declarante que no llega al juicio a prestar su testimonio o que concurriendo no declara de la manera planificada.

desconocidos para el litigante y este deber ser capaz de reaccionar adecuadamente adaptándose a la nueva realidad que le imponen esos sucesos<sup>30</sup>.

#### **i. Debe permitir adoptar decisiones antes del juicio oral y justificarlas<sup>31</sup>**

La teoría del caso permite anticipar a etapas anteriores al juicio oral la toma de decisiones relevantes sobre el destino de una causa, al proporcionar al litigante una prognosis bastante certera de cuál será el destino de ese caso concreto en un hipotético juicio oral. La teoría del caso del litigante se transforma así no solo en una herramienta indispensable para enfrentar un juicio oral, sino también en un baremo o criterio de negociación.

#### **j. Permite seleccionar con precisión la evidencia a utilizar, y planificar su presentación o producción en juicio**

El litigante que con seriedad elabora su teoría del caso, podrá dilucidar los temas probatorios más relevantes que enfrentará durante el curso del proceso penal: en primer lugar será capaz de identificar con precisión el objeto del juicio, esto es las proposiciones fácticas que se deberán acreditar en el juicio oral, las evidencias admisibles y lícitas que sean capaces de sustentarlas bajo los estándares de juicio oral, adicionalmente decidir el orden de presentación de las mismas o su interrelación, como ocurre con los objetos materiales y ciertos documentos con algunos testimonios en particular, determinar el orden de presentación de la información que ha de proveer cada medio de prueba producido en juicio, el manejo de la prueba indiciaria, entre otras cosas.

#### **k. Tener suficiencia jurídica**

Con ello se quiere significar que la teoría del caso formulada debe satisfacer todos y cada uno de los componentes jurídicos implícitos en ella<sup>32</sup>. Así, debe ser capaz de dar cuenta de todos los elementos de la conducta punible y de la culpabilidad en el caso de un fiscal.

Hemos señalado que desde la perspectiva del ente acusador su teoría del caso debe respetar el principio de legalidad, dando cuenta de cada uno de los

---

[ 30 ] En términos bélicos sería la diferencia entre la estrategia definida para una batalla y las decisiones tácticas que deben adoptarse durante el curso del combate para responder a lo que efectivamente ha ocurrido en ella y que se aparta de la estrategia definida.

[ 31 ] Seguiremos aquí lo planteado en Moreno (2012); pp. 37-38, con algunas modificaciones.

[ 32 ] Ya señalamos que incluso en algunas de las audiencias preliminares estos temas jurídicos relevantes son no solo de fondo sino además de carácter procesal.

elementos de la teoría del delito aplicables a la pretensión fiscal; y desde la perspectiva de la defensa significa que debe determinar la falta de un elemento de la conducta o de la responsabilidad, o de los antecedentes jurisprudenciales que fijan el alcance de la norma o la violación o inexistencia de los procedimientos que garantizan la autenticidad o mismidad<sup>33</sup> de los medios de prueba (cadena de custodia)<sup>34</sup>.

### Utilidad e importancia de la teoría del caso

Citando a Neyra Flores, podemos señalar que la teoría del caso se erige como el instrumento más importante para organizar nuestro desempeño en el proceso penal porque constituye la estrategia, plan o visión que tiene cada parte sobre los hechos que va a probar, teniendo como elementos fundamentales las afirmaciones de hechos relevantes, el derecho aplicable y los medios probatorios que sustentan tales afirmaciones<sup>35</sup>. Todas nuestras actuaciones, dentro del juicio oral, deben ser coherentes y funcionales a nuestra teoría del caso; así, cuando examinamos a nuestros testigos y peritos, o a los de la parte contraria, cuando objetamos o presentamos pruebas materiales, debemos tener en mente de qué manera nuestras actuaciones refuerzan nuestra teoría del caso y debilitan la de la parte contraria, siendo que en la medida que cumplan esas funciones serán efectivas<sup>36</sup>.

En concreto, la construcción de una teoría del caso nos servirá entre otras cosas para:

- a. Elaborar una versión sobre cómo acaecieron los hechos que motivan el proceso penal.
- b. Determinar los elementos normativos implícitos en nuestra versión de los hechos.
- c. Determinar con claridad el objeto de la prueba. Esto es, las proposiciones fácticas que se deberán acreditar durante el curso del juicio oral.
- d. Seleccionar la evidencia pertinente y admisible para acreditar nuestra versión fáctica ante un tribunal en un juicio oral.

---

[ 33 ] Se refiere a aquello por lo cual se es uno mismo, según Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Vigésima segunda edición, año 2001.

[ 34 ] Moreno; (2012); p. 39.

[ 35 ] Neyra Flores, ob. cit., p. 733.

[ 36 ] Ibídem; ob. cit. pp. 733 y 734.

- e. Organizar la presentación de nuestra evidencia en juicio para ser más persuasivo<sup>37</sup>.
- f. Elaborar los alegatos de juicio, tanto el de apertura como el de clausura<sup>38</sup>.

En el alegato de apertura, señalaremos al tribunal sintéticamente cuál es nuestra versión de los hechos, cómo la acreditaremos y cuáles son las consecuencias jurídicas que buscamos en el proceso.

- g. Determinar cuáles son los objetivos estratégicos que debemos alcanzar al ejecutar las distintas técnicas de litigación oral.

Las técnicas de litigación oral se caracterizan por ser neutras; es decir, nos enseñan cómo hacer algo, pero no nos señalan explícitamente con qué sentido estratégico las debemos utilizar en un caso particular. Así, por ejemplo, si estudiamos examen directo o interrogatorio, sabremos qué tipo de preguntas se pueden utilizar con los testigos o peritos propios, pero no nos orientará en lo más importante en un juicio concreto y real, que es saber qué debemos preguntar.

## Metodología de la elaboración de la teoría del caso

La planificación que proponemos supone la realización de siete pasos en total, cinco de los cuales están enfocados prioritariamente en las labores destinadas al diseño y preparación de la teoría del caso, razón por la cual siempre debemos realizar estos primeros cinco pasos para fijar nuestra visión estratégica del caso a litigar, y dos etapas referidas a su ejecución, esto es a la forma de presentarla y justificarla de la manera más eficaz en un juicio oral<sup>39</sup>. En el presente texto nos abocaremos a continuación a la descripción de los cinco pasos necesarios para la elaboración de una teoría del caso.

### Paso 1. Generación o elaboración de un relato de hechos

El primer eslabón de nuestro trabajo es el de construir un relato o versión acerca de lo ocurrido<sup>40</sup>.

---

[ 37 ] Ministerio Público, Fiscalía de la Nación y Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito, ob. cit., p. 6.

[ 38 ] Neyra Flores, ob. cit., p. 735.

[ 39 ] Sobre la razón de avanzar hacia una metodología de trabajo derivada de los componentes básicos de una teoría del caso ver Moreno; (2012); pp. 41-44.

[ 40 ] Como ante cualquier relato este debe contener una hipótesis explicativa de lo ocurrido e incluso muchas veces una hipótesis justificativa de los mismos, como sería por ejemplo el móvil de una conducta.

Para cumplir con esta tarea es indispensable y perentorio que el litigante conozca a cabalidad el caso, esto es, los hechos del mismo, con la mayor precisión y detalle que le sea posible. No debemos olvidar que en el contexto del derecho penal de corte liberal que prima en nuestros días, para que pueda establecerse o sostenerse la responsabilidad penal de un sujeto debe acreditarse una conducta por parte del mismo, lo que supone necesariamente la configuración de un fenómeno fáctico<sup>41</sup>.

Este requerimiento de conocer el caso a cabalidad conlleva una obligación adicional, constituida por la necesidad de realizar investigaciones propias, lo que parece obvio en el caso de los fiscales, pero que se extiende también a las defensas, sea para justificar tesis fácticas alternativas a las sostenidas por la fiscalía<sup>42</sup> o destinadas a proporcionar elementos de refutación de la tesis fiscal y la evidencia que la sostiene<sup>43</sup>.

Para la fiscalía, esta labor de esclarecimiento y establecimiento de los hechos relevantes del caso es esencial toda vez que ella siempre debe sostener una versión de los mismos ante el tribunal, pues a ella, en el proceso penal, le corresponde la carga de probar la imputación penal<sup>44</sup>.

No ocurre lo mismo con la defensa, la cual puede, en algunos casos, renunciar a estructurar un relato alternativo al sostenido por la fiscalía<sup>45</sup> y construir su estrategia de defensa basada en la confrontación o refutación de la tesis acusatoria fiscal, por la insuficiencia probatoria de las evidencias presentadas por la fiscalía para justificarla<sup>46</sup>.

---

[ 41 ] Como veremos más adelante este fenómeno fáctico tendrá una representación normativa.

[ 42 ] Sería el caso que la defensa sostenga la concurrencia de una causal eximente de responsabilidad penal como la legítima defensa, en que deberá acreditar sus requisitos de procedencia, o sostenga una tesis de coartada.

[ 43 ] Cómo ocurriría con la búsqueda de antecedentes destinados a proporcionar información para la elaboración de las materias a abordar en el contraexamen de los declarantes de la fiscalía, o búsqueda de prueba de refutación, por ejemplo.

[ 44 ] Su investigación y construcción del relato de los hechos deberá desarrollarse cumpliendo ciertas ideas matrices como el principio de legalidad, el de objetividad, respetando su obligación de registro, la obligación de descubrimiento, la no infracción del principio prohibición de sorpresa manifestado en el respeto del principio de congruencia, teniendo presente que debe estar en condiciones en juicio de acreditar tesis imputativa en un estándar de más allá de toda duda razonable y que la evidencia con la que debe justificar ese estándar debe haber sido obtenida legítimamente.

[ 45 ] Como ocurriría en el evento de sostener una coartada, que ponga al imputado en un lugar distinto al de ocurrencia de los hechos o que se alegue alguna circunstancia que lo exima de responsabilidad penal, como ocurriría en el caso de justificar un caso de legítima defensa.

[ 46 ] Algunos denominan a esta estrategia defensiva de refutación sin exposición de contra hipótesis; así ocurre en Reyna Alfaro, Luis Miguel. *Litigación estratégica y técnicas de persuasión aplicadas al nuevo proceso penal*. Editora Jurídica Grijley, 2009, pp. 115 y 116

## ¿Qué hechos deben ser considerados para elaborar la teoría del caso?

En las audiencias judiciales preliminares e incluso en el juicio oral no se reconstruyen ante el juez todos y cada uno de los hechos ocurridos en el contexto de la presunta comisión de un ilícito. Ello sería prácticamente imposible dadas las características de concentración del juicio por una parte y por ser, además, innecesario para obtener una sentencia favorable. De lo que se trata es de probar aquellos hechos jurídicamente relevantes que configuran la versión fáctica que sostendremos ante el tribunal. Son hechos de los cuales se desprenden las consecuencias jurídicas buscadas por los litigantes. Adicionalmente deberemos justificar aquellos hechos que aportan a la credibilidad de otros hechos jurídicamente relevantes. Desde ya adelantemos que solo son válidos los hechos jurídicamente relevantes que puedan ser verificados y comprobados en los estándares de un juicio oral<sup>47</sup>.

Una de las actividades del litigante es precisamente la de seleccionar, luego de obtener un conocimiento detallado del caso, cuáles de todos los hechos conocidos serán los que utilizará para construir el relato que sostendrá ante el tribunal y cuáles de ellos utilizará en los debates que deberá afrontar en las audiencias preliminares y cuáles en un eventual juicio oral. Ello es así porque la naturaleza y características de los distintos debates jurídicos que se abordarán en el proceso penal suponen la acreditación muchas veces de distintos hechos<sup>48</sup>.

### La clasificación de los hechos

Una vez que se han identificado de una manera precisa y detallada los hechos presentes en el caso, se debe proceder a su clasificación, para lo cual se propone hacerlo básicamente en las siguientes categorías, miradas desde el punto de vista de la pretensión e interés de la parte que elabora la teoría del caso<sup>49</sup>: Buenos, malos y neutros; distinguiendo adicionalmente entre aquellos catalogados como buenos o malos los denominados inmodificables o inamovibles.

#### a. Hechos buenos

Serán aquellos hechos favorables a la construcción de un relato compatible con nuestro interés o pretensión en el caso. Su identificación es de la mayor relevancia, pues es en torno a esos hechos que se estructurará esencialmente la

---

[ 47 ] En igual sentido, Defensoría del Pueblo. La teoría del caso. Imprenta Nacional Colombia, p. 52.

[ 48 ] En efecto, no son los mismos hechos o al menos no con los mismos énfasis y detalles los que esgrimiremos en un control de legalidad de la detención, en un debate de medidas cautelares o en el juicio oral.

[ 49 ] Es una clasificación orientada por las técnicas de litigación que usaremos en juicio para presentarlos ante el tribunal.

versión definitiva que deba elaborar el litigante para explicar al tribunal cómo ocurrieron los sucesos del caso.

Los hechos buenos o positivos pueden referirse, por ejemplo, a la acreditación del hecho punible, a la participación, a las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, a las circunstancias eximentes o atenuantes de responsabilidad penal, o a dar credibilidad a otros hechos<sup>50</sup>.

## **b. Hechos malos**

Serán aquellos que perjudican el relato a construir a partir de nuestro interés o pretensión. Para la identificación de los mismos resulta útil no agotar nuestro examen al momento de ocurrencia del presunto hecho ilícito, sino extender nuestro análisis a una línea de tiempo y sucesos hacia el pasado.

La idea, con estos hechos identificados *prima facie* como negativos, es ver si existe la posibilidad de intervenirlos para impedir que dañen gravemente nuestra teoría del caso, neutralizándolos o derechamente transformándolos en un hecho positivo para nuestro relato.

## **¿Cómo nos hacemos cargo de estos hechos malos?<sup>51</sup>**

### **i. Presentando prueba de refutación**

Se podrá presentar evidencia propia destinada a desvirtuar esos hechos negativos. Sería el caso de impugnar las pruebas de reconocimiento de un imputado, mediante la prueba de una coartada o la justificación ante el tribunal que dicho reconocimiento no respeta o cumple las reglas conforme al cual debió ser efectuado<sup>52</sup>.

### **ii. Desacreditando el contenido de los testimonios que los sostienen**

Se podrá recurrir a la técnica del contraexamen para interrogar a los deponentes de la contraria que sustenten con su testimonio esos hechos malos<sup>53</sup>.

Nos referimos por ejemplo a relativizar, cuestionar o neutralizar la información proporcionada por un declarante, a controvertir la lógica o coherencia de

---

[ 50 ] Ejemplos de esto último sería la luminosidad de un lugar, la distancia entre un testigo y entre testigos, el lugar específico en que ocurrió un hecho, etcétera.

[ 51 ] Seguiremos aquí lo planteado en Moreno (2012) pp. 77-78, con algunas modificaciones.

[ 52 ] Ver artículo 189 del CPP peruano.

[ 53 ] Recordemos que estos hechos negativos para nuestra teoría del caso constituyen desde la perspectiva de quien los está acreditando en juicio hechos buenos para su posición.

su relato, o a demostrar que tratándose de prueba indiciaria la conclusión buscada por la contraparte y que es negativa a nuestros intereses, es una más de las posibles conclusiones a extraer de esas proposiciones fácticas, es decir, le demostraremos al tribunal que no hay una conclusión unívocamente válida, y que por consiguiente hay duda razonable.

### **iii. Recurrir a la desacreditación del declarante o de la fuente de la información que sustenta esos hechos negativos**

Es una forma más bien indirecta de impugnar esos hechos malos, pues procederemos a desacreditar la fuente de la cual emana la información, más que la información misma proporcionada por ese medio de prueba<sup>54</sup>.

### **iv. Presentar el hecho presuntivamente malo desde una perspectiva favorable a nuestra teoría del caso**

Se trata de una posibilidad, en general, remota pero que no se puede descartar en el análisis de la forma de enfrentar los hechos negativos y, consiste en determinar si es posible incorporar esos hechos malos en el contexto de nuestra propia versión de cómo ocurrieron los hechos. Se trata de demostrar al juzgador que el hecho malo en cuestión puede ser incorporado a nuestro relato, transformándose en un hecho positivo o que aporta para la construcción de nuestra teoría del caso<sup>55</sup>.

## **c. Hechos neutros**

Son aquellos hechos que se caracterizan porque mirados en abstracto, a primera vista, no sugieren ni determinan que la teoría del caso de uno de los litigantes sea más creíble o persuasiva que la de la contraria.

Estamos hablando acá de hechos que se refieren en general al lugar en que ocurrieron los sucesos, condiciones climáticas, fecha, hora, distancias, al contenido de un testimonio que a primera vista no aporta información

---

[ 54 ] Por ejemplo, demostrando el prejuicio o interés de un testigo, la falta de capacidad y experticia de un perito, la falsedad de un documento, la alteración de la cadena de custodia de una prueba material, etcétera.

[ 55 ] Un ejemplo puede clarificar lo que planteamos. Sería el caso de tomar la acción desplegada por un imputado de causar la muerte a otro, presuntivamente constitutiva de una conducta homicida, claramente un hecho negativo para el imputado y su defensa, y alegar que esa fue la reacción racional y necesaria frente a una agresión ilegítima previa de parte de la presunta víctima, y que no existió provocación suficiente por parte del imputado, que le permitirá a la defensa sostener una tesis de legítima defensa ante el tribunal.

jurídicamente relevante, la existencia de algún objeto en un lugar determinado, el estado en que se encontraba una cosa, etcétera<sup>56</sup>.

La identificación de esta clase de hechos es muy importante, pues si bien no son en general de aquellos que determinarán que una de las teorías del caso se imponga sobre la otra en la decisión de un tribunal, sí es relevante identificarlos pues muchos de ellos necesariamente deberán ser acreditados por el Ministerio Público como parte de su teoría del caso acusatoria, pues sobre él recae la carga de acreditar su imputación<sup>57</sup>.

También son importantes, pues sobre ellos pueden recaer acuerdos entre los litigantes en la etapa de preparación de juicio oral, a través de los acuerdos o convenciones probatorias. También es relevante identificar cuáles de estos hechos neutros se incorporarán en la construcción del relato fáctico del litigante para darle contexto, e información útil al juzgador para entender la dinámica de los hechos jurídicamente relevantes<sup>58</sup>.

Cabe sí, hacer una advertencia respecto de estos hechos, lo señalado respecto de ellos, en la práctica, puede variar de forma sustancial conforme se modifique con el desarrollo de la investigación la información que configura el relato en que estos hechos neutros se insertaban, lo que puede transformarlos en hechos bueno o malos con el devenir de la investigación<sup>59</sup>.

#### **d. Hechos inamovibles**

Se trata de aquellos hechos que siendo positivos o negativos presentan la particularidad de que es posible proyectándose en el tiempo pensar que ellos serán conocidos necesariamente por el juzgador<sup>60</sup>.

---

[ 56 ] Ellos aportan, muchas veces, la información de contexto y de oportunidad que facilita el entendimiento por parte del tribunal de los hechos jurídicamente relevantes. También constituyen en otras ocasiones los presupuestos fácticos necesarios para que una fuente de información pueda referirse en juicio a un hecho jurídicamente relevante, es decir aportan a la credibilidad de esos hechos, así ocurriría por ejemplo cuando un testigo da cuenta de por qué se encontraba en un lugar y tiempo determinados que le permitieron ver ciertos hechos jurídicamente relevantes para el caso.

[ 57 ] En otras materias de litigación oral será importante dilucidar a quien de los litigantes le corresponde acreditarlos conforme a las reglas de carga de la prueba.

[ 58 ] También tendrán importancia para quien no tiene la carga de la prueba, pues en principio queda liberado de su acreditación, salvo de aquellos que consideren de utilidad y necesarios para dotar de credibilidad y contexto a su propia teoría del caso, en el evento que no sean acreditados ante el tribunal por quien tiene la carga de hacerlo.

[ 59 ] Sería el caso de la hora de ocurrencia de un suceso que podría ser clave para sostener una coartada.

[ 60 ] Por ejemplo, que a un acusado se le encontró un arma o droga, o que era conocida la animadversión entre la víctima y el imputado.

Se trata de hechos que como aparecerán necesariamente en el caso y en el juicio, el litigante debe asumirlos al generar su teoría del caso. Así, si se trata de un hecho bueno de carácter inamovible, el litigante deberá incorporarlo en su relato obligatoriamente como un elemento relevante del mismo<sup>61</sup>.

Respecto de los hechos malos inamovibles, el litigante deberá determinar de qué manera afrontará durante el juicio que ellos sean conocidos por el juez. Para esto requiere indagar si le es posible o no encontrar una justificación o explicación razonable para ellos y la manera de acreditarla en el juicio. No debemos olvidar algo que por obvio se pasa muchas veces por alto, que el juicio es uno solo y en el tribunal conocerá de todos los hechos pertinentes y relevantes del caso, no solo de los propuestos y acreditados por uno de los litigantes<sup>62</sup>.

Debemos señalar un caso en que lo planteado respecto de la forma de reaccionar frente a los hechos negativos inamovibles no será aplicable, se trata precisamente de aquellos casos en que luego de haber identificado esos hechos negativos inamovibles no hemos sido capaces de encontrar una justificación o explicación razonable para los mismos que podamos proporcionar al juez. En la situación planteada estos hechos inamovibles negativos se constituyen en una debilidad relevante de nuestro caso que deben ser analizada y considerada eventualmente por el litigante como una razón para explorar la posibilidad de negociar, no exponiéndose al riesgo que ella sea develada en un futuro juicio oral, por el impacto que tendrá en la convicción del tribunal; o en el evento de tener que enfrentar el juicio, a pesar de la subsistencia de la debilidad, podrá adoptar una decisión que si bien es altamente riesgosa, aparece como razonable en estas circunstancias como es la de ocultar esa gran debilidad y no presentarla ante el tribunal, con la expectativa de que ella no sea conocida y por lo mismo revelada al tribunal por la contraparte.

## Consideraciones adicionales para construir la versión de hechos

### a. Ella debe ser capaz de responder a las interrogantes que razonablemente cualquiera pudiere plantearse frente a los hechos que la integran

La versión a sostener durante el proceso debe ser una que contemple una cantidad suficiente de información que permita al litigante, sea fiscal o defensor, satisfacer los requerimientos de información que requiere el juez para adoptar sus decisiones en las distintas etapas del proceso penal y en particular en la instancia del juicio oral.

---

[ 61 ] Ordinariamente serán de aquellos referidos en un alegato de apertura.

[ 62 ] Estratégicamente, siempre es más creíble una explicación surgida del propio litigante que conoce las debilidades de su caso, que una justificación surgida luego de que nuestra debilidad es develada por la contraria.

La narración debe contener todos los hechos y circunstancias de modo, tiempo y lugar que sean jurídicamente relevantes, es decir, todos aquellos hechos que tengan capacidad de producir efectos jurídicos.

Así, a modo ejemplar desde la perspectiva de un fiscal, su versión de los hechos debe satisfacer todas o parte importante de las siguientes preguntas, con la mayor precisión posible:

*¿Qué?; ¿Quién?; ¿A quién?; ¿Cómo?; ¿Con qué o de qué manera?; ¿Cuándo?; ¿Dónde?; ¿Cuánto?: ¿Para qué?; ¿Por qué?, o ¿Con qué motivaciones?*

### **b. El relato debe comenzar y terminar en una cronología de eventos que sean favorables para la mejor comprensión del caso**

No necesariamente ello ocurre con la sola descripción de las conductas presuntamente típicas obviando otros hechos ocurridos con anterioridad a la comisión del hecho ilícito o su consumación. Estos hechos anteriores pueden a modo ejemplar explicar los móviles o motivaciones de la conducta típica.

### **c. Identifique el posible tema del caso y construya un lema<sup>63</sup>**

Procede vincular el caso con alguna razón, motivo recurrente, principio, bien jurídico, valor moral o ético ampliamente compartido, que trascienda el caso y que permita enarbolar esa temática ante el tribunal de juicio como un criterio adicional<sup>64</sup> para que los jueces fallen a favor de la posición del litigante<sup>65</sup>.

A continuación, el litigante debe procurar imaginar y dar a luz una suerte de titular o frase de su caso en que esté presente el concepto o idea del tema<sup>66</sup>. Pensemos en aquellos titulares de la prensa escrita que, en una o dos frases simples y directas, dan cuenta de la noticia que luego se desarrolla latamente, o de la denominada periodísticamente “cuña” radial o televisiva para los noticieros que se emiten en esos medios, en que se trata de capturar en pocas palabras la esencia de la noticia a desarrollar. Esa es precisamente la idea, generar una frase,

[ 63 ] Resumimos aquí lo planteado en Moreno (2012) pp. 68-70.

[ 64 ] Por ello no debe confundirse la teoría del caso, en el sentido del relato que se presentará al tribunal, con el tema del caso que, más bien, está orientado a darnos una explicación o justificación de por qué ocurrieron los hechos que integran ese relato.

[ 65 ] En Rosas Yataco, Jorge; ob. cit; p.616, se señala que el tema es el asunto central de la historia persuasiva presentada ante el juez.

[ 66 ] En Talleres de capacitación “nuevo proceso penal acusatorio”, módulo 1 Teoría del caso y mecanismos de investigación criminal, Ministerio Público, Fiscalía de la Nación, Perú y la oficina contra la Droga y el Delito de Naciones Unidas; Modulo Teoría del Caso; p.14, se dice que la teoría del caso debe poder reducirse a un tema central expresable en frases o palabras memorables, emotivas, que encapsulen y reflejen lo esencial de dicha teoría.

una oración, que dé cuenta de la idea central que está detrás del caso, que sea omnicompreensiva de lo que se debatirá ante el tribunal.

#### d. Identificar el denominado punto de inclinación del caso<sup>67</sup>

La intervención de un litigante en juicio, como hemos visto, no es neutra pues pretende no solo contar una historia ante el tribunal, sino persuadir al mismo que esa historia es la que debe servir de fundamento a la resolución que en definitiva se dicte, por ello es de vital importancia que al transmitir su mensaje el abogado lo haga desde el ethos, es decir desde una postura que resulte creíble y en que pueda resaltar sus capacidades y habilidades de persuasión, sea argumentalmente y/o a través de su prueba. No debe abordar como mecanismo más idóneo para presentar su mensaje el hacerlo desde el logos, pues la lógica tradicional, argumentativamente, no siempre garantiza un mensaje persuasivo y creíble, o desde pathos, en que la consideración de los factores emotivos puede llevar más bien a la percepción por parte del destinatario del mensaje que lo que en definitiva hace el litigante es tratar de manipularlo a través del manejo de las emociones.

Para persuadir al tribunal desde el ethos resulta de gran utilidad el identificar en el relato a presentar ante el tribunal el momento en que se produce aquel evento en virtud del cual los hechos, por expresarlo de alguna manera, se salen de control y derivan finalmente en el hecho a juzgar en el juicio<sup>68</sup>. Se trata de localizar el momento en que se desencadena lo que llamaremos “el efecto dominó” que finaliza con la comisión de los hechos que serán juzgados. Estos hechos que constituyen el denominado punto de inclinación del caso pueden estar muy cercanos en el tiempo a la comisión del presunto ilícito, como será el caso de la ingesta de alcohol o una riña o, muy lejanos en el tiempo, como la contratación de un seguro de vida meses antes del hecho que culminó con la muerte del asegurado o un episodio de infidelidad ocurrida en el pasado u otros acontecimientos que se constituyen luego en un posible el móvil del hecho a juzgar.

La determinación del denominado “punto de inclinación”, permite finalmente entender por qué los hechos ocurrieron de una determinada forma, cuál es la razón de que los acontecimientos pasen de una situación de “normalidad” a una secuencia de hechos que culminan con un presunto ilícito a juzgar. Si el litigante no es capaz de identificar este punto y generar a partir de allí una explicación

---

[ 67 ] Reproducimos sobre este punto y el siguiente lo señalado en Moreno (2012) pp. 70-75

[ 68 ] Pensemos en aquella mujer que es en forma permanente violentada por su esposo durante años y que termina finalmente asesinandolo. Si el tribunal analizara, exclusivamente, el hecho de la muerte de la pareja, tendría una versión parcial de los hechos, y además ignoraría el porqué de los mismos.

de los sucesos posteriores, difícilmente podrá elaborar una historia creíble y persuasiva para el tribunal<sup>69</sup>.

Otros autores hablan del “*punto focal del caso*” o la cuestión jurídica central controvertida, señalando como Traversi, que existe en todo caso al menos uno, esto es, una cuestión controvertida que puede tener por objeto la subsistencia de un hecho, o las modalidades de un hecho, o su calificación jurídica<sup>70</sup>, así en un caso real, la discusión entre los litigantes puede ser si el hecho imputado ocurrió o no; si es imputable en concreto al acusado en base a los indicios acreditados; la existencia y acreditación de los elementos o presupuestos del tipo imputado; la existencia de los elementos subjetivos del tipo, o cuál es la verdadera calificación jurídica de ese hecho, entre otras; en definitiva, se trata de desentrañar en el caso en particular cuál o cuáles son los hechos debatidos que permitirán al tribunal esclarecer qué es lo que ocurrió y por lo mismo resolver el asunto<sup>71</sup>.

#### e. Asignación de etiquetas<sup>72</sup>

En juicio, e incluso en los debates preliminares, como en el de medidas cautelares personales, puede ser gravitante desde la perspectiva de persuadir al tribunal el cómo se digan las cosas, esto es, de qué manera el litigante se va a referir a las personas involucradas en el conflicto, a las evidencias materiales, al suceso, etcétera.

Se ha dicho que el lenguaje y nuestra selección de palabras tienen un gran efecto en el oyente. Una meta básica de la defensa es recordar al tribunal y al fiscal continuamente que tu cliente es una persona, un ser humano, no un número de RUC o de caso. Por ello, no se recomienda utilizar tampoco expresiones o términos que generen distancia y frialdad con la persona a la que nos referimos, como sería el caso de un fiscal que solo hablara del afectado por el delito como la víctima, sin referirse a su nombre o a otros atributos que fijen su condición de madre, esposa,

---

[ 69 ] Probablemente, un litigante que no comprende el porqué de la historia que presenta al tribunal no podrá convencer al mismo de la veracidad de su relato, pues el tribunal identificará vacíos en su historia que el abogado no podrá llenar.

[ 70 ] Traversi, Alessandro; *La Defensa Penal, técnicas argumentativas y oratorias*, Thomson Aranzadi, primera edición, Navarra, año 2005. p. 34.

[ 71 ] *Ibidem.*, pp.36 y 37, propone a modo ejemplar los siguientes puntos focales, dejando en claro que no es posible redactar el catálogo de todos los posibles puntos focales, dada la infinita variedad de los hechos que se pueden presentar en concreto... El primero tendrá como objeto si el hecho subsiste; el segundo, si el imputado lo ha cometido efectivamente; el tercero, suponiendo que el hecho subsistiere y que el imputado, en efecto, lo haya cometido, si se cumple el elemento psicológico requerido por la norma incriminadora para que el hecho constituya delito; cuarto, existen causas de exclusión de la punibilidad; quinto, existen causas para no proceder o de extinción del delito; es posible cambiar la calificación del delito y finalmente si existen circunstancias atenuantes que permitan obtener una condena mínima.

[ 72 ] Mauet, ob. cit., p. 25 habla de labels.

hija, estudiante u otra que la haga más cercana a los juzgadores; lo mismo un defensor que se refiriera al acusado, solo como su representado, defendido o su cliente, sin humanizarlo ante el tribunal llamándolo por su nombre<sup>73</sup>.

## **Paso 2. Identificación de La Teoría Jurídica a sostener o cuestionar**

Una vez elaborado el relato fáctico que sostendremos ante el tribunal, debemos identificar de la manera más precisa posible cómo es procedente subsumir las premisas fácticas más importantes de nuestro relato en las reglas legales procesales o sustantivas que contemplen esas hipótesis fácticas.

No todas las conductas generan responsabilidad penal. La tarea de un fiscal es precisamente identificar en el relato de hechos aquellos elementos constitutivos de un tipo penal, en el cual fundará su pretensión punitiva<sup>74</sup>. Por su parte la defensa tratará de identificar la posibilidad de subsumir los hechos del caso en alguna causal eximente o minorante de responsabilidad penal o en un tipo penal menos gravoso que el sostenido por la fiscalía, o se focalizará en demostrar que algunos de los elementos constitutivos del tipo penal no tienen una representación en los hechos del caso.

En este proceso de identificación de la teoría jurídica debemos avanzar desde lo general a lo particular, esto es el análisis del litigante debe comprender un trabajo que parte en la teoría general del delito, para avanzar hacia el tipo penal específico a plantear, las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, las consideraciones dogmáticas que fueren procedentes, en el evento que las normas legales sean objeto de interpretación o debate por la dogmática penal, y la consideración de la jurisprudencia existente sobre esos puntos de debate.

También forma parte del componente jurídico de la teoría del caso la consideración de algunos principios básicos del procedimiento penal, garantizados en el ordenamiento jurídico, como son la presunción de inocencia, el principio in dubio pro reo, la carga de la prueba, el principio de objetividad de la investigación fiscal, entre otros<sup>75</sup>.

## **Paso 3. Identificación de las proposiciones fácticas del caso**

Corresponde a la tarea de determinar con precisión aquellas afirmaciones de hecho

---

[ 73 ] Hegland, Kenney F., *Manual de prácticas y técnicas procesales*, Heliasta; Buenos Aires, año 1995, p. 149, habla de personalizar al cliente, que incluye no solo el cómo referirse a él durante el juicio, sino que también entregar al tribunal antecedentes que permitan al tribunal formarse una determinada imagen de él.

[ 74 ] Neyra Flores, ob. cit., p. 738.

[ 75 ] En Defensoría del Pueblo, *La teoría del caso*, ob. cit., p. 60, se alude a algunos de estos principios como cardinales en la formulación de la teoría del caso.

o frases que dan cuenta de nuestro relato y que son susceptibles de ser acreditadas ante el tribunal a través de un medio de prueba<sup>76</sup>.

No basta para preparar eficientemente un caso determinar, por un lado, cuáles son los hechos de nuestro relato, tarea eminentemente concreta y vinculada con lo efectivamente ocurrido en un momento determinado, pero que en principio carece de conclusiones o consecuencias de carácter jurídico; o por otro, la teoría jurídica aplicable a ese caso, que es eminente general y abstracta, es decir, que no requiere para su análisis y comprensión de un contenido fáctico específico. En efecto, en un juicio no se prueban ni los hechos ni las normas legales de manera independiente. De nada sirve probar en un juicio un relato basado en hechos que no tienen significación penal y, por otro lado, es igualmente inútil probar en un juicio la existencia de determinados preceptos legales desconectados de los hechos del juicio<sup>77</sup>.

Las proposiciones fácticas constituyen afirmaciones de hecho posibles de ser reproducidas en un juicio oral a través de una evidencia y que reproduciendo una porción de nuestro relato satisfacen un elemento de la teoría jurídica. Sobre estas afirmaciones recae la prueba, no sobre los elementos legales de la estructura jurídica que no necesitan probanza<sup>78</sup>.

De todas las cuestiones de hecho que el tribunal necesita que se acrediten durante el juicio, las proposiciones fácticas son las más relevantes, pues su acreditación en el estándar establecido en el juicio permitirá al litigante solicitar al tribunal en su alegato de clausura que el tribunal determine las consecuencias jurídicas que de ellas se derivan.

Las proposiciones fácticas, nos ilustran sobre un punto crucial al preparar un caso, antes de identificar la evidencia concreta que vamos a utilizar para probar nuestra teoría del caso ante el juzgador, debemos establecer con toda precisión qué debemos probar.

Es un error habitual en los litigantes, cuyo fundamento lo encontramos en nuestras prácticas inquisitivas, el acotar el trabajo de preparación de un caso limitándose a generar una versión de hechos, a partir de una aproximación simple y no detallada a

---

[ 76 ] En la doctrina comparada a estas afirmaciones de hecho se les denomina proposiciones fácticas.

[ 77 ] En igual sentido, Bergman, Paul. *La defensa en juicio*; Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot, 1995, p. 22, quien señala al respecto que, por un lado, nos encontraremos con los relatos desprovistos de conclusiones jurídicas; de otro, las teorías y elementos jurídicos desprovistos de contenido fáctico específico.

[ 78 ] Reyna Alfaro, ob. cit., pp. 115 y 116.

los mismos, establecer su correspondencia con los elementos jurídicos pertinentes<sup>79</sup> y, luego avanzar, derechamente, a constatar con qué medios de prueba se cuenta, sin detenerse, como proponemos, en identificar primero con claridad y precisión qué es lo que se va a probar<sup>80</sup>.

Se recomienda tratar de elaborar más de una afirmación de hecho o proposición fáctica por cada uno de los elementos de la teoría jurídica que debemos satisfacer<sup>81</sup>.

#### **Paso 4. Búsqueda y selección de la evidencia necesaria para acreditar la teoría del caso**

Establecido por el litigante el conjunto de afirmaciones que deberá acreditar en el juicio con la finalidad de probar su versión de hechos y los elementos normativos implícitos en ellos, deberá seleccionar del conjunto de los antecedentes investigativos reunidos en la investigación fiscal o privada, cuáles de ellos ofrecerá como prueba para ser producidos en juicio.

A la fiscalía, al tener la carga de la prueba en el proceso penal, le corresponde acreditar todas y cada una de las afirmaciones de hecho que configuren la versión de hechos que sostendrá ante el tribunal, haciendo hincapié en aquellas que, además, le permiten sustentar los elementos jurídicos implícitos en ellas<sup>82</sup>.

La legislación procesal establece en los procesos orales la libertad probatoria; es decir, el litigante puede comprobar su versión de los hechos con cualquier medio probatorio, aun cuando este no se encuentre reglado por el legislador, bastando que cumpla con los requisitos de poder reproducirse en condiciones de inmediación del tribunal y que la contraparte pueda controlarlo.

Un fiscal no debe olvidar que la evidencia recopilada por él en su investigación está sujeta a un control judicial y de parte en la etapa preparatoria del juicio. En efecto, la evidencia ofrecida por el fiscal debe ser pertinente y admisible, esto es, referirse a los puntos a debatir en el juicio y haberse obtenido sin vulneración de garantías constitucionales. De no ocurrir aquello, se expone a que esa evidencia sea excluida del juicio.

---

[ 79 ] Incluso algunos, de un conocimiento básico y preliminar del caso y sus hechos adoptan una teoría jurídica, a la que los hechos que conozca con posterioridad deberán adaptarse necesariamente, al igual que la búsqueda de evidencia. Es lo que ordinariamente se conoce como visión de túnel.

[ 80 ] Como señala Bergman, ob. cit. p. 24, no es suficiente identificar evidencia de manera genérica, lo que se requiere es saber, además, el aporte específico de información que se requiere de ellas. El tema no es determinar que hay un testigo, lo que importa es conocer en detalle lo que puede decirnos ese testigo.

[ 81 ] En iguales términos, Blanco Suárez, ob. cit., p. 23.

[ 82 ] Neyra Flores, José. Ob. cit., p. 739.

## Paso 5. Identificación de las debilidades del caso<sup>83</sup>

En esta fase de la elaboración de su teoría del caso el litigante debe verificar la calidad del trabajo realizado hasta el momento para saber si presenta o no debilidades, y de tenerlas la identidad de las mismas, y cómo las abordará.

El litigante deberá escudriñar y analizar en detalle su propia teoría del caso, pero también deberá abocarse al estudio de la teoría del caso de la contraria<sup>84</sup>. Esta labor debe asumirse con gran seriedad y dedicación, pues muchas veces el orgullo profesional o la sobreestimación de nuestras capacidades como abogados nos lleva, usualmente, a tomar esta etapa de la construcción de la teoría del caso sin toda la fuerza e interés necesarios, ya sea por nuestra sobrevaloración personal o, peor, por la subestimación que hacemos de nuestra contraparte y sus capacidades.

### a. Identificación de las debilidades de nuestra teoría del caso

Es recomendable que la labor de chequeo de la propia teoría del caso se haga colectivamente, es decir, por un grupo de personas, sin que necesariamente todos sean letrados, o al menos, por otro abogado, pues es muy difícil que quien elaboró concienzudamente la teoría del caso vea con claridad sus eventuales defectos o vacíos al revisarla; por el contrario, normalmente lo que ocurrirá es que tienda a ratificarla y a considerar que no tiene mayores problemas o dificultades. Muchas veces solo el ojo de un tercero desprejuiciado hará volver a la realidad al litigante, mostrándole aquellos aspectos que requieren de un reforzamiento o de un nuevo estudio antes de seguir adelante.

Es importante determinar en qué momento o etapa del proceso identificamos esas debilidades:

1. Si el defecto o debilidad es detectado en una etapa procesal en que todavía no culmina la investigación.

Lo que corresponde en este caso es dimensionar su relevancia en relación a la teoría del caso, cuantificando de qué manera puede influir en que esta no resulte acreditada o se vea afectada en su credibilidad ante el juzgador.

[ 83 ] Sobre este punto haremos una cita resumida de lo planteado en el texto Teoría del Caso, pp. 108- 115.

[ 84 ] Así un fiscal pese a tener la carga de la prueba debe identificar la teoría del caso de la defensa y las debilidades que presenta la misma, en especial cuando ella está constituida por un relato alternativo al del fiscal. Por su parte las defensas deben identificar las debilidades de la teoría del caso fiscal, sea para plantear incidencias procesales como incidentes de nulidad o exclusiones probatorias, o para identificar temas que abordará en los contraexámenes a efectuar a testigos o peritos de la fiscalía.

*i. Si la debilidad o defecto detectado aparece como subsanable.*

Lo que corresponde es focalizar el tiempo que queda de investigación en fortalecer aquellos aspectos deficitarios del caso, como podría ser la búsqueda de determinadas evidencias que permitan sostener o reforzar las proposiciones fácticas más débiles; la diversificación de evidencias que sustenten una misma proposición fáctica; la búsqueda de una justificación razonable o plausible para estar en condiciones de generar una explicación razonable de la debilidad ante los jueces de juicio, sin que la credibilidad de la evidencia o del caso se vean afectadas en la valoración de los jueces, por ejemplo.

*ii. Si la debilidad es relevante y no se visualiza el cómo subsanarla.*

Deberá el litigante optar por alguna de las siguientes posturas:

- i. Redireccionar su investigación, con la finalidad de modificar o ajustar su primitiva teoría del caso o derechamente abandonarla por otra<sup>85</sup>; o
- ii. Considerar la debilidad detectada, como un baremo de negociación, explorando con la contraparte la posibilidad de que la causa termine no por la vía del juicio oral, sino a través de una salida alternativa o un procedimiento especial, como el abreviado<sup>86</sup>.
- iii. Si recae sobre una evidencia en particular, se debe considerar la posibilidad de no ofrecerla como prueba para el juicio y reemplazarla por otra.

**b. Si la debilidad es detectada cuando la investigación se agotó y se desarrolló la audiencia preparatoria, esto es, nos enfrentaremos al juicio con ella**

1.- Si la debilidad no es relevante desde el punto de vista del litigante o la considera subsanable. Se deberá planificar cómo será abordada en el desarrollo del juicio, sea anticipándola en la apertura y justificándola mediante el testimonio directo del testigo o perito pertinente, para que se explique que ella no es relevante ni daña nuestra teoría del caso, o construyendo los argumentos que se explicitarán en la clausura para justificar su irrelevancia en el caso concreto.

---

[ 85 ] Por ejemplo, pasar de sostener la figura agravada de un ilícito a su figura simple por no ser susceptible de acreditar debidamente los presupuestos fácticos de la figura agravada: de un robo calificado a un robo simple; o pasar de un ilícito a otro, verbigracia de una violación a un caso de abusos sexuales.

[ 86 ] Evidentemente las condiciones más o menos favorables de dicha negociación van a depender, entre otras cosas, del mayor o menor conocimiento que tenga una parte de las debilidades del caso de su contraparte, de la mayor o menor gravedad de las mismas y de sus propias falencias en acreditar su teoría del caso.

La idea es tener el espacio que origina un examen directo para explicar al tribunal porqué la debilidad que efectivamente existe no daña o al menos no de modo significativo nuestra teoría del caso o la credibilidad de una evidencia en particular, sin dejar que sea la contraparte la que la exponga en el ejercicio de su facultad de contraexaminar impidiendo explicitar la justificación de la misma.

2.- Si la debilidad es relevante y dañina, y no tenemos como generar una explicación razonable, y afecta a una evidencia que nos hemos visto en la obligación de presentar, pues no tenemos otra forma de acreditar ante el tribunal una proposición fáctica indispensable de nuestra teoría del caso.

El litigante puede tomar la decisión de llevar a juicio la evidencia y producirla en el debate sin mencionar la debilidad que la afecta<sup>87</sup>. Actuará al momento de rendirse la evidencia en cuestión como si ella no tuviera debilidad alguna, con la esperanza de que su contraparte no la haya descubierto y por lo mismo no pueda develarla ante tribunal, aspirando con ello a que la valoración judicial de esa evidencia no se verá afectada por la debilidad que de hecho posee, pues el tribunal no ha tomado conocimiento de la misma.

Nos parece que la opción de ocultar la debilidad debiera, por regla general, desecharse<sup>88</sup>, pues la práctica enseña que las contrapartes sí son diligentes, por regla general, y por tanto sí descubrirán la debilidad de la evidencia y la harán presente en la audiencia del juicio.

## Palabras finales

Culminado el proceso de detección de las debilidades y determinado el camino más idóneo para su tratamiento, el litigante se encontrará en el punto de tener una teoría del caso definida. Está en condiciones ya sea de deducir formalmente su acusación, estableciendo la o las imputaciones que sostendrá en juicio y la evidencia que las justificarán, o estará en condiciones de contestar la o las acusaciones deducidas en contra de su representado y ofrecer los medios de prueba necesarios y pertinentes sea para acreditar su propia versión de los hechos y/o para impugnar la acusación.

---

[ 87 ] El caso en comento también supone una ponderación por parte del litigante en orden a establecer la necesidad de utilizar esa o esas evidencias para acreditar su teoría del caso, cuestión superior o más relevante que los efectos negativos que acarrearía para su caso la posibilidad de que la debilidad de la evidencia sea establecida en juicio por su contraria.

[ 88 ] Insistimos en la mayoría de los casos debiera desecharse esta opción, sin perjuicio de reconocer que puede haber casos en que lo único razonable de hacer es jugarse por presentar esa evidencia ocultando la debilidad, pues esa evidencia es la única que permite sostener una o más proposiciones fácticas y el litigante no tiene como minorar el impacto que en ella genera la existencia de la debilidad.

Todavía, como se dijo más arriba, la causa podría culminar por un último esfuerzo de negociación entre los litigantes, en el caso que se den los presupuestos legales, sin que deba necesariamente ir a juicio. Se trataría de una negociación en un espacio de pleno conocimiento de los litigantes de las fortalezas y debilidades de sus teorías del caso. Lo importante es que como ya hemos definido nuestra teoría del caso, estaremos en condiciones de enfrentar esta negociación con pleno conocimiento del caso, pero además en condiciones de enfrentar el fracaso de esas negociaciones, pues ya contamos con todo el instrumental para enfrentar un juicio oral.

Si este último estadio de negociación no fructifica, entonces los litigantes deberán asumir dos tareas adicionales a fin de dilucidar cuál es la forma más eficiente y eficaz de presentar su teoría del caso ante el tribunal oral en lo penal que conocerá del juicio. En efecto, los litigantes deberán por una parte clasificar las evidencias que pretenden producir en juicio a fin de establecer cuáles serán los énfasis que habrán de poner en el uso de las técnicas de litigación<sup>89</sup> y, por otra parte, deberán abocarse a una serie de aspectos formales destinados a decidir la mejor forma de presentar su historia y la evidencia que la sustenta al tribunal a fin de persuadirle y generar convicción en él de aceptar en definitiva la teoría del caso sustentada por el litigante en cuestión. Aspectos como el orden o secuencia de presentación de la evidencia ante el juzgador, la identificación de alguna evidencia que será utilizada como eje de la presentación del resto de la prueba, la identificación de los declarantes con los cuales se procederá a la incorporación de objetos materiales o de aquellos documentos que no tenga una estandarización suficiente para ser incorporados directamente por su lectura, o el establecimiento de bloques de información que se utilizarán para incorporar la prueba en juicio, dado que con ella se pueden incorporar diversos tópicos, que hacen indispensable dividir su presentación en juicio<sup>90</sup>, el tipo de relato a utilizar con los declarantes, sea este cronológico o temático, la determinación de si se utilizarán apoyos a la declaración de los testigos o peritos<sup>91</sup>, entre otras cosas, serán en este ámbito la preocupación del litigante<sup>92</sup>.

---

[ 89 ] En general desde la perspectiva de la Litigación se recurre a dos criterios de clasificación de la evidencia: Según el contenido o naturaleza de la evidencia, en que se distingue entre la evidencia afirmativa, de refutación, explicativa, emocional o persuasiva y de credibilidad y, según la relación que tiene la evidencia y su contenido informativo con las proposiciones fácticas a acreditar, en que se distingue entre evidencia directa e indiciaria o circunstancial.

[ 90 ] Por ejemplo, un declarante que puede incorporar diversos temas de información relevante y cuyo abordaje puede abarcar un tiempo superior a los treinta minutos, en ese caso se debe dividir el testimonio en temas, utilizar titulares para ilustrar al tribunal sobre el paso de uno a otro, y tener en cuenta el principio de la primacía y lo más reciente, para priorizar la información que se entregará al juzgador.

[ 91 ] Por ejemplo, solicitarle a un declarante que haga una demostración, que dibuje o exhibirle una maqueta u otro elemento ilustrativo que no sea prueba.

[ 92 ] Sobre estos dos puntos adicionales referido ya no a la construcción o elaboración de una teoría del caso sino a su ejecución en la audiencia de juicio oral recomendamos ver: Moreno Holman, Leonardo; ob. cit. pp. 115- 140.

## Bibliografía

- Bergman, Paul. La defensa en juicio; Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot, 1995.
- Blanco Suárez, Rafael y otros. Litigación Estratégica en el Nuevo Proceso Penal, Lexis Nexis, primera edición, Santiago- Chile, año 2005.
- Código Procesal Penal (Decreto Legislativo N° 957).
- Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Vigésima segunda edición, año 2001.
- Defensoría del Pueblo. La teoría del caso. Imprenta Nacional Colombia.
- Hegland, Kenney F. Manual de prácticas y técnicas procesales, Heliasta; Buenos Aires, año 1995.
- Neyra Flores, José Antonio. Manual del nuevo proceso penal y de litigación oral. Lima: Editorial Idemsa, 2010.
- Mauet, Thomas A. Trial Techniques. 7ma. Edition. New York: Wolters Kluwer Law & Business, Aspen Publishers, 2007.
- Moreno Holman, Leonardo. Teoría del Caso; Colección Litigación y enjuiciamiento penal adversarial; Ediciones Didot; año 2012.
- Ministerio Público, Fiscalía de la Nación y Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito. Talleres de capacitación “Nuevo Proceso Penal Acusatorio”, Módulo 1: Teoría del caso y mecanismos de investigación criminal. Lima, 2008.
- Pabón Gómez, Germán. Cómo la teoría del caso imita al Ajedrez; Grupo Editorial Ibáñez; Colombia, año 2019. Pp. 17-25.
- Peña González, Oscar. Técnicas de Litigación Oral; Lima: Apecc, 2008.
- Ramos González, Carlos y Vélez Rodríguez, Enrique. Teoría y Práctica de la Litigación en Puerto Rico. Editado por Michie of Puerto Rico, año 1996.
- Reyna Alfaro, Luis Miguel. Litigación estratégica y técnicas de persuasión aplicadas al nuevo proceso penal. Editora Jurídica Grijley, 2009.
- Rosas Yataco, Jorge. Derecho Procesal Penal con aplicación al nuevo proceso penal. Lima: Jurista Editores, 2009.
- Rua, Gonzalo. Contraexamen de testigos; Colección Litigación y enjuiciamiento penal adversarial; ediciones Didot, Argentina; año 2014.
- Traversi, Alessandro. La Defensa Penal, técnicas argumentativas y oratorias, Thomson Arzandí, primera edición, Navarra, año 2005.



## CAPÍTULO II:

### ALEGATOS DE APERTURA

Ricardo Elías Puelles<sup>93</sup> (Perú)

#### 1. Introducción

“El alegato de apertura es un ejercicio persuasivo en el que se presenta al juez los hechos más convincentes de nuestra teoría del caso”. Lo hemos escuchado, lo hemos repetido y lo hemos puesto en práctica; sin embargo, ¿es adecuado utilizar solo herramientas persuasivas en un sistema que exige la valoración racional de la prueba? No, pues el litigante (fiscal o defensor) va a juicio a demostrar que los enunciados fácticos que postula son verdaderos. Así, en las próximas líneas, el lector encontrará diversas recomendaciones que le permitirán presentar un alegato de apertura que capte la atención del juez o tribunal para que pueda ser comprendido y recordado. Para ello, debo esbozar algunas ideas iniciales.

En primer lugar, el objeto institucional del proceso es la búsqueda de la verdad pues una de las funciones principales del Derecho es dirigir la conducta de la sociedad y, en el caso penal, castigar al culpable y absolver al inocente<sup>94</sup>. Esta posición ha sido recogida tanto por el Tribunal Constitucional<sup>95</sup> como por la Corte Suprema de Justicia del Perú<sup>96</sup>.

[ 93 ] Abogado titulado con mención sobresaliente por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Maestrando en Razonamiento Probatorio por la Universidad de Girona (España). Con estudios de especialización en la Universidad de Buenos Aires (Argentina), en la Georg-August-Universität Göttingen (Alemania) y en la Universidad de Castilla La Mancha (España). Presidente del Instituto Peruano de Razonamiento Probatorio (iprp.pe). Presidente del Observatorio Peruano de Cibercriminalidad (cibercrimenperu.com). Ha sido Training Coordinator del American Bar Association – Rule of Law Initiative.

[ 94 ] “Para conseguir motivar la conducta, el legislador suele añadir la amenaza de una sanción para quien no cumpla con la conducta prescrita. Pero, para que ello resulte efectivo, los sistemas jurídicos desarrollados prevén la existencia de órganos específicos -jueces y tribunales- cuya función principal es la determinación de la ocurrencia de esos hechos a los que el derecho vincula consecuencias jurídicas y la imposición de esas consecuencias a los sujetos previstos por el propio derecho (...) Solo si el proceso judicial cumple la función de determinar la verdad de las proposiciones referidas a los hechos probados podrá el derecho tener éxito como mecanismo pensado para dirigir la conducta de sus destinatarios. Solo podrá influirse en la conducta de los hombres y mujeres para que no maten si, efectivamente, el proceso cumple la función de averiguar quién mató y le impone la sanción prevista por el derecho”. Ferrer Beltrán, Jordi. “La valoración racional de la prueba”. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 30.

[ 95 ] “El proceso penal, qué duda cabe, es generador en sí mismo de una cierta restricción en el contenido de determinados derechos fundamentales, como la libertad personal y la integridad psíquica. Restricción que se asume como constitucionalmente ponderada, en la medida de que tiene por objeto la búsqueda de la verdad y la determinación de responsabilidades penales ante la violación cierta o razonablemente presumida de determinados bienes de relevancia constitucional protegidos por el Derecho Penal. Sentencia recaída sobre el Exp. No. 0024-2010-PI/TC.

[ 96 ] En el fundamento octavo de la Sentencia de Casación No. 591-2015, Huánuco, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia concluyó que “una de las funciones esenciales del proceso penal, en un estado constitucional y de derecho, es la búsqueda de la verdad material -o, mejor dicho, la verdad judicial-: acercarse a la verdad respecto del hecho punible y, de ser el caso, castigar al autor o partícipe de su comisión”.

Ahora bien, dos tesis se contraponen al definir la verdad: La teoría que defiende la verdad como coherencia y la que impulsa la verdad como correspondencia. Para la primera, “la verdad de un enunciado fáctico es solo la función de la coherencia de un enunciado específico en un contexto de varios enunciados. Dado que la verdad y la falsedad solo se pueden predicar de enunciados, el único nivel posible para la verdad es el de los enunciados, esto es, del lenguaje y los relatos”<sup>97</sup>. En esta línea, Taruffo sostiene que esta teoría se puede vincular con la concepción retórica de los elementos de prueba, por la cual las pruebas son un simple recurso persuasivo orientado a crear en la mente del juez una creencia acerca de la credibilidad de uno de los relatos contados por las partes. “Desde esta perspectiva, la coherencia del “relato” desempeña un importante papel persuasivo, y los medios de prueba suelen tener por objeto constituirse en un apoyo para un “relato” convincente”<sup>98</sup>.

Para la segunda teoría, “la verdad es el resultado de la correspondencia del enunciado con un estado empírico del mundo”. De modo que una descripción es verdadera cuando describe un hecho real, es decir, cuando da una imagen fiel de un objeto del mundo empírico”<sup>99</sup>. Es importante resaltar que esta tesis “no niega que la coherencia narrativa de los enunciados y de los relatos puede ser en alguna medida significativa en el contexto judicial: en realidad, la coherencia puede funcionar en algunos casos como un criterio para elegir entre diferentes reconstrucciones de los hechos que pueden basarse en los mismos medios de prueba. Lo que un enfoque como este niega es que la coherencia narrativa de los relatos judiciales tenga que ser considerada como la única dimensión pertinente en la que se puede concebir la verdad judicial”<sup>100</sup>.

Desde el momento en el que la jurisprudencia constitucional<sup>101</sup> ha reconocido las diversas manifestaciones del derecho a la prueba, podemos concluir que nos hemos adherido a esta última tesis: la búsqueda de la verdad como correspondencia ya que

---

[ 97 ] Taruffo, Michele. “Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad”. En: Revista Discusiones: Prueba, conocimiento y verdad. No. 3 (2003). Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2008. p. 26.

[ 98 ] *Ibid.* p. 27. El profesor italiano añade que “una concepción coherente y persuasiva de la verdad y de la prueba puede ser importante desde la perspectiva del abogado y en la dimensión lingüística y narrativa, así como en un enfoque psicológico de las decisiones judiciales en el cual se supone que el mundo de los fenómenos empíricos reales queda fuera de la perspectiva adoptada para examinar el contexto judicial. Sin embargo, se debe subrayar que las narrativas coherentes y persuasivas pueden ser falsas o -como sucede con las novelas- que no pretendan ser verdaderas. Este es el principal argumento para rechazar cualquier teoría de la verdad como mera coherencia en el contexto judicial”. *Ibid.* p. 28.

[ 99 ] *Ibid.* p. 27.

[ 100 ] *Ibid.* p. 29.

[ 101 ] Ver: Sentencias recaídas sobre los expedientes No. 010-2002-AI/TC, 1934-2003-HC/TC, 6712-2005-HC/ TC, 5068-2006-PHC/TC y 1014-2007-PHC/TC. En esta línea, al analizar el derecho a la prueba se afirma lo siguiente: “La idea fundamental es que el ciudadano tiene “derecho a demostrar la verdad de los hechos en los que se funda su pretensión” (...) En otras palabras, el ciudadano tiene el derecho a probar que se han producido, o no, los hechos a los que el derecho vincula consecuencias jurídicas. Solo de este modo puede garantizarse una correcta aplicación del derecho (...)”. *Ob. cit.* p. 54.

una afirmación será considerada como verdadera si se encuentra suficientemente probada<sup>102</sup>.

En segundo lugar, en el sistema peruano, la prueba es un instrumento de conocimiento y no de persuasión. Taruffo distingue dos concepciones de la prueba: La prueba como instrumento de conocimiento y la prueba como instrumento de persuasión. De acuerdo con esta última tesis, “en el juicio no se “conocen” los hechos: todo se agota en los discursos y narraciones que se hacen en el proceso, y de esa manera se puede definir como verdadero el enunciado del cual el juez está persuadido, pero solo en función del hecho que realmente lo esté y afirme estarlo. Cualquier cosa que piense el juez, estando persuadido de ella, está probada y, por lo tanto, se puede considerar verdadera a efectos del proceso”<sup>103</sup>. Dicho esto, debemos ser muy cautos al aproximarnos al litigio pues si incentuamos solo el empleo de prácticas persuasivas, pero simultáneamente exigimos que el juez valore racionalmente la prueba estamos generando una contradicción en la forma de capacitar a nuestros operadores<sup>104</sup>. En las líneas siguientes, el lector encontrará recomendaciones y explicaciones que evitan ser persuasivas pues el objetivo central será mejorar el sistema de comunicación – esto es, la recepción y “comprensión del mensaje por parte del juez –.

## 2. Concepto

El alegato de apertura es el primer acto de comunicación del juicio oral en el que

---

[ 102 ] “Lo que sí depende del juez o tribunal que decide el caso es considerar a p como verdadera. Esto es, el juez puede tener a p por verdadera en su decisión, a la luz de los elementos de juicio aportados al expediente judicial para probar la verdad de la proposición, e incorporarla como tal a su razonamiento decisorio, o no tenerla por verdadera. Vale la pena señalar que la decisión de no tener por verdadera la proposición p no debe confundirse con la decisión de tenerla por falsa”. Ferrer Beltrán, Jordi. “Prueba y verdad en el Derecho”. Madrid: Marcial Pons, 2003. p. 74.

[ 103 ] Taruffo, Michele. “Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad”. p. 18.

[ 104 ] Al analizar las concepciones cognoscitivistas y persuasivas de la prueba, la profesora Gascón Abellán señala: “En la medida en que por lo general estas concepciones de la prueba no suelen presentarse en estado puro sino que en todo proceso se entremezclan y conviven puntos de vista e intereses adscribibles a ambas, creo que no solo es posible sino también útil confrontarlas desde una perspectiva (más amplia) que teorice la prueba desde la concepción dominante del proceso y no desde el punto de vista de cada uno de los sujetos que participan en él (...) Cuanto más fuerte sea la tesis del proceso como mecanismo para resolver controversias mediante la correcta aplicación de la ley (y la análoga concepción del papel del juez como director del proceso pero también como garante de la correcta aplicación de la ley y de la tutela jurisdiccional efectiva de los derechos, es decir garante de una decisión justa o correcta), entonces más relieve cobrará la concepción cognoscitivista de la prueba, y todas las lecturas de instituciones probatorias en clave persuasivas estarán más sujetas a la crítica”. Gascón Abellán, Marina. “Concepciones de la prueba. Observaciones a propósito de algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad de Michele Taruffo”. En: Revista Discusiones: Prueba, conocimiento y verdad. No. 3 (2003). Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2008. p. 54. Sobre este punto, también: Accatino, Daniela. “Teoría de la prueba: ¿somos todos “racionalistas”?”. Reus [Online] No. 39, 2009.

las partes postulan pretensiones de verdad, dirigidas al juez, y que posteriormente serán verificadas desde la actuación probatoria. Analicemos el concepto propuesto.

## 2.1. Es un acto de comunicación oral

No debemos olvidar que nos encontramos ante una expresión del comportamiento humano en el que utilizamos palabras para dirigir oralmente nuestros enunciados<sup>105</sup> al juez. En este sentido, es un acto ilocucionario<sup>106</sup> con un objetivo asertivo y directivo. Es asertivo pues expresa “enunciados que pretenden afirmar una proposición verídica describiendo un hecho con una dirección de ajuste palabra-mundo”<sup>107</sup>. Es directivo ya que está “dirigida a sustentar una petición que puede ser concedida o negada”<sup>108</sup>.

No olvidemos la importancia del lenguaje pues, como detallaré más adelante, existen muchos factores que pueden originar diversos *problemas de percepción o de interpretación* en el juez. Estos problemas afectan tanto a los testigos como al juez pues, como anota González Lagier, “los problemas de percepción y de interpretación pueden afectar directamente al juez: es posible que el juez haya oído mal a Ticio o que interpretara mal lo que quería decir o los gestos con los que Ticio representaba lo que creyó ver. En definitiva, los problemas de percepción y de interpretación plantean un problema al juez, al menos en dos momentos: por un lado, el juez debe asegurarse de que las percepciones y las interpretaciones de los hechos que se le presentan en el proceso son correctas; por otro lado, debe asegurarse de que sus propias percepciones e interpretaciones de las acciones realizadas por las partes para probar los hechos del caso también son correctas”<sup>109</sup>. Así, el litigante debe evitar o, cuando menos, reducir la posibilidad de ser quien origine estos problemas pues mucha razón tenía el mariscal Helmuth von Moltke cuando decía que “órdenes que pueden ser mal interpretadas, serán mal interpretadas”<sup>110</sup>.

---

[ 105 ] Speaking a language is engaging in a rule-governed form of behavior. To put it more briskly, talking is performing acts according to rules”. Searle, John R. “Speech acts. An essay in the philosophy of language”. New York: Cambridge University Press, 1969. p. 22.

[ 106 ] En primer lugar distinguimos un grupo de cosas que hacemos al decir algo. Las agrupamos expresando que realizamos un acto locucionario, acto que en forma aproximada equivale a expresar cierta oración con un cierto sentido y referencia, lo que a su vez es aproximadamente equivalente al “significado” en el sentido tradicional. En segundo lugar, dijimos que también realizamos actos ilocucionarios, tales como informar, ordenar, advertir, comprometernos, etc., esto es, actos que tienen una cierta fuerza (convencional), En tercer lugar, también realizamos actos perlocucionarios, los que producimos o logramos porque decimos algo, tales como convencer, persuadir, disuadir, e incluso, digamos, sorprender o confundir”. Austin, John L. “Como hacer cosas con palabras. Palabras y acciones”. Tercera reimpresión. Buenos Aires: Editorial Paidós, 1990. p. 153.

[ 107 ] Taruffo, Michele. “La prueba”. Ob. cit. p. 201.

[ 108 ] Idem.

[ 109 ] González Lagier, Daniel. “Quaestio facti. (Ensayos sobre prueba, causalidad y acción)”. Lima: Palestra Editores, 2019. Primera edición digital. Edición Kindle. pos. 255.

[ 110 ] The Infantry Journal. “Infantry in battle”. Segunda edición. Virginia: The Infantry Journal Incorporated, 1939 p. 161.

## 2.2. Es el primer acto de comunicación relevante

El alegato de apertura es la primera oportunidad que tiene el litigante para exponer su teoría del caso -entendida como una herramienta metodológica que reúne los enunciados de hecho, la calificación jurídica y los medios de prueba que se actuarán en juicio-. Es importante recordar que, a diferencia de Colombia<sup>111</sup> y Panamá<sup>112</sup>, el nuestro no recoge legalmente la expresión “teoría del caso”; sin embargo, esta herramienta cumple funciones organizativas en el litigio<sup>113</sup>.

## 2.3. Se presentan pretensiones de verdad

En los alegatos de apertura, los abogados no presentan simples relatos sino historias hipotéticas que pretenden ser verdaderas pues es el juez quien determinará la verdad o falsedad de los enunciados a partir de la actividad probatoria<sup>114</sup>. Podemos decir que son “enunciados acerca de hechos” apofánticos pues pueden ser verdaderos o falsos<sup>115</sup>. En el litigio oral, estas hipótesis son denominadas “proposiciones fácticas”<sup>116</sup>.

Toda vez que aún no se ha realizado la actuación probatoria, el litigante no puede referirse a ella más que de forma enunciativa, es decir, solo como una “promesa” de lo que se actuará en juicio.

## 3. Elementos

El numeral 2 del artículo 371 del Código Procesal Penal -en adelante, CPP- regula los elementos básicos del alegato de apertura, así como el orden de intervención de las partes:

Acto seguido, el Fiscal expondrá resumidamente los hechos objeto de la acusación, la calificación jurídica y las pruebas que ofreció y fueron admitidas. Posteriormente, en su orden, los abogados del actor civil y del tercero civil

[ 111 ] Art. 371 de la Ley 906 de 2004.- Antes de continuar a la presentación inicial y práctica de las pruebas, la fiscalía deberá presentar la teoría del caso. La defensa, si lo desea, podrá hacer lo propio.

[ 112 ] Art. 444 de la Ley No. 63 de 2008.- Inmediatamente, el presidente del Tribunal ordenará al Fiscal que presente su teoría del caso, luego al querrelante y finalmente al defensor y a los intervinientes si los hubiera.

[ 113 ] AL respecto: Elías Puelles, Ricardo. “No todos los caminos conducen a Roma: La Teoría del Caso, su utilidad en la litigación oral y una propuesta de enseñanza”. Lima: Themis – Revista de Derecho No. 68, 2016.

[ 114 ] “Entonces, una “pretensión de verdad” es típica de las narraciones de los abogados, así como de muchos otros relatos, independientemente de si estas son efectivamente verdaderas o falsas. Pero como, respecto de una enunciaci3n, una pretensi3n de verdad no es equivalente a ser verdadera, la historia de un abogado acerca de un hecho material no es m3s que una historia hipot3tica relativa a ese hecho. Esta hip3tesis se presenta “como verdadera”, pero todav3a no es m3s que una hip3tesis: si es verdadera o falsa se determinar3 m3s adelante, en el curso del procedimiento y en la sentencia final. Taruffo, Michele. “La prueba”. Ob. cit. p. 201.

[ 115 ] Taruffo, Michele. *Ib3d.* p. 194.

[ 116 ] Las proposiciones fácticas podemos conceptualizarlas como aquellas afirmaciones de hecho tomadas del relato elaborado por el litigante, que pueden ser reproducidas en juicio, ordinariamente a trav3s del testimonio de un declarante y que dan cuenta de un elemento de la teor3a jur3dica”. Moreno Holman, Leonardo. “Teoría del Caso”. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2012. p. 90.

expondrán concisamente sus pretensiones y las pruebas ofrecidas y admitidas. Finalmente, el defensor del acusado expondrá brevemente sus argumentos de defensa y las pruebas de descargo ofrecidas y admitidas.

La construcción y empleo de un “lema” en el alegato de apertura no es obligatorio, pero sí es recomendable. En el apartado 4 explicaré su utilidad pues ahora me referiré únicamente a los elementos esenciales que todo alegato de apertura debe contener.

### 3.1. Enunciados fácticos

Los hechos o, mejor dicho, los enunciados sobre los hechos que el fiscal postulará se encuentran limitados por el requerimiento acusatorio. Así, esta no es una fase de construcción sino de exposición: Si hemos llegado a juicio es porque el fiscal superó exitosamente el control de la etapa intermedia y ahora expondrá “resumidamente los hechos objeto de la acusación”<sup>117</sup>.

El abogado defensor, en cambio, puede optar entre: (i) Ofrecer una historia hipotética alternativa o (ii) Rechazar la hipótesis del fiscal. Si opta por la primera posibilidad, el juez no se limitará a declarar que una hipótesis derrotó a la otra sino si la tesis del fiscal alcanzó el estándar probatorio que el sistema penal exige<sup>118</sup>. Como se puede apreciar, no se trata de “persuadir” sino de “demostrar” o “refutar” una hipótesis.

A diferencia de Colombia<sup>119</sup>, Costa Rica<sup>120</sup> o República Dominicana<sup>121</sup>, en Perú, el alegato de apertura es obligatorio para las partes -incluida la defensa-. Por razones

---

[ 117 ] El artículo 349 CPP recoge el contenido fáctico del requerimiento acusatorio: “La relación clara y precisa del hecho que se atribuye al imputado, con sus circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores. En caso de contener varios hechos independientes, la separación y el detalle de cada uno de ellos”.

[ 118 ] “Para poder aceptar una hipótesis no basta con que no haya sido refutada y resulte confirmada. Es necesario además que resulte más probable o confirmada que el resto de hipótesis disponibles sobre los hechos. Lo contrario es irracional. Ahora bien, también puede suceder que, al final del proceso, de confirmación y sometimiento a refutación de las hipótesis, ninguna de las hipótesis en liga esté suficientemente confirmada en detrimento de la otra. En otras palabras, el proceso de prueba puede concluir sin un resultado claro. La necesidad que tiene el juez de resolver a pesar de este resultado estéril queda entonces cubierta por el reconocimiento (implícito o explícito) de reglas legales de decisión que indican al juez en cada caso en favor de qué hipótesis ha de orientarse la solución. El *in dubio pro reo* en el proceso penal y, en general, las reglas sobre la carga de la prueba constituyen ejemplos de la misma”. Gascón Abellán, Marina. “Cuestiones probatorias”. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012. p. 75.

[ 119 ] En la sentencia C-069 del 10 de febrero del 2009, la Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia concluyó que “no existe fundamento constitucional que, desde el punto de vista del derecho de defensa y las garantías del debido proceso, haga imperativo que la defensa exponga su teoría del caso en la declaración inicial del juicio”. No obstante, debe atenderse que el Código Procesal de Colombia prevé: “Antes de proceder a la presentación y práctica de las pruebas, la fiscalía deberá presentar la teoría del caso. La defensa, si lo desea, podrá hacer lo propio”.

[ 120 ] Art. 341 de la Ley No. 7594 (2015). - (...) De seguido se le concederá la palabra a la defensa para que, si lo desea, indique sintéticamente su posición respecto de la acusación.

[ 121 ] Art. 318 de la Ley No. 76 (2002). - (...) Luego se concede la palabra a la defensa a fin de que, si lo desea, se exprese de manera sucinta sobre la acusación y la demanda.

estratégicas, quizás el abogado no quiera explicar cuál es su hipótesis y se limite a rechazar la propuesta fiscal; sin embargo, esto (i) impedirá que el juez conozca la hipótesis alternativa y (ii) dificultará la labor judicial al analizar la pertinencia de las preguntas que formule la defensa ya que solo tendrá una hipótesis a contrastar.

Taruffo advierte que “si uno combina todas las variedades posibles de tiempo, espacio, causalidad y conexiones no causales, el resultado claro es que existe un gran número de narrativas posibles para describir la ocurrencia combinada de E1 y de E2; algunas de ellas pueden ser más coherentes y plausibles que las otras; algunas de ellas pueden ser ciertas y algunas falsas. En todo caso, el diferente uso de categorías no puede sino producir diferentes historias”<sup>122</sup>. En este sentido, al exponer el alegato de apertura, el litigante debe responder las siguientes preguntas: quién, qué, cuándo y dónde pues están relacionadas a las categorías de persona, acción, tiempo y espacio.

a) **Persona:** “Señor juez, demostraremos que el acusado golpeó a la víctima tan fuerte que tuvo que recibir atención médica una semana”. En esta línea, es común escuchar los siguientes términos en las audiencias de juicio: “acusado”, “víctima”, “cliente”, “patrocinado”, “representado”, “defendido”. Al emplearlo generamos dos problemas de comunicación:

a.1 Si los litigantes se refieren de forma similar al acusado o a la víctima utilizando estas “etiquetas”, entonces, el juez asociará las características de una persona con otra, e incluso, el concepto asociado a las palabras empleadas. Estas estructuras mentales pertenecen a la memoria semántica y se conocen como “esquemas”. Magzoni explica el concepto con el siguiente ejemplo: “Cada uno de nosotros tiene en la memoria semántica una representación esquemática del concepto “ladrón” que contiene toda una serie de elementos generales, básicos e indispensables para su comprensión. Estos elementos se refieren a aspectos como “los comportamientos y acciones que hacen de un hombre un ladrón”: un ladrón no realiza un trabajo “honrado”, un ladrón roba las cosas de los demás, un ladrón miente cuando se le acusa, etc.”<sup>123</sup>. Así, el litigante debe tener cuidado con emplear expresiones que estén asociadas a ciertos esquemas del pensamiento pues podría litigar, además, en contra de los sesgos del propio juez. Este tipo de términos no deben ser permitidos por el juez.

a.2 Si son varios los acusados o las víctimas en el mismo juicio, será difícil asociar cada imputación con cada acusado o víctima. Pensemos, por ejemplo, en los casos de crimen organizado o de estafa con pluralidad de agraviados. No olvidemos que los recursos atencionales son limitados.

---

[ 122 ] Taruffo, Michele. “La prueba”. Ob. cit. p. 208.

[ 123 ] Magzoni, Giuliana. “¿Se puede creer a un testigo? El testimonio y las trampas de la memoria”. Madrid: Editorial Trotta, 2010. pp. 31 y s.

b) Acción: “Señor juez, en este juicio se demostrará que Jorge Arturo le robó a Josefina, su empleadora, cincuenta mil soles”. El lector puede apreciar que se está describiendo una acción empleando una calificación jurídica. Esto sucede cuando se emplean los verbos rectores del delito al relatar el suceso: “estafó”, “se coludió”, “se apropió ilícitamente”. En el alegato de apertura, el litigante debe exponer enunciados fácticos y no juicios de valor pues estos los realizará el juez al finalizar el juicio. Es diferente sostener que A engañó a B que afirmar que A le dijo a B que era gerente de una empresa cuando no lo era: Lo primero, al ser un juicio de valor no lo podemos probar, lo segundo sí<sup>124</sup>.

c) Tiempo: “Señor juez, Ana y María se conocieron hace algunos años, pero no fue sino hasta *el día de los hechos* en que esta última descubrió que Ana suplantaba su identidad en diversas redes sociales”. En el ejemplo, no se precisa cuándo ocurrieron los sucesos. Es importante hacerlo:

c.1 “Una categorización distinta de tiempo crea diferencias significativas en la construcción de narrativas”<sup>125</sup>. Desde luego, no es lo mismo señalar que la hipótesis fáctica ocurrió a cierta hora o día que en una ocasión distinta.

c.2 El transcurso del tiempo produce el decaimiento de la huella de la memoria<sup>126</sup>. Así, conocer cuándo ocurrieron los hechos permitirá que el juez evalúe si el tiempo transcurrido dificultará la recuperación del recuerdo. No es lo mismo que un testigo declare sobre hechos que ocurrieron hace 10 días que los suscitados 10 diez años atrás.

---

[ 124 ] “Los enunciados que expresan juicios de valor no son apofánticos; pueden ser fundamentados y justificados, o criticados y rechazados, pero no probarse su verdad o falsedad. En términos jurídicos y judiciales, esto significa que solo los enunciados que describen hechos, es decir, las partes fácticas de una narración pueden ser probados o no probados, mientras que las afirmaciones de valor, esto es, los aspectos valorativos de una historia, no pueden ser objeto de prueba. Por ejemplo: afirmar que la velocidad de un coche era “excesiva” es distinto de afirmar que esta “excedió el límite de 65 millas por hora”. La última afirmación es fáctica y puede ser verificada objetivamente (por un velocímetro), mientras que la primera expresa una evaluación puramente subjetiva que puede ser compartida posiblemente por varias personas pero que no puede ser objetivamente probada. La última afirmación es materia de prueba; la primera es un asunto de apreciación” Taruffo, Michele. “La prueba”. Ob. cit. 209.

[ 125 ] Taruffo, Michele. *Ibid.* p. 207.

[ 126 ] Si bien es muy conocida la curva del olvido de Ebbinghaus (1885), actualmente sabemos que existen diferentes factores que influyen en la formación de la huella de memoria. Así, Manganero explica que, al seleccionar la información relevante percibida, se pierde información relevante. En el proceso de interpretación, se modifica la información que queda. Al abstraer el significado del suceso también se pierde información. Luego, al integrarla en las estructuras de conocimiento previo, se pierde la información no integrable. Todo esto forma la huella de memoria. Ahora bien, al recuperar el recuerdo es importante considerar que no toda información es accesible. Luego, en el proceso de reconstrucción del suceso, se pierde información al dar forma y contextualizar. En el proceso de significación, se pierde información al dotar de coherencia y al completar el recuerdo, se pierde información al rellenar los huecos del relato. Como se puede apreciar, este tránsito permite advertir que el recuerdo recuperado no es el mismo que el suceso percibido. Ver: Manganero, Antonio. “Psicología del Testimonio. Una aplicación de los estudios sobre la memoria”. Madrid: Ediciones Pirámide, 2008. p. 87. Sobre los cambios de luz y su influencia en la percepción, ver: Manganero, Antonio. “Memoria de testigos. Obtención y valoración de la prueba testifical”. Madrid: Ediciones Pirámide, 2010. pp. 25 y s; y, Manganero, Antonio. “Obtención y valoración del testimonio. Protocolo y valoración del testimonio. Protocolo holístico de evaluación de la prueba testifical”. Madrid: Ediciones Pirámide, 2018. pp. 67 y s.

c.3 En algunos casos, será importante precisar el momento en que se produjeron los hechos, por ejemplo, si fue de día o de noche, pues las condiciones de iluminación<sup>127</sup> influyen en la percepción del suceso por parte de los testigos. Es diferente decir: “Demostraremos que forcejearon y le quitaron la mochila a Rosa a las dos de la tarde que a las dos de la mañana”.

d) Lugar: “Jorge amenazó a sus suegros, el 14 de febrero del 2019, en el inmueble donde vivían”. La variación de las distancias lleva a contar historias completamente diferentes<sup>128</sup>. Cuando se emplea el concepto “inmueble”, ¿qué entiende el lector? Dependiendo del recuerdo o esquema asociado, podría imaginar una casa o un departamento, por ejemplo. En el alegato de apertura, el litigante debe precisar el lugar o lugares donde transcurrieron los sucesos que integran la hipótesis fáctica.

La combinación del evento con el lugar es importante ya que el juez asociará el relato con los “guiones” o scripts que forman parte de su memoria semántica. Estos guiones se encuentran asociados a los eventos sociales. De allí que Magzoni advierta que “la influencia de los esquemas y de los scripts en la interpretación de una experiencia y en la representación en la memoria a largo plazo está, con frecuencia, más allá de la conciencia del individuo”<sup>129</sup>.

### 3.2. Calificación jurídica

En Ecuador, la legislación procesal prevé que, al exponer los alegatos de apertura, el fiscal debe señalar la sanción solicitada contra el acusado<sup>130</sup>. En Perú no sucede así. El artículo 371 del CPP solo exige que el fiscal exponga la calificación jurídica. Recordemos que el juicio de subsunción ya fue discutido en la etapa intermedia, razón por la cual, en este acto, el representante del Ministerio Público debe seguir lo estipulado en el auto de enjuiciamiento.

Es una práctica frecuente que se exija al fiscal la exposición de la pena solicitada; sin embargo, la norma no lo regula así. Esta exigencia sí se encuentra prevista, en cambio, en el artículo 387 del CPP<sup>131</sup> que regula los alegatos de clausura.

[ 127 ] Diges y Pérez Mata incluyen las condiciones de iluminación en los factores del suceso o del ambiente como una variable a estimar pues afectan notoriamente la percepción que el sujeto tiene del evento en el que ha participado. Ver: Diges, Margarita y Pérez-Mata, Nieves. “La prueba de identificación desde la Psicología del Testimonio”. En: “Identificaciones fotográficas y en rueda de reconocimiento. Un análisis desde el Derecho procesal penal y la psicología del testimonio”. Madrid: Marcial Pons, 2014. pp. 38 y 39.

[ 128 ] Taruffo, Michele. “La prueba”. Ob. cit. p. 207.

[ 129 ] Magzoni, Giuliana. Ob. cit. p. 32.

[ 130 ] Art. 303 de la Ley S/N – Registro Oficial, Suplemento No. 360 (2000).- El Fiscal será oído primeramente, y su alegato se reducirá a una exposición clara y metódica de los hechos imputados al acusado; de las pruebas rendidas durante la audiencia y de las que constan en el proceso, con el análisis que creyere conveniente hacer, pudiendo manifestar al tribunal de garantías penales el valor procesal de las circunstancias alegadas por las partes; determinará si el acusado es autor, cómplice o encubridor y pedirá la imposición de la pena correspondiente, en caso de encontrarle responsable.

[ 131 ] Art. 387 CPP- El Fiscal, cuando considere que en el juicio se han probado los cargos materia de la acusación escrita, la sustentará oralmente, expresando los hechos probados y las pruebas en que se fundan, la calificación jurídica de los mismos, la responsabilidad penal y civil del acusado, y de ser el caso, la responsabilidad del tercero civil, y concluirá precisando la pena y la reparación civil que solicita.

Tanto el abogado del actor civil como del tercero civilmente responsable debe exponer “concisamente” sus pretensiones. En el caso del primero, está circunscrita a la pretensión civil admitida en la etapa intermedia<sup>132</sup>. En cambio, el tercero civil puede optar por negar la imputación formulada contra el acusado, refutar la existencia de la responsabilidad civil solidaria que le atribuye la acusación o el actor civil, o la magnitud del daño causado y el monto de la indemnización solicitada.

Si la defensa del acusado se limita a rechazar la hipótesis incriminatoria, obviamente, no tendrá que referirse a calificación jurídica alguna. Sin embargo, si la defensa invoca alguna causa que exime la responsabilidad penal<sup>133</sup> sí tendrá que hacerlo.

Exponer la calificación jurídica no significa limitarse a mencionar el artículo del Código Penal, el *nomen iuris* del delito o el supuesto de exención de responsabilidad. Tampoco es argumentar pues esto está reservado a los alegatos de clausura. Se espera que el litigante señale el supuesto aplicable de la norma. Así, no basta decir que a “Juan Roberto se le imputa el delito de cohecho pasivo propio, previsto en el artículo 393 del Código Penal”. El litigante debe señalar (i) si es funcionario o servidor público, (ii) si aceptó o recibió, (iii) donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, (iv) para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o (v) si lo aceptó a consecuencia de haber faltado a ellas<sup>134</sup>. Lo mismo se puede predicar del abogado del actor civil, del tercero civil o del acusado.

### 3.3 Pruebas ofrecidas y admitidas

El artículo 371 del CPP emplea la expresión “pruebas ofrecidas y admitidas” para referirse a los medios de prueba que serán actuados en el juicio. Accatino precisa que el término prueba se emplea comúnmente en tres sentidos<sup>135</sup>: “como medio de prueba”, “como actividad probatoria” y “como resultado probatorio”. En el alegato de apertura se anuncian los medios de prueba, en sentido concreto o específico<sup>136</sup>, que serán actuados posteriormente.

---

[ 132 ] Según el artículo 93 del Código Penal, las pretensiones del actor civil pueden ser de restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor, y de indemnización de los daños y perjuicios ocasionados.

[ 133 ] Las causas que eximen la responsabilidad penal se encuentran previstas en el artículo 20 del Código Penal.

[ 134 ] Un ejemplo sobre la necesidad de precisar la calificación jurídica puede ser visualizado en mi canal de Vimeo, bajo el título “Caso Jean Paul Santa María – Alegatos de Apertura”. En la audiencia, el juez de juzgamiento solicitó que la fiscalía precise la calificación jurídica del hecho imputado: <https://vimeo.com/304398333>

[ 135 ] Accatino, Daniela. “Apuntes sobre el concepto de prueba en el derecho”. pp. 4-7.

[ 136 ] La expresión prueba se usa, en cambio, en sentido concreto o específico, para designar un determinado antecedente -la prueba constituida por el documento D1 o por la declaración del testigo T1- significativo respecto de un determinado proceso. Vale la pena advertir que solo en este sentido puede hablarse de relevancia de una prueba (Ferrer, 2002, p. 29), propiedad que designa la concreta relación inferencial -de confirmación o refutación o, en otras palabras, como elemento de juicio a favor o en contra- que puede establecerse entre un específico antecedente y una específica afirmación de hecho alegada en un proceso. Accatino, Daniela. *Ibid.* p. 5.

- a. Ya que la prueba aún no ha sido actuada, el litigante no puede referirse a su contenido ni expresar juicios de valor sobre estas. Así, debe evitarse el empleo de expresiones como “en la pericia dactiloscópica se concluye que (...)”, “en la policía, el testigo dijo (...)”, “los cheques tienen anotaciones colocadas con una grafía evidentemente distinta a la del titular de la cuenta”. La propuesta de valoración se realizará en el alegato de clausura, no en el de apertura.
- b. El uso de apoyo gráfico es recomendable. Así, es posible emplear presentaciones con líneas de tiempo, esquemas o gráficos, pero no con elementos que se actuarán en juicio como fotografías o transcripciones de las declaraciones rendidas por los testigos durante la investigación.

En el apartado siguiente, brindaré algunas recomendaciones prácticas sobre la construcción y presentación del alegato de apertura en juicio. Nuevamente, no serán consejos sobre cómo persuadir al Tribunal<sup>137</sup> sino para transmitir de manera correcta la información, así será adecuadamente percibida y se minimizarán los problemas de interpretación -como parte del proceso de codificación del recuerdo-.

#### 4. Sugerencias

Hemos dicho que el alegato de apertura busca comunicar -al juez- la hipótesis fáctica que será examinada en la actuación probatoria. Dicho esto, el objetivo del litigante será que el juez entienda el mensaje transmitido y que lo recuerde. Para ello, partimos de dos premisas básicas: la atención y la percepción.

En primer lugar, la atención juega un rol muy importante en el proceso de elaboración del recuerdo. Si el juez no atiende el mensaje que transmitimos, entonces no recordará la hipótesis que postulamos. Por eso, Mazgoni sostiene que “la experiencia nos enseña que cuando la atención se focaliza sobre una zona del campo visual o auditivo, se codifica muy bien lo que acontece en el interior de esa zona, mientras que lo que sucede en el entorno, se percibe de modo poco claro, o tal vez se pierde, tanto si se trata de estímulos visuales como auditivos. Es lo que sucede,

---

[ 137 ] El lector encontrará similitudes de las técnicas persuasivas de litigación oral que en alguna medida se difunden en nuestro país con la reflexión que realiza el profesor Thomas Mauet al analizar los alegatos de apertura en Estados Unidos: “Para presentar alegatos de apertura efectivos, los abogados litigantes deben conocer la ley aplicable; la perspectiva del jurado; cómo elegir y usar temas y etiquetas que envíen mensajes emocionales convincentes; y técnicas de storytelling que involucren los corazones y las mentes del jurado, que comuniquen “lo que realmente sucedió” desde su punto de vista y muestren por qué se encuentran del lado que merece el apoyo del jurado. Bien hecho, un alegato de apertura efectivo es una vista previa de la realidad que crea preferencias en la mente del jurado, una preferencia que influirá en cómo los jurados verán la evidencia que se presentará más adelante. Hecho mal, el alegato de apertura solo confunde, aburre o aleja a los miembros del jurado”. Mauet, Thomas. “Trial techniques and trials”. Décima edición. New York: Wolters Kluwer, 2017. Edición Kindle. pp. 75-76 [Traducción propia]. Sin duda es importante leer autores versados en la materia; sin embargo, debemos comprender el contexto y la realidad jurídica en la que dichas obras han sido escritas.

por ejemplo, cuando uno se concentra en el estudio. Puede ser que la concentración sea tal que no existe nada alrededor: no se oye la música, ni los ruidos, ni se notan las luces. Esto sucede porque toda la capacidad de la atención está concentrada en un solo punto y no queda suficiente capacidad residual de la atención para considerar el resto de las cosas. Una consecuencia bastante importante de los límites de la atención es que determinan qué información va a ser elaborada con preferencia, qué información lo será de modo parcial, y cuál no será elaborada en lo absoluto, por lo que, consecuentemente, quedará completa e irremediamente perdida sin que pueda ser representada nunca en la memoria”<sup>138</sup>. Dicho esto, el litigante debe emplear herramientas que le permitan contar con la atención del juez puesto en el relato expuesto.

En segundo lugar, aun cuando el juez tenga la intención de escucharnos -es decir, de prestar atención-, si el mensaje no se transmite con claridad, puede traer errores de percepción e interpretación. Este problema está asociado con la memoria sensorial: “Las sensaciones son el punto de partida de la percepción, y la percepción es el primer paso hacia el recuerdo. Sin sensación no hay percepción (salvo en las alucinaciones), sin percepción no hay recuerdo. O, dicho de otro modo, solo llegará a formar parte de nuestros recuerdos aquello previamente percibido (...) Pero percepción y memoria tienen más cosas en común: la percepción va más allá de las sensaciones, y habitualmente se define como el proceso mediante el cual dotamos de significado a las sensaciones: la memoria procesa y almacena la información significativa”<sup>139</sup>.

Tomando estas consideraciones y recordando que el alegato de apertura no es un ejercicio retórico, de oratoria, político, emocional o de opiniones<sup>140</sup>, describiré algunas sugerencias prácticas cuyo génesis son las diversas capacitaciones en las que he participado junto a docentes de toda América Latina.

#### 4.1. Emplear un lema es útil

El lema es una frase que anticipa la hipótesis que se desarrollará en el alegato de apertura. Contar con un lema no es obligatorio, pero sí es útil pues está relacionado con el proceso de razonamiento a lo largo de la codificación del suceso. Por ejemplo, si en un caso de estafa, la defensa sostiene que “en los negocios se gana y se pierde”, el juez sabrá -de forma general- qué esperar del alegato de apertura. Para construir el lema, es necesario saber los conocimientos previos del juez pues al decir “las cartas nigerianas llegaron a nuestro país”, si

---

[ 138 ] Maggioni, Giuliana. Ob. cit. pp. 34 y s.

[ 139 ] Manganero, Antonio. “Psicología del Testimonio. Una aplicación de los estudios sobre la memoria”. Ob. cit. pp. 31 y s.

[ 140 ] Estas reflexiones son conocidas como los “no del alegato de apertura” y han sido desarrolladas en: Baytelman, Andrés y Duce, Mauricio. “Litigación Oral, juicio oral y prueba”. Lima: Ediciones Alternativa, 2005. pp. 296 a 298.

el oyente no conoce que esta es una expresión para designar casos de *phishing*, entonces, lejos de ayudar, generará confusión.

Invito al lector a realizar un ejercicio, tomado de Giuliana Magzoni: Lea rápidamente el siguiente fragmento:

En realidad, el modo de operar es muy simple. Ante todo, hay que organizar los objetos en montones. Evidentemente, según la cantidad, con una sola pila puede ser suficiente. El paso siguiente consiste en decidir si, por falta de espacio, hay que desplazarse de lugar. Si no es así, uno se queda donde está. Es importante no exagerar, es decir, es mejor hacer pocas cosas que muchas. Al principio esto puede parecer poco importante pero después pueden surgir complicaciones. Un error puede salir caro. Al principio, este modo de operar puede parecer complicado, pero luego es como una rutina más de la vida. Es difícil saber si uno va a tener necesidad de esto en un futuro inmediato, pero nunca se sabe. Cuando el proceso ha terminado se ordena de nuevo el material en nuevos montones que pueden reponerse. Después cada uno de ellos volverá a ser utilizado y continuará el proceso como al principio (Bransford y Johnson, 1972)<sup>141</sup>.

Cierre el texto. Durante los siguientes tres minutos, escuche su canción favorita para liberar la memoria a corto plazo.

Ahora, trate de recordar y describir el fragmento que leyó: ¿Difícil? Desde luego pues, como señala la citada autora italiana, este tipo de experimentos demuestran “el papel que los conocimientos precedentes y el punto de vista con el que se interpretan los acontecimientos tienen sobre la memoria; lo que se recuerda no es simplemente el contenido de un acontecimiento al que asistimos, sino la interpretación que se le ha asignado en el momento de la codificación. Cuando no es posible dar ninguna interpretación dotada de sentido es casi imposible el recuerdo”<sup>142</sup>. Lo mismo sucede con un alegato de apertura sin un lema: será más difícil comprender y recordar el relato al no contar con un punto de vista que permita interpretar los acontecimientos a escuchar.

Invito al lector a revisar el título del párrafo que se encuentra en el pie de página<sup>143</sup> y, luego, volver a leer el texto. El resultado: comprenderá y recordará mucho mejor lo leído. De la misma forma, gracias al lema, será más fácil comprender y recordar el alegato del litigante.

---

[ 141 ] Magzoni, Giuliana. Ob. cit. pp. 43 y s.

[ 142 ] Ibid. p. 44.

[ 143 ] Utilizar la lavadora.

Quienes conciben el litigio como persuasión intentarán utilizar lemas que busquen “impacto” o evocar emociones en el juez<sup>144</sup>. En cambio, quienes lo vemos de una forma distinta, lo emplearemos como un instrumento que facilita la comprensión y recuerdo.

#### 4.2. Tenga en cuenta los efectos de la primacía y recencia

Para explicar estos conceptos, tomo un ejemplo de Elizabeth Loftus: Mary y Jane son dos compañeras que están preparando una fiesta. Para ello, Jane va al supermercado, pero olvida la lista de compras. Mary se la lee por teléfono. Jane compra los primeros y los últimos, pero olvida los que estaban al medio. Al llegar a casa, Mary reclama su olvido. Para explicar este suceso, se acude a dos efectos: la primacía y la recencia:

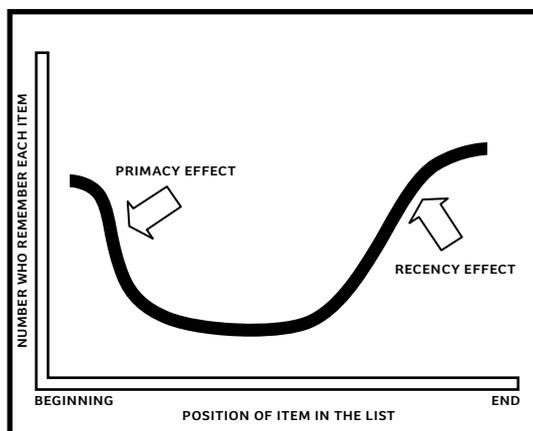
- a) Primacía: La tendencia que los primeros artículos en una secuencia son más fáciles de recordar que los siguientes.
- b) Recencia: La tendencia que los últimos artículos en una lista son mejor recordados. En esta misma línea, Baddeley precisa que los sucesos más recientes son los más fáciles de ser evocados<sup>145</sup>.

---

[ 144 ] Francisco Ferrer Arroyo, a quien tengo el placer de conocer, publicó un texto muy interesante en el que utiliza diversos estudios psicológicos para explicar cómo persuadir al órgano decisor. Coincido con las fuentes y estudios que emplea, pero nuestros objetivos son distintos. Este texto, hemos dicho al inicio, no es una guía sobre cómo persuadir pues nuestro sistema exige decisiones racionales; en cambio, en el texto del profesor Ferrer sí se enseña cómo convencer al órgano decisor recurriendo a diversos sesgos que la Psicología explica. El profesor argentino sintetiza el objetivo de su obra en las siguientes líneas: “En este capítulo no diremos cómo ganar juicios, sino que señalaremos que una forma de lograrlo es persuadiendo a quienes tienen el poder de decidir de qué lado está la razón y la justicia (...) Se dice que para ser un buen abogado no basta con serlo, sino que también hay que parecerlo. En efecto, en el campo de la persuasión judicial no basta con que la fuente sea percibida por el otro (juez) como experto en su materia, sino que, además, también será importante que parezca una persona sincera, honesta, capaz de argumentar incluso contra sus propios intereses. No basta con que sea sincero, sino que además también [debe] ser percibido como creíble (...) Hemos dicho que el atractivo de una persona puede ayudar a persuadir a alguien, debido a que toma la ruta periférica de la persuasión, a diferencia de los motivos racionales que toman la ruta central. (...) Hay otros elementos periféricos que pueden despertar afectos positivos entre los decisores, como, por ejemplo, si advierten que el acusado, la víctima o sus abogados son parecidos a ellos -ya sea por su clase social, aficiones deportivas, orientación sexual, confesión religiosa, etc.-”. Ferrer Arroyo, Francisco. “Técnicas de persuasión para litigantes”. Revista Aduocatus No. 31. Lima: 2015. pp. 149-168. Considero que textos como este son útiles pues (1) le permiten al juez conocer que, como todo ser humano, tiene sesgos que los litigantes pueden aprovechar para alejarlo de la toma de decisiones racionales y (2) le permiten al litigante conocer estos sesgos y prepararse para enfrentarlos y centrar el discurso en un litigio menos irracional.

[ 145 ] Baddeley, Alan. “Short-term memory”. En: “Memory”. Ob. cit. pp. 50 y s.

El siguiente gráfico explica visualmente cómo se producen ambos efectos<sup>146</sup>. Al estructurar el alegato de apertura, el litigante debe tomar en consideración que el juez recordará con más facilidad lo que diga al inicio y al final.



#### 4.3. Maneje adecuadamente el tiempo

El rendimiento cognitivo es vital en el juicio. “Abogados, jueces y jurado deben seguir argumentos extensos y complejos, extraer información crucial y realizar sus propias inferencias”<sup>147</sup>. Líneas arriba hemos dicho que los recursos atencionales y cognitivos son limitados. Siendo esto así, será labor del litigante transmitir un mensaje claro, sencillo y directo pues, recordemos, no podemos argumentar ya que esto está reservado al alegato de clausura. Esta es una fase en la que se presentan pretensiones de verdad.

No hay fórmulas que nos permitan señalar cuánto debe durar un alegato de apertura, pero sí sabemos que mientras más tiempo utilicemos, más posibilidades de distracción existirán. Esta recomendación está enlazada con las dos siguientes recomendaciones. Así, el litigante debe priorizar la información que brindará y estructurarla de tal forma que reduzca la dificultad de su comprensión.

#### 4.4. Emplee lenguaje sencillo, sin expresiones confusas

Para explicar la importancia del mensaje, Baddeley realiza una analogía de la memoria humana con la de las computadoras. Señala que, para funcionar, ambas

[ 146 ] El ejemplo y el gráfico han sido tomados de: Loftus, Elizabeth. “Memory. Surprising new insights into how we remember and why we forget”. New York: Ardsley House Publishers, 1988. Edición Kindle. pp. 23 y s.

[ 147 ] La cita corresponde a una traducción libre, realizada a partir de: Sandberg, Anders y otros. “The memory of jurors. Enhancing trial performance”. En: “Memory and Law”. New York: Oxford University Press, 2012. p. 214.

requieren tres elementos: La capacidad de codificar o ingresar información en el sistema, la capacidad de almacenar y la capacidad de recuperar la información almacenada. Explica el proceso de interacción de estos compartimientos con el siguiente ejemplo: Hacer las compras con una lista. Para que funcione, necesitamos que la letra o el texto sea legible, que se mantenga en buen estado de conservación y que el lector entienda el mensaje que hemos escrito. Así, si hemos utilizado letra poco legible, la recuperación será deficiente pues existirán problemas en la interacción entre el proceso de codificación y de recuperación<sup>148</sup>.

Dicho esto, mientras más sencillo y claro sea el mensaje, habrá menos problemas de codificación y posterior recuperación de nuestra hipótesis. Si utilizamos palabras poco utilizadas en nuestra profesión, tecnicismos o expresiones arcaicas, dificultaremos el proceso de selección de información y, en consecuencia, el mensaje no será recibido de forma clara y directa.

#### 4.5. Emplee apoyo gráfico, pero evite los distractores

En la educación de adultos, se ha analizado cómo transmitir un mensaje que sea recibido y luego recordado. Para ello, se emplea la teoría de esquemas y de la carga cognitiva (*cognitive load*), según la cual, “la capacidad de procesamiento y construcción de esquemas mentales varía en función al nivel de carga cognitiva (...) Reducir la carga cognitiva ayudaría a la codificación como almacenamiento significativo de la experiencia y su posterior transferencia”<sup>149</sup>. En otras palabras: no debemos abusar de la cantidad de información que suministramos pues dificultará el proceso de selección de datos que formarán parte del recuerdo. Entre las recomendaciones que Sweller realiza para reducir la carga cognitiva y tener mayores experiencias significativas, encontramos<sup>150</sup>:

- a) Uso de contenidos o conceptos claves.
- b) Organización con títulos o subtítulos significativos.
- c) Soporte multimedia de gráficos, imágenes y/o videos.

Tomando estas recomendaciones: empleo de conceptos, uso de títulos significativos y de soporte visual, podemos señalar que el uso de apoyo gráfico -bien estructurado, claro está- permitirá que el juez recuerde con mayor facilidad los enunciados que postulo en la pretensión de verdad planteada.

El litigante debe evitar prácticas que únicamente busquen llamar la atención o generar “impacto” pues el foco de atención recaerá en él y no en el discurso. Así, gritar o lanzar objetos al suelo, por ejemplo, llamarán la atención, pero no son correctas en un litigio adecuado. Si un litigante incurre en estas actuaciones:

---

[ 148 ] Baddeley, Alan. “What is memory”. En: “Memory” Segunda edición. New York: Psychology Press, 2015. Edición Kindle. p. 8.

[ 149 ] Del Valle Ballón, Roxana. “Gestión de la formación y capacitación de adultos. Fundamentos psicopedagógicos y éticos del aprendizaje de adultos”. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015. p. 20.

[ 150 ] Ídem.

- a) Las partes pueden solicitar que el juez exhorte al litigante que modere su discurso. Esta intervención no es una objeción<sup>151</sup> pues las objeciones han sido diseñadas para proteger la información que ingresará a través de los testigos. Así, los alegatos de apertura no pueden ser objetados ya que el CPP no lo ha estipulado así.
- b) El juez, de oficio o a solicitud de las partes, debe exhortar al litigante que ejerce estas prácticas a corregir su actuación. La base legal se sitúa en el poder disciplinario o discrecional del juez, previsto en el artículo 364.5 del CPP: “El poder discrecional permite al Juez resolver cuestiones no regladas que surjan en el juicio, cuya resolución es necesaria para su efectiva y debida continuación”.

#### 4.6. Evite leer el alegato de apertura

“Evite leer porque el juez pensará que no se ha preparado o que no tiene seguridad en su caso”. Podría ser así. Concebida la litigación oral como un sistema de comunicación, podemos afirmar que este consejo es para verificar si el juez está o no prestando atención. En efecto, si leo, mi foco de atención se centrará en el papel o dispositivo electrónico en el que he redactado mi alegato y no en el juez. En cambio, si veo al juez mientras realizo mi exposición, percibiré si mi información se transmite adecuadamente o si existen elementos que puedan comprometer la transmisión del mensaje.

- a) Realizar la exposición oral del alegato de apertura no es una exigencia en todos los países de la región. Así, por ejemplo, los códigos procesales penales de Argentina<sup>152</sup>, Bolivia<sup>153</sup>, Cuba<sup>154</sup>, El Salvador<sup>155</sup>, Guatemala<sup>156</sup>, Nicaragua<sup>157</sup>

[ 151 ] Cierta corriente considera que los alegatos de apertura pueden ser objetados; sin embargo, esta posición no cuenta con respaldo normativo. Considero que sus fundamentos provienen de textos norteamericanos en los que sí se incentiva esta práctica; sin embargo, como he señalado desde un inicio, no podemos transplantar instituciones jurídicas sin mayor reflexión. Sobre este punto, ver el capítulo 5.4 titulado “Objections to improper opening statements” en: Gitche, Dent y Townes, Molly. “Trial Advocacy Basics”. Chicago: NITA Editorial Board, 2006. pp. 91 y s. En la misma línea: Mauet, Thomas. Ob. cit. p. 94; Stevenson, Bryan. “Speak from the heart to persuade”. En: “Turning points at trial. Great lawyers share secrets, strategies and skills”. Texas: Westway Publishing, 2017. Edición Kindle. Pos. 1930.

[ 152 ] Art. 374 de la Ley No. 27,603 (2019). - (...) El presidente advertirá al imputado que esté atento a lo que va a oír y ordenará la lectura del requerimiento fiscal y, en su caso, del auto de remisión a juicio.

[ 153 ] Art. 344 de la Ley No. 1970 (1999). - (...) Inmediatamente se ordenará la lectura de la acusación y del auto de apertura y se dispondrá que el fiscal y el querrelante la fundamenten.

[ 154 ] Art. 310 de la Ley No. 05 (1977). - (...) Seguidamente da lectura a los escritos de calificación y las listas de peritos y testigos que se hayan presentado oportunamente, y hace relación de las demás pruebas propuestas y admitidas, pero puede prescindirse de esta lectura con la conformidad de las partes.

[ 155 ] Art. 380 del Decreto No. 733 (2019). - (...) indicándole que esté atento a lo que va a oír y ordenará la lectura de los hechos objeto de juicio.

[ 156 ] Art. 368 del Decreto No. 51 (1992). - (...) le indicará que preste atención, y ordenará la lectura de la acusación y del auto de apertura del juicio.

[ 157 ] Art. 303 de la Ley No. 406 (2001). - (...) Luego de tomar la promesa de ley a los miembros del jurado, declarará abierto el Juicio y ordenará al secretario dar lectura al escrito de acusación formulado por el Ministerio Público y por el acusador particular si lo hubiera.

y Paraguay<sup>158</sup> prevén que la acusación será leída. Perú optó por un alegato oral y es en esa línea en que deberán realizarse; una práctica diferente a ella, iría en contra de la norma procesal.

- b) Emplear un ayuda memoria o esquema le permitirá al litigante recordar los aspectos más importantes del relato a presentar. Reitero: No es un ejercicio de lectura sino simplemente el uso de una guía que permitirá ordenar el relato.

En estas líneas he expuesto algunas sugerencias prácticas que debe tener presente el litigante al exponer su alegato de apertura; sin embargo, como cualquier habilidad o competencia, se debe practicar y ensayar antes de ir a juicio.

## 5. Ejercicio práctico

A continuación, presentaré un caso<sup>159</sup> en el que, por razones de extensión, propongo los alegatos de apertura de la fiscalía y de la defensa. En primer lugar, describiré los elementos más importantes de la carpeta fiscal, luego me referiré al requerimiento acusatorio y, finalmente, desarrollaré los alegatos propuestos.

### 5.1. Carpeta de investigación

#### 5.1.1. Declaración de Patricio REY rendida frente al policía Joaquín Cruz (Comisaría “El Olivar”, San Isidro - 12 de febrero; 22:15)

Mi nombre es Patricio Rey. Tengo 24 años y desde hace tres meses estoy trabajando como motorizado de la empresa Clicks. El 12 de febrero me encontraba trabajando por la zona de San Isidro, cuando me solicitaron un servicio de recojo en la calle Lizardo Alzamora No. 345, con destino a Surco. En la descripción del elemento habían consignado que era una cajita azul así que no cuestioné nunca sobre el contenido.

Llegué a la dirección, aproximadamente, a las 20:30 y llamé al timbre del departamento 801. Generalmente, para entregas, subo hasta el mismo departamento para recibir el producto; sin embargo, en aquella oportunidad, me contestaron por el intercomunicador y dijeron que bajarían a entregarlo. Esperé alrededor de cinco minutos y apareció Carlos García. Me saludó, preguntó si era el repartidor de Click y me entregó una cajita como las que se usaban para guardar cassettes, forrada de color azul. Me despedí. Él se mantuvo en la recepción. No regresó a su departamento. Cuando salí, encontré a un motorizado de Fasty. Lo saludé y en un breve intercambio de palabras, me indicó que también se dirigía a Surco. Si era la misma dirección, ¿por qué

---

[ 158 ] Art. 382 de la Ley No. 1286 (1998).- (...) el presidente ordenará inmediatamente la lectura del auto de apertura a juicio y permitirá que el fiscal y el querellante expliquen la acusación.

[ 159 ] El caso es una adaptación al que inicialmente diseñé junto a Daniela Horna Otoya en el 2019.

solicitarían dos servicios distintos para una entrega? Decidí esperarlo mientras me alistaba en mi moto.

Cuando salí, comenzamos a hablar del tema y luego de indicarle que me habían entregado una cajita azul, la acerqué a mi rostro. Fue ahí que percibí un olor extraño, como a “droga”. Comenzamos a bromear sobre el contenido y decidí destapar la cajita para ver su contenido. Al hacerlo, encontramos varias hojitas color verde, secas, como de “marihuana”. Al ver eso, el “pata” de Fasty se asustó y quiso revisar su encomienda. Abrió la bolsita de regalo y encontró una bolsita mucho más pequeña, transparente, donde había una pastilla naranja en forma de corazón.

Llamamos para alertar a nuestras empresas, pero no logramos comunicarnos debido a la alta demanda de llamadas que se reciben por la noche. No sabíamos si devolver el producto o qué hacer. Fue justo en ese momento que pasó un patrullero por el domicilio señalado, a lo que nos acercamos a contarles lo sucedido. Bajaron dos policías, tocaron el timbre del departamento y cuando bajó Carlos, se lo llevaron a la comisaría.

### **5.1.2. Declaración de Renato RUSSO rendida frente al Policía Joaquín Cruz (Comisaría “El Olivar, San Isidro - 12 de febrero; 23:30)**

Me llamo Renato Russo, tengo 28 años y trabajo en Fasty desde finales del año pasado. Soy técnico en administración de empresas, pero por el momento no estoy ejerciendo, por lo que decidí meterme a Fasty para ayudar en casa. Vivo con mi hermana que está en el colegio aún y con mi madre. Siempre suelo trabajar por las noches, en caso me salga otro trabajo temprano y así tener mayores ingresos.

Es por eso que el 12 de febrero me encontraba en el distrito de San Isidro. Acababa de dejar un delivery de restaurante por el Golf cuando me llegó la notificación de un courier en el mismo distrito, para una dirección en Surco. Me indicó la aplicación que era una bolsa de regalo de cumpleaños.

Me tomó alrededor de diez minutos llegar a la casa ubicada en la calle Lizardo Alzamora 345. Precisamente en el momento en el que estacioné en la puerta del edificio, salió un joven de la empresa Clicks, quien me saludó. Le indiqué que me dirigía a Surco a dejar un encargo y entré rápidamente porque me llegó un mensaje de Carlos García, indicándome que estaba esperando en la recepción del edificio.

Ingresé, me entregó una bolsita de regalo pequeña y me agradeció. Cuando salí, el chico de Clicks seguía en la puerta y me hizo, nuevamente, la conversación. Me señaló que él también estaba por dejar un encargo en Surco y que le parecía raro que se soliciten dos servicios distintos para mandar una encomienda. Estuimos discutiendo del tema cuando el chico de Clicks me dice que sintió un olor raro de la cajita que tenía que enviar. La abrió y se dio cuenta que tenía hojitas verdes secas. Parecía marihuana. Como me

asusté, también abrí la bolsita que contenía una bolsita aún más pequeña, transparente, con una pastilla en forma de corazón de color naranja.

Quisimos alertar a nuestras compañías del contenido, pero no nos contestaron y justo, a los minutos, apareció un patrullero de la Policía. Nos acercamos para contarles lo que había pasado y fueron a buscar al joven Carlos para traerlo a la comisaría. Los policías se escondieron detrás de la puerta principal y nos pidieron que invitáramos a salir del inmueble al joven. Es cuando él sale que lo detienen.

### **5.1.3. Declaración de Carlos GARCÍA en presencia del representante del Ministerio Público y de un abogado defensor público (Comisaría "El Olivar, San Isidro - 13 de febrero; 10:20)**

Mi nombre es Carlos García Bustamante. Tengo 20 años y soy un estudiante de Derecho de la Universidad Peruana de Letras. Precisamente, me encontraba en mi casa, después de clases, junto con André Zapata, compañero de clases. Tenemos el último curso juntos y vive cerca a mi casa, por lo que regresamos en su carro al salir de la universidad. Como no teníamos clases al día siguiente, fuimos de frente a mi casa porque íbamos a salir a una reunión horas más tarde. Mientras estábamos en la sala me pidió prestado mi celular. De hecho, desde el aplicativo de mi celular se enviaron dos paquetes a la casa de nuestro amigo, Luis Alberto. Sin embargo, y siendo yo estudiante de la carrera de Derecho, no sería tan negligente de enviar estupefacientes mediante un servicio como Clicks o Fasty. En honor a la verdad, debo decir que aquel envío que me tiene aquí y que tantos problemas trae a mi persona, al apellido de mi familia y la percepción que tengan de mí, se debe a un malentendido.

Si bien dicho envío, cuyo contenido desconocía, se efectuó desde mi móvil, debo decir que fue realizado por André Zapata. Me apena tener que culpar a un compañero de la universidad, al que yo consideraba una persona confiable, pero los hechos son tal como los cuento.

Luego de algunos minutos de realizada la entrega a los motorizados, volvieron a tocar el timbre, indicando que había un problema con el paquete. Como yo desconocía totalmente lo que estaba ocurriendo, bajé. Al salir, vi a dos policías. Ninguno se identificó ni me dieron la oportunidad de decir palabra alguna antes de detenerme.

Los motorizados indicaron que, efectivamente, había sido yo quien les alcanzó los paquetes y eso les bastó para tomarme entre ambos efectivos, meterme a la patrulla y conducirme a esta comisaría. Recién al llegar, se identificó el PNP Elvis Cervantes y me llenaba de preguntas y hechos inculpativos sobre algo de comercialización de droga. Me decía, "chibolo, aquí solo hay una salida y tú ya sabes cómo es", "llama a tus patas, que te ayuden, que yo te puedo

ayudar". Al decirle que no entendía a qué se refería, me metió a un calabozo sin darme la oportunidad de comunicarme con mis padres.

#### **5.1.4. Declaración del SUB PNP Eluis CERVANTES en presencia del representante del Ministerio Público (20 de febrero; 09:00)**

El 12 de febrero me encontraba cumpliendo mis labores, patrullando el distrito de San Isidro, en compañía del sub oficial PNP Rogelio Barrios Ortiz. Alrededor de las 20:45, nos encontrábamos en las inmediaciones de la cuadra 3 de la calle Lizardo Alzamora. En eso, dos motorizados nos pidieron que nos detuviéramos. Se acercaron a la unidad y nos explicaron que habían solicitado un servicio del edificio 345 y que se habían dado cuenta que los encargos contenían droga: uno tenía marihuana en una cajita azul y el otro una pastilla naranja de éxtasis.

Nos mostraron el contenido y pudimos percatarnos que, en efecto, se trataba de droga que sería comercializada. Nos acercamos al edificio y llamamos al departamento que nos indicaron. Salió un joven de unos 20 años aproximadamente. Le preguntamos si él había entregado esos paquetes, a lo que asintió y le indicamos que lo detendríamos. No opuso resistencia pues sabía lo que había hecho y lo trasladamos a la comisaría.

Al llegar, se rehusó a hablar o a firmar la papeleta de detención y nos indicaba que no diría nada hasta comunicarse con su abogado. En todo momento se mostró irrespetuoso con la autoridad. Nos gritaba diciendo, "no sabes con quién te metes, tombito"; "los voy a hundir". Por razones de seguridad, decidimos continuar con el registro en la unidad policial.

#### **5.1.5. Declaración del perito Lino RODRÍGUEZ (48) en presencia del representante del Ministerio Público (22 de marzo; 11:00)**

Soy perito policial y laboro en el laboratorio ubicado en la Av. Aramburú No. 555, Surquillo. Trabajo en esa sede hace más de 10 años, habiendo llevado cursos sobre peritajes en dos universidades peruanas e instituciones especializadas.

Después de haber realizado la pericia toxicológica al contenido, tanto de la caja azul como la de la bolsa transparente, entregados por el joven Carlos García a los repartidores de Clicks y Fasty respectivamente, el día 12 de febrero por la noche, el análisis ha arrojado los siguientes resultados:

El contenido de la caja azul dio positivo para la presencia de Cannabis sativa en cantidad de 03 gramos. El contenido de la bolsa transparente arrojó positivo para 3-4-Metilendioximetanfetamina en un comprimido de 300gr.

### 5.1.6. Declaración de André ZAPATA en presencia del representante del Ministerio Público y de un abogado defensor público (Comisaría “El Olivar, San Isidro - 18 de febrero; 11:30)

Mi nombre es André ZAPATA, soy estudiante de comunicaciones y amigo de Carlos GARCÍA desde hace algunos años. Lamentablemente, presencié los hechos, pero debo indicar que yo no tengo nada que ver con lo que hizo Carlos. Carlos tiene algunos amigos en la universidad a los que les gusta consumir droga. Yo también consumo. El día del suceso, uno de sus amigos le llamó y le dijo que tenía un tonaço y que quería activarse. Lo sé porque lo puso en altavoz. Le dijo, “colorado, hoy por ti mañana por mí, no tengo billete, pero ya sabré cómo reconocértelo”. Luego de algunas bromas, Carlos decidió enviarle los productos (que son de su uso personal). Le dije que no estaba de acuerdo porque era menos para nuestra reu, pero dijo “es mi pata, no friegues”. Así que pidió un par de servicios de delivery y se los envié.

Los policías fueron maleadaços. Vi desde la ventana que le metieron un par de “lapos” cuando salió. Me asusté y llamé a su “viejo” para que lo ayude. Hasta donde sabía, los policías no te tienen que maltratar, pero en este caso se les pasó un poco los “regalitos” que le metieron a mi amigo Carlos.

### 5.1.7. Papeleta de Detención No. 64-2019

Señor Carlos García Bustamante (20) natural de Perú–Lima, de ocupación estudiante, nacido el 21ABR1998, grado de instrucción universitaria incompleta, hijo de don André y doña Estela, con documento nacional de identidad No. 76723142 y con domicilio en Calle Lizardo Alzamora No. 345 - San Isidro, mediante la presente se le hace de conocimiento que se encuentra DETENIDO en esta unidad policial por el presunto delito de microcomercialización de drogas en agravio del Estado; hecho ocurrido el día de la fecha en la jurisdicción de San Isidro, en consecuencia y por tal condición se le informa en este mismo acto que le asisten los siguientes derechos fundamentales (...)

Fecha: Lima, 12 de febrero de 2019.

Hora: 21:50.

Firma del imputado: Se negó a firmar señalando que fue maltratado.

Firma: PNP Elvis Cervantes.

### 5.1.8. Informe Pericial No. 35-2019 suscrito por Lino RODRÍGUEZ, con fecha 02 de marzo del 2019

El contenido de la caja azul dio positivo para la presencia de *Cannabis sativa* en cantidad de 03 gr. El contenido de la bolsa transparente arrojó positivo para 3-4-metilendioximetanfetamina en un comprimido de 300 gr. Muestras se agotaron después de realizar el análisis respectivo.

### 5.1.9. Registro Personal del intervenido Carlos GARCÍA:

Negativo para drogas. Positivo para dinero: Billetera Billabong contiene cinco billetes de 50 soles y dos billetes de 100 soles, 3 monedas de 5 soles y 2 monedas de un sol. Carnet universitario, documento nacional de identidad, carnet de la biblioteca, así como permiso de conducir.

## 5.2. Requerimiento acusatorio<sup>160</sup>

### 5.2.1. Hechos contenidos en el requerimiento acusatorio

El 12 de febrero del 2019, Carlos García solicitó dos servicios de motorizado de courier por aplicación, con destino al Jirón Juan de Roda No. 123, Surco -domicilio de su amigo de la universidad, Luis Alberto Páez-. El envío se realizó desde su domicilio, ubicado en la calle Lizardo Alzamora No. 345, San Isidro. El primer motorizado, identificado como Patricio Rey, llegó a la puerta de su casa a las 20:30 aproximadamente. Luego de unos minutos, Carlos lo recibió en el vestíbulo y le entregó un estuche para cassette forrado con papel azul. Mientras sucedían estos hechos, el segundo motorizado, de otra empresa por aplicación, estacionó en la puerta de Juan de Roda 123. Su compañero salió con el encargo azul y al verlo, decidió esperarlo. Este segundo motorizado, Renato Russo, recibió otro pequeño encargo en una bolsita de regalo. Al salir, conversaron un momento y uno identificó un olor extraño proveniente del paquete azul. Al revisarlo, notaron que contenía hojas de marihuana. Debido a esto, tomaron la decisión de abrir la bolsa que contenía una bolsa transparente pequeña con una pastilla de color naranja en forma de corazón.

Tanto Rey como Russo se lo comunicaron a sus empresas respectivas, debido a que no podían realizar la entrega al ir en contra de las políticas de su empresa. Desafortunadamente, no obtuvieron respuesta a la central, debido a la alta demanda de pedidos por la hora. Mientras conversaban sobre qué acciones tomar, un patrullero pasó por la calle donde se encontraban. Acudieron a los efectivos policiales de la zona para comentarles lo que había sucedido. Los agentes intervinientes se acercaron al domicilio de Carlos García y lo condujeron hacia la comisaría de San Isidro.

### 5.2.2. Calificación jurídica

La conducta se subsume en el artículo 298.1 (microcomercialización), en concordancia con el artículo 16 (tentativa) del Código Penal.

---

[ 160 ] Por razones de espacio, se ha omitido hacer referencia al monto de la reparación civil y a los medios de prueba que fueron ofrecidos por las partes pues estos serán expuestos en los alegatos de apertura que se describirán a continuación.

### 5.3. Alegatos de apertura

#### 5.3.1. Fiscalía

Delivery de drogas, señor magistrado. En este juicio demostraremos que Carlos García intentó enviar marihuana y éxtasis el 12 de febrero del 2019, a las 20:30, a Luis Alberto Páez, su compañero de la universidad. Acreditaremos que utilizó las aplicaciones Clicks y Fasty para llamar a dos motorizados que transporten la droga por él. La ruta inició en el edificio en el que vive el señor García: calle Lizardo Alzamora No. 345, San Isidro. El destino sería la casa de su compañero Páez: Jirón Juan de Roda No. 123, Surco. De no haber sido por los repartidores y la intervención de los agentes que patrullaban la zona, el envío se hubiera concretado.

Usted escuchará a Patricio Rey y Renato Russo, dos jóvenes que trabajan en Clicks y Fasty. Ellos le explicarán cómo funcionan sus aplicativos, así como el lugar de origen y de destino. Además, al escuchar su testimonio, usted sabrá cómo descubrieron que al interior de los envíos había droga y cómo actuaron ante estas circunstancias. A este juicio también acudirá Elvis Cervantes, el policía que realizó la intervención y detención. Él le explicará cómo tomó conocimiento de este suceso y el procedimiento que siguió al conducir a Carlos García a la comisaría. Relatará cuáles son los protocolos que la policía sigue para estos casos y qué sucedió en la intervención. Para acreditar que el envío contenía marihuana y éxtasis, hemos ofrecido al perito Lino Rodríguez. Él explicará todo lo relacionado a la cadena de custodia y los resultados que arrojó la pericia química que efectuó.

Demostraremos, señor magistrado, que Carlos García incurrió en el delito previsto en el primer numeral del artículo 298 del Código Penal, en concordancia con el artículo 16. Así, acreditaremos que intentó comercializar marihuana y éxtasis pero que este acto no se consumó por la intervención ya descrita.

Al finalizar este juicio<sup>161</sup>, usted corroborará que Carlos García intentó hacer un *delivery* de drogas.

#### 5.3.2. Defensa

Errores de inicio a fin. En este juicio, la fiscalía no podrá demostrar que la droga era de Carlos, que intentaba ser comercializada ni que se siguió un procedimiento de intervención correcto.

En efecto, el 12 de febrero, Carlos García se encontraba en su departamento

---

[ 161 ] No me he referido a la pretensión civil pues es el actor civil quien debe exponerla.

cuando dos repartidores llegaron. Sin embargo, ninguna prueba acreditará que fue él quien los llamó. La fiscalía ha señalado que el procedimiento fue íntegro, pero, señor juez, demostraremos que no fue así pues existieron errores de inicio a fin. Así, en este juicio se deberán responder: ¿se contaba con la autorización para abrir paquetes cerrados?, ¿la policía siguió el procedimiento de registro personal?, ¿existía justificación para detener a Carlos García? Demostraremos que no es así pues cuando usted escuche a los testigos de la fiscalía y contraste su relato con las actas policiales, advertirá todos estos errores.

Usted escuchará a André Zapata, quien relatará cómo se realizó la intervención policial y, al final del juicio deberá responder si es una actuación válida en un Estado Constitucional de Derecho. Consideramos que no es así y que la única opción legítima será absolver a Carlos García y, así, corregir los errores cometidos desde un inicio.

## Bibliografía

- Accatino, Daniela. Apuntes sobre el concepto de prueba en el derecho.
- Accatino, Daniela. Teoría de la prueba: ¿somos todos “racionalistas” ahora? *Reus [On Line]* No. 39, 2020.
- Austin, John L. Como hacer cosas con palabras. Palabras y acciones. Tercera reimpresión. Buenos Aires: Editorial Paidós, 1990.
- Baddeley, Alan. What is memory. En: “Memory” Segunda edición. New York: Psychology Press, 2015. Edición Kindle.
- Baytelman, Andrés y Duce, Mauricio. Litigación Oral, juicio oral y prueba. Lima: Editorial Alternativa, 2005.
- Del Valle Ballón, Roxana. Gestión de la formación y capacitación de adultos. Fundamentos psicopedagógicos y éticos del aprendizaje de adultos. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015.
- Diges, Margarita y Pérez-Mata, Nieves. La prueba de identificación desde la Psicología del Testimonio. En: “Identificaciones fotográficas y en rueda de reconocimiento. Un análisis desde el Derecho procesal penal y la psicología del testimonio”. Madrid: Marcial Pons, 2014.
- Elías Puelles, Ricardo. No todos los caminos conducen a Roma: La Teoría del Caso, su utilidad en la litigación oral y una propuesta de enseñanza. Lima: Themis – Revista de Derecho No. 68, 2016.
- Ferrer Arroyo, Francisco. Técnicas de persuasión para litigantes. *Revista Aduocatus* No. 31. Lima: 2015.
- Ferrer Beltrán, Jordi. Prueba y verdad en el Derecho. Madrid: Marcial Pons, 2003.

- Ferrer Beltrán, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- Gascón Abellán, Marina. *Concepciones de la prueba. Observaciones a propósito de Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad de Michele Taruffo*. En: *Revista Discusiones: Prueba, conocimiento y verdad*. No. 3 (2003). Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2008.
- Gascón Abellán, Marina. *Cuestiones probatorias*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012.
- Gitche, Dent y Townes, Molly. *Trial Advocacy Basics*. Chicago: NITA Editorial Board, 2006.
- González Lagier, Daniel. *Quaestio facti. (Ensayos sobre prueba, causalidad y acción)*. Lima: Palestra Editores, 2019. Primera edición digital. Edición Kindle.
- Loftus, Elizabeth. *Memory. Surprising new insights into how we remember and why we forget*. New York: Ardsley House Publishers, 1988. Edición Kindle.
- Manzanero, Antonio. *Memoria de testigos. Obtención y valoración de la prueba testifical*. Madrid: Ediciones Pirámide, 2010.
- Manzanero, Antonio. *Obtención y valoración del testimonio. Protocolo y valoración del testimonio. Protocolo holístico de evaluación de la prueba testifical*. Madrid: Ediciones Pirámide, 2018.
- Manzanero, Antonio. *Psicología del Testimonio. Una aplicación de los estudios sobre la memoria*. Madrid: Ediciones Pirámide, 2008.
- Mauet, Thomas. *Trial techniques and trials*. Décima edición. New York: Wolters Kluwer, 2017. Edición Kindle.
- Mazzoni, Giuliana. *¿Se puede creer a un testigo? El testimonio y las trampas de la memoria*. Madrid: Editorial Trotta, 2010.
- Moreno Holman, Leonardo. *Teoría del Caso*. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2012.
- Sandberg, Anders y otros. *The memory of jurors. Enhancing trial performance*. En: *"Memory and Law"*. New York: Oxford University Press, 2012.
- Searle, John R. *Speech acts. An essay in the philosophy of language*. New York: Cambridge University Press, 1969.
- Stevenson, Bryan. *Speak from the heart to persuade*. En: *"Turning points at trial. Great lawyers share secrets, strategies and skills"*. Texas: Westway Publishing, 2017. Edición Kindle.
- Taruffo, Michele. *Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad*. En: *Revista Discusiones: Prueba, conocimiento y verdad*. No. 3 (2003). Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2008.
- *The Infantry Journal*. *Infantry in battle*. Segunda Edición. Virginia: The Infantry Journal Incorporated. 1939.



## CAPÍTULO III:

### EL EXAMEN DIRECTO

Leonardo Moreno Holman<sup>162</sup> (Chile)

#### 1. Concepto

Se le ha definido como la revisión de los testigos propios durante el desarrollo del juicio oral, a través de las preguntas formuladas por el litigante que los presenta<sup>163</sup>; o la revisión en el juicio oral de los testigos que la propia parte presenta, cualquiera sea el nombre que se les dé en el Código Procesal Penal<sup>164</sup>.

Utilizaremos preferentemente el término examen directo, aun cuando aparezca más alejado de la terminología jurídica a la que nos acostumbra la legislación procesal latinoamericana donde se utiliza el término interrogatorio, para graficar con ello que la información que se busca en un examen directo, es conocida por el testigo y por el litigante que le formula las preguntas, quien las hace en conocimiento de las proposiciones fácticas sobre las cuales ese testigo puede declarar conforme a lo que determinó en su teoría del caso<sup>165</sup>. El único que desconoce esa información fáctica es el tribunal. En cambio, la comprensión natural del término interrogatorio, se asocia a la búsqueda de información desconocida por quien formula la pregunta<sup>166</sup>.

#### 2. Importancia

Un litigante debe manejar con precisión esta técnica de litigación, pues a través de ella logrará poner en conocimiento del juzgador las proposiciones centrales que conforman su teoría del caso, e incorporar documentos no estandarizados y objetos materiales como pruebas durante el juicio<sup>167</sup>. Para quien tiene la carga de la prueba, como ocurre con el Ministerio Público respecto de los extremos de su acusación, el

[ 162 ] Ver nota al pie 1, p. 21.

[ 163 ] Blanco Suarez, Rafael y otros; Litigación Estratégica en el nuevo proceso penal; Lexis Nexis; Santiago; año 2005; p.168.

[ 164 ] Baytelman A., Andrés y Duce J., Mauricio; Litigación Penal, juicio oral y prueba; Ediciones Universidad Diego Portales; año 2004; p.101. usa la expresión testigos en sentido amplio, testigos, víctima o acusado.

[ 165 ] Sobre la teoría del caso recomendamos ver. Moreno Holman, Leonardo; Teoría del Caso; Ediciones Didot; Argentina; año 2012.

[ 166 ] Eso ocurre por ejemplo con un interrogatorio policial, en que se parte de una hipótesis de trabajo.

[ 167 ] Fontanet Maldonado, Julio E.; Principios y Técnicas de la Práctica Forense; Tercera edición; Jurídica Editores; San Juan de Puerto Rico; año 2010; p.65, Señala que debemos convencer al juzgador de que no meramente hemos establecido nuestro caso, sino que nuestra prueba es creíble.

uso apropiado de esta técnica constituye, como se ha dicho, el corazón del caso o el mecanismo para obtener que los declarantes aporten al tribunal información útil a la teoría del caso de quien lo interroga. Esa información se refiere a los hechos jurídicamente relevantes, aquellos que aportan credibilidad, a quienes son los sujetos vinculados con los hechos, cuáles fueron las acciones desplegadas por estos, y sus motivaciones<sup>168</sup>.

Se refiere a la forma en que se desarrollará el interrogatorio de aquellos deponentes que la parte ha evaluado que apoyarán su teoría del caso, ya sea sosteniendo alguna o algunas proposiciones fácticas favorables a ella; o con cuyo testimonio impugnaremos algunas de las proposiciones fácticas de la parte contraria; o aportarán antecedentes que permitan apoyar la credibilidad de otro medio de prueba o por último que permitirán con su testimonio explicar o aclarar por qué los hechos ocurrieron como se sostiene en nuestro relato fáctico.

### **3. A quién corresponde efectuar el examen directo**

Corresponde al litigante que ha ofrecido a un declarante, como prueba propia, el proceder a efectuar su examen directo ante el tribunal, para que estos den a conocer al tribunal los hechos que les constan y son favorables a la teoría del caso de quien los presenta.

Al utilizar esta herramienta, el litigante cumple con una regla básica de credibilidad que imponen los juicios orales a partir del principio de inmediación, esto es, que la información pertinente y relevante para la toma de decisiones provenga directamente de los declarantes, y no del abogado que lo interroga, quien no es prueba.

### **4. Qué declarantes pueden ser interrogados directamente<sup>169</sup>**

#### **4.1. Los testigos<sup>170</sup>**

Se trata de aquellas personas que deponen sobre hechos que, por regla general, han percibido de manera espontánea, y que son relevantes para la resolución del conflicto presentado a la resolución del tribunal y que comparecen en estrado a declarar sobre ellos.

Los testigos en los sistemas acusatorios adversariales son de parte<sup>171</sup>, pues su

---

[ 168 ] Rúa S, Gongalo; Examen Directo de Testigos; Didot; Argentina; año 2015; p. 19.

[ 169 ] Recomendamos revisar lo prescrito en los artículos 376, 377, respecto de la declaración del acusado, y 378 del CPP, respecto de la declaración de testigos y peritos.

[ 170 ] Para los efectos de determinar cómo presta testimonio en juicio una víctima, ella se rige por las reglas establecidas para los testigos.

[ 171 ] En igual sentido, Baytelman, Andrés y Duce J., Mauricio, ob. cit., p. 104

testimonio es ofrecido y posteriormente producido por cada litigante en juicio con el propósito de establecer ante el juzgador un relato que da cuenta de su teoría del caso. Así entonces, un fiscal no presentará a juicio a todos los testigos que identifique durante su investigación, ni tampoco los litigantes los harán comparecer para que siempre den a conocer al tribunal toda la información que conocen, nada de eso, un litigante lo que hace es seleccionar a sus testigos según si ellos son o no capaces de solventar con su testimonio una porción o todo el relato que presentaremos ante el tribunal.

Además, a veces, estratégicamente, queremos presentar porciones distintas de información con diversos declarantes, por lo que tampoco necesariamente el testigo deberá declarar todo lo que sabe, sino solo lo que es útil para nuestra teoría del caso en el contexto en que queremos presentarlo al tribunal<sup>172</sup>. Proceder de la forma señalada es legítimo y no constituye un comportamiento desleal para con la contraria, quien siempre tendrá derecho a hacer valer sus puntos de vista, sea ofreciendo como prueba al declarante omitido por el Ministerio Público, o haciendo ver sus puntos relevantes durante el contraexamen del mismo.

La regla general es que la declaración de un testigo ha de prestarse siempre en la audiencia de juicio oral conforme a las reglas que rigen el interrogatorio y contrainterrogatorio de un declarante<sup>173</sup>. Su declaración personal en juicio no puede, en principio, ser sustituida o reemplazada por la lectura o reproducción de un registro donde consten sus impresiones generadas en una etapa anterior al juicio, sea dentro o fuera del sistema de persecución penal<sup>174</sup>.

Es importante resaltar que, sin duda, en materia penal la prueba testimonial es esencial, pues parte relevante de los hechos que deben ser probados ante el juzgador por los litigantes, tienen como fuente de información a testigos, que los percibieron directamente o han adquirido conocimiento de ellos por los dichos de un tercero.

#### 4.2. Los peritos<sup>175</sup>

### 5. Alcance del examen directo

El examen directo de un declarante está asociado básicamente a la teoría del caso de los litigantes, expresada por el fiscal del Ministerio Público en su acusación y su alegato de apertura<sup>176</sup>, y en el caso de la defensa, en su teoría del caso que debiera expresarse, por regla general, en su alegato de apertura. A lo anterior debemos

---

[ 172 ] A veces es más persuasivo que distintos declarantes focalicen sus testimonios en diferentes puntos de interés para el tribunal o refiriéndose a los mismos hechos con énfasis en aspectos diferentes.

[ 173 ] Hace excepción a lo señalado las hipótesis de prueba anticipada, esto es aquellos casos en que una declaración tomada durante la investigación puede ser reproducida en la audiencia de juicio oral.

[ 174 ] En igual sentido, Baytelman, Andrés y Duce J.; ob. cit.; pp. 102 y 103.

[ 175 ] Solo los mencionamos aquí pues los abordaremos en extenso más adelante.

[ 176 ] Lo mismo podemos decir del querellante adhesivo o particular.

añadir que durante el examen directo podrán abordarse con un declarante todas aquellas circunstancias y hechos que guarden relación con su credibilidad personal<sup>177</sup> o de su testimonio.

A lo señalado más arriba, debemos agregar que el litigante debe tomar en consideración los ámbitos vedados para un examen directo, como son aquellos ámbitos de información que han sido declarados inadmisibles de manera general por el ordenamiento jurídico o de manera particular en el caso concreto, por ejemplo, por el contenido de una exclusión probatoria o por tratarse de información referida al contenido de negociaciones fracasadas con la defensa.

## 6. Objetivos del examen o interrogatorio directo

### 6.1. Acreditar las proposiciones fácticas de nuestra teoría del caso

Cada testimonio aportará al juzgador una porción del relato sostenido por la parte que lo presenta<sup>178</sup>. Los distintos declarantes entregarán, cada uno, diversas partes del relato de cómo sostiene el litigante que ocurrieron los hechos objeto de juzgamiento<sup>179</sup>. Se exige precisión y detalles en los aspectos centrales del asunto, no un mero abordaje genérico sobre el tema<sup>180</sup>.

También, debemos considerar como parte de este objetivo obtener información en el examen directo que refuerce, confirme o haga más creíble y verosímil otra prueba rendida en el juicio en apoyo de nuestra teoría del caso<sup>181</sup>.

### 6.2. Acreditar aquellas proposiciones fácticas de la parte que refutan la teoría del caso de la contraria

A través de las preguntas que formulemos a nuestros deponentes podemos incorporar al debate información que sea contraria a aquella proporcionada por los testigos de la parte contraria. Incorporaremos lo que en teoría del caso denominamos evidencia de refutación.

---

[ 177 ] Más adelante denominaremos a esto como la acreditación del declarante.

[ 178 ] Fontanet Maldonado, Julio E.; ob. cit.; p. 66, señala que cada testimonio es presentado con un propósito determinado que sea compatible con las alegaciones o teoría del caso.

[ 179 ] Baytelman, Andrés y Duce J., Mauricio, ob. cit. p. 102, hablan de extraer del testigo la información que requiramos para construir la historia o el trozo de historia que este nos puede proporcionar... permite relatar nuestra teoría del caso desde la prueba concreta y no desde las puras afirmaciones del abogado litigante (como, por ejemplo, en los alegatos de apertura), que hasta el momento han sido solo una promesa.

[ 180 ] Rúa, Gonzalo; ob. cit.; p. 61

[ 181 ] *Ibidem*; p. 64

### 6.3. Introducir durante la audiencia de juicio oral la denominada prueba material<sup>182</sup>

Mediante el examen o interrogatorio directo, el litigante procederá durante el juicio oral a incorporar o producir evidencias materiales, tales como documentos no estandarizados, objetos materiales u otros elementos de convicción que requieran de acreditación.

Estos objetos y documentos por sí solos no son idóneos para dar cuenta de su origen y naturaleza, ni del rol que cumplen al interior del relato<sup>183</sup>, sino que requieren por regla general que sea a través del testimonio de un declarante que se ponga en conocimiento del tribunal cómo fueron encontrados, cuál es su origen, qué expresan y/o cuál es el rol o función que cumplen dentro del relato presentado por la parte que los presenta como evidencia.

### 6.4. Acreditar o legitimar a los declarantes<sup>184</sup>

Consiste en entregar al tribunal elementos de juicio para generar convicción en los jueces, de que el testigo objeto de la interrogación es una persona digna de crédito, es decir, alguien con un alto grado de credibilidad personal<sup>185</sup>. Lo mismo haremos con los peritos como veremos más adelante.

Una vez alcanzado este objetivo procederemos a incorporar los antecedentes fácticos que son de conocimiento del testigo o sus conclusiones y opiniones, si fuere un perito para que estas sean conocidas por el tribunal, quien las valorará no solo en función de la información pertinente que aporten, sino que, además, a partir de la percepción que se haya formado el tribunal sobre la credibilidad personal del declarante.

Como señala Fontanet, la acreditación dependerá grandemente del tipo de testigo y del caso que se esté ventilando<sup>186</sup>.

## 7. Preparación del examen directo

Analizaremos en este acápite las actividades que consideramos indispensables de hacer antes de enfrentar el examen directo de un declarante en juicio oral.

### 7.1. Identificación de las proposiciones fácticas a acreditar

Al elaborar nuestra teoría del caso procederemos a identificar cuáles son las

---

[ 182 ] Ibídem; p.64

[ 183 ] Baytelman A. Andrés y Duce J. Mauricio, ob. cit. p. 109

[ 184 ] Rúa, Gonzalo; ob. cit.: P. 60.

[ 185 ] Ibídem, p.107, quienes señalan que todos los testigos "ualen" en juicio, lo que no significa que todos ellos "pesen" lo mismo.

[ 186 ] Fontanet Maldonado, Julio E.; ob. cit.; p. 69, a veces se trata de humanizar al testigo ante el tribunal.

proposiciones fácticas<sup>187</sup> que debemos acreditar durante el juicio. Una vez singularizadas esas proposiciones fácticas procederemos a establecer cuál o cuáles de nuestros declarantes se encuentran en condiciones de dar cuenta de ellas en el juicio oral<sup>188</sup>.

## 7.2. Selección de los testigos idóneos

Identificadas las proposiciones fácticas a acreditar en juicio, deberemos proceder a seleccionar cuál o cuáles declarantes pueden sustentar esas proposiciones en juicio oral mediante sus declaraciones.

Si fueren varios podemos llevarlos a todos, o privilegiar a quien tenga mayor conocimiento sobre los hechos o mejores antecedentes para asentar su credibilidad personal ante el tribunal, o llevarlos a todos, pero haciéndolos declarar con énfasis temáticos diferentes.

También deberemos considerar, en el evento que vayamos a producir en juicio prueba material, con qué declarantes procederemos a su incorporación.

Existen diversos factores que los jueces considerarán al valorar la prueba testimonial, en primer lugar, quién es el testigo; luego qué es lo que nos dice, y finalmente, su comportamiento durante el interrogatorio<sup>189</sup>.

## 7.3. Preparación de los declarantes

Se trata de una exigencia ineludible. Cuando interrogamos a un declarante lo hacemos con la finalidad de acreditar ante el juzgador aquellas proposiciones fácticas que sabemos, a ciencia cierta, que el declarante conoce y puede manifestar en juicio<sup>190</sup>.

---

[ 187 ] Se trata de aquellas afirmaciones de hecho, que pueden ser reproducidas en juicio por parte de una fuente de información, en el caso del examen directo, por un declarante.

[ 188 ] En Moreno Holman, Leonardo; Teoría del Caso; Ediciones Didot; Buenos Aires; año; año 2012; Tratamos en extenso el tema de las proposiciones fácticas, que las entendemos como aquellas afirmaciones de hecho tomadas del relato elaborado por el litigante, que pueden ser reproducidas en juicio, ordinariamente a través del testimonio de un declarante y que dan cuenta de un elemento de la teoría jurídica (p. 90), y que deben establecerse en juicio a través de la evidencia. y luego señalamos que las evidencias por excelencia a utilizar en juicio oral serán las que puedan expresarse en declaraciones, así los testigos (incluimos a la víctima), peritos, y el acusado en su caso, se constituirán en el centro de la prueba a rendir en un juicio oral. (p. 99)

[ 189 ] Mauet A., Thomas, Trial Techniques; Trial Techniques; Seventh Edition; Wolters Kluwer; año 2007; p. 97

[ 190 ] Algunos podrán decir que una declaración espontánea puede ser más convincente o creíble para el juzgador. Sin duda ello puede ser efectivo, pero el problema de una declaración sin preparación previa, es que ella no nos asegura que el testimonio partirá con la información que requiere nuestra teoría del caso, o que ella no se focalice en aspectos menores o insignificantes, o peor aún perjudiciales para nuestra versión, pasando por alto o minimizando los aspectos favorables o indispensables para nuestra teoría del caso.

Un testigo depone lo que sabe. No tiene por qué conocer qué de aquello, es útil o no a la teoría del caso de la parte que lo presenta. El testigo no es el abogado del caso<sup>191</sup>.

Es imperativo reunirse con cada declarante antes de que preste declaración en el juicio oral para, entre otras cosas, señalarle: la relevancia de su testimonio; repasar con él los temas sobre los cuales declarará en el juicio, estableciendo el orden en que serán abordados ante el juzgador; identificar si presenta debilidades personales o en su testimonio y si serán o no abordadas durante su declaración en juicio, y de serlo de qué forma; comunicarle si durante su examen directo se procederá a incorporar alguna evidencia material o se procederá a utilizar algún apoyo a su declaración o se le solicitará hacer algo, como un dibujo o demostración; explicarle la dinámica de una declaración en juicio oral, en particular sobre cómo se desarrolla un contraexamen y la dinámica de resolución de las objeciones.

Pero advertimos con firmeza, que ello nada tiene que ver con el hecho de alterar según nuestra conveniencia lo que el testigo realmente sabe y menos con el hecho de hacerle aprender antecedentes o porciones de un relato que se aleja de lo que verdaderamente ocurrió o percibió con sus sentidos.

#### 7.4. Explique al declarante la dinámica de una declaración en juicio

Es recomendable que se les explique a los declarantes qué significa comparecer en juicio, dónde se ubicará, por qué se le separará junto a otros testigos y peritos fuera de la sala de audiencia, cómo debe comportarse, en qué se fijarán los jueces cuando esté declarando, en qué consiste el contraexamen, qué tipo de preguntas se le formularán y qué actitud asumirá el abogado de la contraparte.

También es importante señalar claramente a un declarante que se tome el tiempo necesario para responder, que conserve la calma, y que, si desconoce, no recuerda una respuesta o no tiene certeza sobre algo que se le consulte, así lo manifieste expresamente. Finalmente deberemos explicarle en qué consiste el refrescamiento de memoria.

#### 7.5. Prepárese para abordar las debilidades del declarante o su testimonio

La entrevista previa que los litigantes han de sostener con sus posibles declarantes no solo debe abarcar los hechos jurídicamente relevantes del caso, o aquellos que aportan credibilidad a su testimonio, también deberemos abordar con ellos la existencia de antecedentes que puedan afectar su credibilidad personal o imparcialidad, o la credibilidad de su testimonio. Después de este diálogo y habiéndose establecido la existencia de estas debilidades, el litigante

---

[ 191 ] Rúa, Gonzalo; ob. cit.; p. 185 señala que necesitamos que él sepa qué esperamos nosotros que declare. También recomienda señalarle al testigo que si no comprende la pregunta no la responda.

deberá optar, según la realidad del caso y la disponibilidad de evidencias, por cambiar al deponente si no se hubiere ofrecido aún la prueba, o preparar la forma de abordar esa debilidad en juicio, sea ocultándola o presentando la referida debilidad durante el examen directo del deponente, con el propósito de darle la posibilidad de entregar al juzgador las explicaciones que fueren pertinentes<sup>192</sup>.

## 8. Tipos de preguntas a utilizar en el examen directo

### 8.1. Preguntas abiertas

La información será de calidad cuando ella provenga del conocimiento que tenga sobre los hechos el deponente y no de las pistas que le dé el abogado que lo interroga, es decir, las preguntas deben ser estructuradas de tal manera que inviten al testigo a exponer lo que sabe sobre los hechos relevantes y pertinentes del caso, sin que se le sugiera de modo alguno la respuesta por el abogado.

Las preguntas abiertas son aquellas formuladas de manera que llaman al declarante a informarnos todo lo que conoce sobre el caso, pero con un foco o alcance delimitado<sup>193</sup>. Esto las diferencia de las preguntas denominadas narrativas, que son aquellas que se formulan a un deponente para que nos informe lo que sabe sin que exista un foco determinado, como ocurriría si se le preguntara a un testigo, ¿qué sabe usted de este caso?<sup>194</sup>. No recomendamos el uso de preguntas narrativas, pues con ellas se pierde total control sobre el declarante, y nada garantiza que este se refiera a las proposiciones fácticas buscadas por el interrogador<sup>195</sup>.

Las preguntas abiertas generan respuestas descriptivas y permiten que el testigo narre toda o parte de la historia o relato a presentar ante el tribunal, describiendo los hechos, personas o acciones; reconociendo y describiendo cuando corresponda la evidencia física. Además, constituyen al declarante en el centro de la atención del tribunal.

### 8.2. Preguntas cerradas

Junto con las preguntas abiertas debemos utilizar preguntas cerradas, es decir, interrogaciones formuladas de modo que permitan focalizar el testimonio del testigo sobre un punto específico de información que sea relevante para el caso o, permitiéndole optar entre dos o más alternativas que se expresarán o estarán

---

[ 192 ] Rúa, Gonzalo; ob. cit.; pp. 198-199, se refiere a anticipar debilidades, destacando que no existe una regla tajante sobre el punto.

[ 193 ] Se utilizarán términos como qué, quién, cuándo, cómo, dónde, diga, explique, qué más, que ocurrió, algo más, etcétera.

[ 194 ] Sobre las preguntas narrativas, ver Rúa, Gonzalo; ob. cit.; pp. 89 y siguientes.

[ 195 ] Rúa, Gonzalo; ob. cit.; p. 90, además señala como riesgo de estas preguntas el que sean objetadas por irrelevantes o impertinentes.

implícitas en la pregunta formulada<sup>196</sup>. Lo importante es que el testigo siempre tenga la libertad de contestar según su conocimiento, con sus palabras<sup>197</sup>.

Estas preguntas cerradas permiten tener un mayor control sobre la declaración de los testigos y serán indispensables de utilizar cuando nos enfrentemos a un declarante que sea muy proclive a hacer grandes divagaciones o proporcionar gran cantidad de información sin discriminar la relevancia de la misma.

Las preguntas cerradas se diferencian de las preguntas sugestivas, en que en las segundas se busca una respuesta específica del declarante un sí o un no, para ello en la pregunta le sugerimos la respuesta<sup>198</sup>.

### 8.3. ¿Cómo debemos construir y formular las preguntas?

i. Utilice un volumen de voz, un tono y una modulación adecuada.

Las preguntas deben ser formuladas por el litigante, en un tono seguro, con un volumen claramente audible por el declarante y el tribunal, y con una clara modulación para que se entiendan todos sus términos. Hágalas mirando al declarante y sin obstáculos en su rostro.

ii. Use un lenguaje claro y sencillo, fácilmente entendible.

Debemos cuidarnos al formular una pregunta de utilizar términos y palabras que puedan ser comprendidas con claridad y rapidez por el declarante. No exagere en el uso de la jerga legal o términos complejos, que solo confundirán al declarante, en particular si es lego y primerizo en las lides de los juicios orales. Se debe privilegiar el lenguaje común, cotidiano para el ciudadano medio.

Igual preocupación sobre los términos utilizados debe prestar el litigante frente a las respuestas de los testigos, preocupándose de pedirle las aclaraciones o explicaciones pertinentes cuando se utilicen modismo o palabras propias de un grupo social, profesional o etario determinado<sup>199</sup>.

iii. Use preguntas breves.

Se deben evitar las preguntas muy largas, pues llevan a confusión al declarante o se transforman, ordinariamente, en preguntas objetables por ser compuestas, al contener más de una interrogación en su formulación.

---

[ 196 ] Un ejemplo de una pregunta cerrada de opción sería, ¿usted es casado?, ellas solo debieran recaer sobre aspectos no centrales del caso, para que no se usen como una manera de hacer una sugerencia indebida al testigo de manera encubierta.

[ 197 ] Obedecen a esta lógica, preguntas tales como: ¿Cuántas personas pudo ver usted?, ¿recuerda la marca del vehículo?, ¿conoce usted al acusado?

[ 198 ] Sobre la diferencia entre preguntas cerradas y sugestivas ver Rúa, Gonzalo; ob. cit.; pp. 92-95

[ 199 ] Fontanet Maldonado, Julio E.; ob. cit.; pp. 72-73, es necesario que tanto las preguntas como las respuestas en el interrogatorio directo sean sencillas.

iu. Aproxímese a la información, partiendo de lo general, para llegar a lo particular.

La idea es partir con una batería de preguntas abiertas, que permitan al declarante entregar información de carácter más general, y luego, mediante el uso de preguntas cerradas, vaya focalizando su testimonio en los puntos de interés para la teoría del caso del interrogador.

u. Deben constituir una guía para el testigo.

El litigante mediante sus preguntas deberá guiar al declarante para que se refiera a los hechos que conoce y que son de utilidad para su teoría del caso.

ui. Deben permitir que el testigo exprese los hechos que conoce, involucrando el mayor número de sus sentidos.

Queremos que nos diga qué vio, oyó, sintió y/o hizo, cómo era el ambiente, etcétera, de la manera más vívida posible para que los jueces puedan revivir ese acontecimiento, experimentarlo a través del relato del testigo.

## 9. Preguntas objetables en el examen directo

Las preguntas que no deben utilizarse durante un examen directo son por regla general, las preguntas sugestivas o inductivas.

Las preguntas sugestivas son aquellas en que el interrogador hace una aseveración la cual es aceptada o rechazada por el declarante<sup>200</sup>. En el examen directo infringen una regla básica sobre cómo ha de generarse la información en juicio para que ella sea de calidad y utilizable por el tribunal. Ella debe provenir directamente de la fuente de información, en nuestro caso del declarante y no del litigante que lo interroga, pues este último no es una fuente de prueba<sup>201</sup>.

Estas preguntas sugestivas presentan serios problemas en la tarea de acreditar nuestra teoría del caso ante el juzgado; por un lado, siembran un manto de duda sobre si lo que declara el testigo es porque lo conoce efectivamente o porque se lo manifiesta quien lo interroga y, por otro lado, afectan la credibilidad del testimonio pues el testigo no da razón de sus dichos, ni los miembros del tribunal puede valorar su comportamiento durante la declaración<sup>202</sup>.

---

[ 200 ] Fontanet Maldonado, Julio E.; ob. cit.; p. 81.

[ 201 ] ibídem p. 81, señala además que su uso denota por un lado la mala preparación del abogado, y que este le priva protagonismo al testigo.

[ 202 ] Fontanet Maldonado, Julio E.; ob. cit., p. 81, se refiere al segundo punto como la conducta no verbalizada.

La práctica, la jurisprudencia, la doctrina<sup>203</sup> y en algunos la propia ley ha establecido situaciones de excepción en que se considera válido la utilización de preguntas sugestivas. Las que no presentan discusión son:

- a. En las preguntas de acreditación de un declarante, por considerarse que se trata de información fácilmente contrastable, por lo que, de no ser efectiva, ello podrá establecerse fácilmente en el contraexamen.
- b. En las preguntas introductorias al relato de los hechos<sup>204</sup>, nos referimos a que muchas veces para iniciar el interrogatorio sobre los hechos jurídicamente relevantes del caso, y evitar el uso de una pregunta narrativa, sin ningún foco, nos podemos referir en la pregunta a un hecho sobre lo que no ha depuesto, pero que enmarca su testimonio<sup>205</sup>.
- c. En el caso del denominado “testigo hostil”, esto es, testigos que si bien son presentados a declarar por la parte, durante su examinación y en algunas áreas de su interrogación se demuestran altamente reticentes o evasivos al contestar, ordinariamente porque pese a ser presentados por una parte, tienen mayor afinidad con los intereses de la contraria<sup>206</sup>. En este caso, como señala Rúa, no se puede proceder directamente a formular a ese declarante preguntas sugestivas, sino que debe solicitarse previamente autorización al juzgador, cuando durante el examen directo quede en evidencia la hostilidad del declarante...<sup>207</sup>

## 10. Estructura tipo de un examen directo o interrogatorio<sup>208</sup>

La forma en que se desarrollará un examen directo en concreto depende, por un lado, de las particularidades de la teoría del caso que se pretendan establecer y por el otro, de las características del testigo a interrogar; sin embargo, es posible proponer un esquema general sobre cómo debiera desarrollarse la interrogación, que a modo ejemplar proponemos a continuación:

---

[ 203 ] En *Ibidem*; p. 83, se señalan como casos, los referidos a aspectos preliminares como por ejemplo en las preguntas introductorias y durante el interrogatorio conducente a la presentación de evidencia tangible.

[ 204 ] En igual sentido se pronuncia: Rúa, Gonzalo; *ob. cit.*; p. 99

[ 205 ] Por ejemplo, preguntar a un declarante en un juicio de homicidio, ¿Qué sabe usted de la muerte de don...?

[ 206 ] Sería el caso de un funcionario policial que participó en una actividad investigativa cuestionable desde la perspectiva de su legalidad o de la afectación de garantías individuales, que fue presentado como testigo propio por la defensa.

[ 207 ] Lo mismo expresa Rúa, Gonzalo; *ob. cit.*; p. 101

[ 208 ] Existen numerosos modelos de organización de un interrogatorio los cuales no podemos abordar en su integridad, por su multiplicidad y porque consideramos que lo relevante es que una vez que el lector conozca alguno, será capaz de estructurar el que más le acomode según las particularidades del caso que le toque litigar en juicio. Ver a modo ejemplar la propuesta de Fontanet Maldonado, Julio E., *ob. cit.* p. 93, en que propone la siguiente estructura: a.- Preguntas de acreditación; b.- Preguntas introductorias; c.- Narración Principal; d.- Preguntas descriptivas; e.- Presentación de evidencia; f.- Corroboración; g.- Final Climático.

## 10.1. Preguntas de acreditación

Dirigiremos preguntas al deponente destinadas, por una parte, a sentar las bases de su credibilidad personal, es decir, demostrar al tribunal que el sujeto que tiene en frente es creíble, digno de fe y, por otra parte, una batería de preguntas destinadas a demostrar al tribunal la plausibilidad del contenido del testimonio prestado por el deponente. Entonces debemos distinguir:

### a. Acreditación personal del deponente

El objetivo de ellas es demostrar al tribunal la imparcialidad, credibilidad y capacidad de percibir los hechos sobre los que va a deponer, que presenta el declarante. Informaremos al tribunal sobre ciertos atributos y características personales del deponente que lo manifiestan como un individuo creíble y sin intereses ajenos al esclarecimiento de los hechos. Las preguntas de acreditación personal también cumplen indirectamente otra finalidad: permitir que el testigo se relaje y comprenda la lógica de las preguntas en el escenario del juicio, pues abordan temáticas de fácil respuesta para él<sup>209</sup>.

Trataremos de dar respuesta mediante el testimonio del declarante a las tres interrogantes que surgen en el juzgador frente a un declarante que comparece a prestar declaración ante ellos: ¿Quién es?, ¿por qué esta hoy prestando su testimonio?, y ¿por qué debe creer en sus dichos?

Sobre el particular, cabe señalar que en el proceso penal no existen testigos **inhábiles**. En principio, cualquier persona es hábil para declarar en la audiencia de juicio. Será a través de las preguntas que le formulen los abogados y de las respuestas del testigo que se demostrará en juicio su credibilidad, idoneidad o imparcialidad, la falta de ellas. Serán entonces los jueces quienes, al dictar sentencia, darán mayor o menor crédito a la declaración del testigo en consideración a esos antecedentes.

### b. Acreditación del testimonio del deponente

Se trata de demostrar al tribunal que el testigo puede válida y fundadamente responder las preguntas que se le harán sobre los puntos a tratar en el interrogatorio. Un testigo debe ser capaz de justificar sus dichos, señalando al tribunal por qué estuvo en condiciones de percibirlos de la manera en que ha declarado.

A diferencia de la acreditación personal del declarante, que ordinariamente deberá realizarse al inicio del examen directo, antes de que el testigo se refiera latamente

---

[ 209 ] En igual sentido, Rua, Gonzalo; ob. cit.; p. 117.

sobre los hechos, a fin de que el tribunal se forme una buena impresión del mismo y tenga una disposición favorable a escuchar su testimonio, la acreditación de su testimonio se puede realizar durante el interrogatorio sobre los hechos del caso, recalcando, cuando corresponda, en cada punto tratado por el testigo, las razones por las cuales su testimonio en ese aspecto es creíble. Así, resaltaremos las distancias, tiempos, condiciones de luminosidad, estado de sus sentidos u otros aspectos que justifiquen sus dichos<sup>210</sup>.

## Características de la acreditación:

### a. Es indispensable de realizar con todo declarante

La acreditación de los declarantes de la parte es siempre necesaria respecto de cada uno de ellos, sin embargo, también es cierto que no en todos los casos y declarantes la necesidad de acreditación exige la misma intensidad y profundidad.

La necesidad de efectuarla nace del hecho de que el tribunal ignora quién es la persona del declarante y ese antecedente es necesario para que el tribunal pueda formarse un juicio sobre si esa persona es o no digna de crédito.

Como dicen Baytelman y Duce, un problema que enfrentan los litigantes con menos experiencia es que suelen visualizar la acreditación como una etapa puramente formal del examen directo que, en consecuencia, intentan evitar o pasar lo más rápido que sea posible para poder entrar de lleno en el “centro” de su trabajo: las preguntas orientadas a obtener las proposiciones fácticas que aportará el testigo. Esto es un error. Las mejores proposiciones fácticas, dichas de la forma más impecable por parte de un testigo, podrían valer de poco o nada si la credibilidad de ese testigo no está asentada con información precisa ante el tribunal<sup>211</sup>.

### b. Debe aportar al tribunal información que pueda valorar al hacer un juicio de credibilidad sobre el declarante

Uno de los mayores problemas que presentan las preguntas de acreditación personal es que los litigantes tienden a estandarizar una serie de preguntas que no aportan ningún antecedente o criterio orientador al tribunal para poder considerar más o menos creíble a una persona en particular. Ello ocurre

---

[ 210 ] Probablemente en todo caso será necesario en primer lugar justificar por qué el declarante se encontraba en el lugar y en las condiciones necesarias para percibir los hechos sobre los cuales va a declarar, si se trata de un testigo presencial.

[ 211 ] Baytelman A., Andres y Duce J., Mauricio, ob. cit., p. 112

porque olvidamos que la acreditación de un testigo es personalizada, atiende a ese sujeto en particular y su testimonio, no es genérica<sup>212</sup>.

La acreditación, entonces, a partir de las particularidades del testigo y del testimonio que este va a prestar en juicio, debe buscar entregar información al tribunal que le permita hacerse el juicio de que está frente a una persona confiable, digna de crédito y que por lo mismo puede hacer un aporte en información sobre los hechos relevantes de la causa que debe resolver<sup>213</sup>.

Al tribunal le interesará luego de la acreditación escuchar a este testigo pues lo considerará creíble. Incluso más, esa información le puede permitir al tribunal optar por este testigo y su testimonio por sobre otros cuando se refieran la misma materia, precisamente fundado en la credibilidad que el tribunal le reconoce a ese deponente<sup>214</sup>.

## 10.2. Preguntas introductorias

Estas preguntas recaen sobre aspectos conocidos por el declarante, no debatidos en el juicio y de fácil respuesta para el declarante. Están destinadas a cumplir fundamentalmente dos objetivos:

### a. Permitir que los jueces tengan una primera orientación sobre quién es el deponente en el contexto del relato del litigante

Ayudan a que los jueces sepan rápidamente quién es el deponente y qué rol juega este dentro del contexto del caso<sup>215</sup>.

### b. Permitir que el testigo se relaje y asimile cómo va a desenvolverse el interrogatorio

Este tipo de preguntas predispone al testigo de mejor forma para enfrentar el resto del examen directo, y es de gran utilidad cuando se trata de testigos que

---

[ 212 ] Normalmente preguntas relativas al estado civil, o si la persona trabaja o no, si tiene hijos y cuántos son las que agotan la acreditación, en circunstancias que ellas nada aportan al tribunal. Nadie racionalmente podría sostener que una persona casada miente menos que una soltera, o que el hecho de que una persona no tenga trabajo o carezca de descendencia lo transforma de inmediato en alguien poco confiable.

[ 213 ] Esto resalta la importancia de la entrevista previa con los declarantes que debe sostener el litigante, pues esta información de credibilidad personal y de sus dichos, no la encontraremos, o al menos no de manera explícita y fundada en sus declaraciones registradas durante la investigación.

[ 214 ] Baytelman A., Andrés y Duce J., Mauricio, ob. cit., pp. 113 y 114, recomiendan para determinar los puntos de acreditación de un testigo pensar en las posibles líneas de contraexamen que la contra parte podría utilizar en contra de nuestro deponente o de su testimonio.

[ 215 ] Es un testigo presencial, un testigo de contexto, se trata de un policía que estuvo a cargo del proceso investigativo o que desarrolló una actividad investigativa en particular, etcétera.

no tienen experiencia previa en juicios orales. No es necesario recurrir a estas preguntas frente a quienes habitualmente prestan testimonio en juicio oral, como usualmente ocurre con policías y peritos.

### 10.3. Las transiciones<sup>216</sup>

No son propiamente tal pregunta, sino afirmaciones, seguidas de una pregunta. Permiten guiar al testigo acerca de las materias que se abordarán en los distintos momentos de su interrogatorio, y adicionalmente, ayudan a informar al juzgador y al declarante, qué materia será tratada con el siguiente grupo de preguntas. También se usan cuando un tema ha sido agotado con las preguntas del litigante y se pasará a un tema diferente. En resumen, permiten que el examen directo sea más fácil de seguir y entender por todos los involucrados en el juicio.

Las transiciones presentan mucha utilidad en interrogatorios muy prolongados, pues permiten dividir en una suerte de capítulos temáticos la información que el declarante proveerá con su testimonio y utilizar en cada uno de esos capítulos los principios de la comunicación efectiva de la primacía y los más recientes. Con ello lograremos mantener la atención e interés del juzgador de forma más efectiva.

### 10.4. Las preguntas sobre los hechos

El litigante narra porciones de su versión acerca de lo ocurrido a través de los dichos de sus testigos. La forma en que lleve a efecto ese examen directo tendrá incidencia en el impacto que ese testimonio pueda causar en el tribunal, para formar su convicción.

Para cumplir el objetivo de persuadir al tribunal con un testimonio, se deberá distinguir entre todos los hechos que conoce el deponente, desechando algunos de ellos<sup>217</sup> y priorizando otros, que contribuyan a establecer ante el juzgador aspectos relevantes de su teoría del caso<sup>218</sup>. A continuación, asociará a esos hechos fundamentales del relato, aquellos colaterales que aportan credibilidad al relato en general o a un aspecto particular del mismo. Los declarantes deben en juicio justificar sus dichos, es decir, deben explicar fundadamente las razones de por qué saben de ellos.

---

[ 216 ] Terminología utilizada en Fontanet Maldonado, Julio E.; ob. cit.; p. 74, al señalar el denominado tercer mandamiento del interrogatorio directo, permitiendo con ello mover al testigo de tema en tema.

[ 217 ] Baytelman A., Andrés y Duce J., Mauricio, ob. cit. p. 118, indican que la omisión de determinados aspectos no equivale necesariamente a una falta de la verdad.... El control natural de la legitimidad de las omisiones es el contraexamen.

[ 218 ] *Ibidem*; p. 117, señalan que en el examen directo queremos que el testigo introduzca toda la información relevante y valiosa que tenga, y ojalá solo esa. ...esto es lo que hace al juicio un ejercicio fundamentalmente estratégico: la necesidad de seleccionar información.

Para cumplir este propósito de entregar información pertinente y relevante al tribunal de una persuasiva, el litigante deberá abordar en sus preguntas al menos los siguientes aspectos:

- i. Quiénes son los sujetos involucrados en los hechos.
- ii. En qué lugar ocurrieron, con una descripción detallada de la escena.
- iii. Acciones o comportamientos desplegados por los involucrados principales. Particularmente aquellos hechos jurídicamente relevantes.
- iv. Información de contexto, necesaria para comprender los hechos jurídicamente relevantes, tales como hechos previos, concomitantes, motivaciones, etcétera.
- u. Explicaciones, justificaciones o aclaraciones que fueren pertinentes.

Cobran especial importancia aquí el tratamiento de las debilidades que presente el declarante y su testimonio, en cuanto se haya evaluado que son justificables. Lo que deseamos lograr es disminuir o atemperar el eventual efecto que podría tener esa información que es perjudicial para nuestra teoría del caso, si fuera develada al juzgador durante el contraexamen<sup>219</sup>.

Como dice Fontanet, la experiencia humana indica que el juzgador percibirá muy favorablemente el hecho que presentemos dicha evidencia y no tratemos de disimular su existencia<sup>220</sup>.

La forma recomendada de preguntar sobre los hechos relevantes del caso, es iniciar haciendo preguntas abiertas, que permitan al declarante explayarse sobre los hechos, para luego retomar con preguntas cerradas aquellos aspectos de mayor relevancia, como los hechos jurídicamente relevantes o los que dotan de credibilidad a la declaración<sup>221</sup>. Proceder de esta manera impide cualquier objeción por sugestividad, pues las preguntas cerradas se construirán, de ordinario, a partir de información ya proporcionada por el declarante al responder una pregunta abierta.

---

[ 219 ] Fontanet Maldonado, Julio E.; ob. cit.; p. 84, señala que se deber ser realista y comprender que la información siempre nos va a perjudicar.

[ 220 ] *Ibidem*; p. 83

[ 221 ] En igual sentido Rua, Gonzalo; ob. cit.; p. 109-110, en que recomienda a través de las combinaciones de preguntas abiertas y cerradas ir de lo general a lo particular

#### ui. Aporte de detalles

Los relatos persuasivos y creíbles tienden a contener detalles y justificaciones sobre los hechos a los que se refieren. En ese sentido, es importante que cuando se interroga a un declarante se obtengan de él los detalles pertinentes que hagan más confiable sus dichos. Así lo exigen los juegadores, mediatizando esa demanda de detalles, según las circunstancias en que ocurrió el evento al que se refiere el deponente, a la capacidad de percepción de quien declara, y a las condiciones en que se encontraba al verificarse el suceso.

Existen ciertos hechos que no abordaremos en nuestros exámenes directos, básicamente nos referimos a: Los hechos que no son susceptibles de ser probados en juicio bajo los estándares del mismo; aquellas afirmaciones que durante la investigación nos dieron los declarantes, que no pudimos comprobar, o que constituyan más bien prejuicios, juicios anticipados, o simples opiniones de los mismos sin respaldo probatorio; tampoco aquellos hechos o detalles que lejos de colaborar a generar convicción sobre las proposiciones fácticas que se quieren acreditar, distraen al juez del foco del debate, o puedan confundirlo o poner su atención sobre hechos no pertinentes o relevantes para el caso.

La rigurosidad en el tratamiento de los temas 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, es todo aquello que fortalece su teoría del caso o debilita la de la contraparte<sup>222</sup>.

## 11. Comportamientos esperados del litigante para un examen directo eficaz

### a. Rol del abogado que realiza el examen directo

En un examen directo el protagonista principal es el declarante<sup>223</sup>; sin embargo, es muy importante que el litigante que lo examine esté atento a guiar al testigo para que se refiera a la proposiciones fácticas que necesita acreditar con él, a intervenir cada vez que el testigo se desvíe de los objetivos planificados, a profundizar en aquellas materias que lo requieran, como son ordinariamente los hechos jurídicamente relevantes o los que permiten la individualización de los participantes en el hecho, o cuando se requiere un mayor nivel de justificación o detalle en el testimonio para acrecentar su credibilidad<sup>224</sup>.

---

[ 222 ] Baytelman A. Andrés y Duce J. Mauricio, Litigación Penal, Juicio Oral y Prueba, ob. cit., p. 118

[ 223 ] Fontanet Maldonado, Julio E.; ob. cit.; p. 66

[ 224 ] Rua, Gonzalo; ob. cit.; p. 195, resalta que al tribunal no le interesan, respecto del litigante, sus observaciones, sus opiniones personales, ni sus percepciones.

## **b. No comente, ni reaccione frente a las respuestas de los testigos**

El valor de una respuesta o una actitud de un declarante deben ser valorados por el tribunal, y en nada contribuye a esa valoración las reacciones, exclamaciones o gestos que realice el interrogador. Prácticas como las referidas afectan el interrogatorio y cuando se repiten en exceso cansan, distraen e incluso molestan al juzgador.

A lo señalado debemos añadir que la opinión que se forme el litigante sobre la respuesta de un declarante, expresada en su gestos o dichos, en nada interesa o influirá en el tribunal, ni garantiza de modo alguno que él comparta nuestra percepción de lo declarado.

## **c. Seleccionar el tipo de relato que se utilizará con el deponente**

De ordinario el relato que se utilizará con un deponente en juicio durante su examen directo será el cronológico<sup>225</sup>, en particular con aquellos declarantes que se constituyen en el eje de nuestro relato; por ejemplo, la víctima o un policía en el caso del Ministerio Público<sup>226</sup>. La regla general en el examen directo de testigos será, como dicen Baytelman y Duce, recurrir al orden cronológico, pues la forma cronológica de organizar las cosas es el modo usual en el que estructuramos nuestros relatos en la vida cotidiana y, en consecuencia, es la forma natural en la que estamos acostumbrados a exponer los hechos y comprenderlos<sup>227</sup>.

Sin perjuicio de lo dichos, a veces lo que queremos abordar con el declarante es uno o más aspectos específicos de información. En tal evento el examen directo será temático.

## **d. Mantener una escucha activa durante su examen**

Es muy importante que el litigante escuche las respuestas que da el testigo frente a cada una de sus preguntas con el propósito de determinar si la información obtenida satisface los objetivos planteados con ese declarante o si por el contrario debe intervenir para guiarlo hacia el objetivo buscado, evitar que se refiera a puntos no deseados, complemente la información proporcionada, entregue más detalles y justificaciones a sus dichos. Incluso si ese control no permitiere obtener

---

[ 225 ] Rúa, Gonzalo; ob. cit.; p. 137, señala que sirve para presentar historias que resulten claras y que no generen dificultad para su adecuado entendimiento.

[ 226 ] Fontanet Maldonado, Julio E.; ob. cit.; p. 90, señala que un interrogatorio cronológico, permite que este sea organizado.

[ 227 ] Baytelman A., Andres y Duce J., Mauricio, ob. cit., p. 172.

la información buscada para decidir si es procedente el ejercicio de refrescamiento de memoria de ese declarante<sup>228</sup>.

Se trata, como dice Fontanet, de no solo meramente oír las contestaciones del testigo, sino de escucharlas prestando atención<sup>229</sup>.

Para cumplir adecuadamente con esta recomendación, el litigante debe abandonar ciertas prácticas que por sí solas impiden prestar la debida atención a la declaración del deponente, como son por ejemplo revisar durante el interrogatorio su carpeta investigativa u otros documentos, o leer un listado de preguntas preestablecido<sup>230</sup>.

#### **e. Comprometer el mayor número de sentidos del juzgador.**

El litigante, a través de los dichos del declarante, debe fijar en la mente del tribunal una imagen vívida del lugar donde ocurrieron los hechos más relevantes del caso y cómo estos sucedieron de la manera más vívida posible. Entonces deberemos proporcionar a los jueces la visión más persuasiva y sensorial posible<sup>231</sup>.

Estas precisiones en la descripción de los lugares, escenarios o acciones relevantes debieran realizarse luego de efectuada la narración más general formulada por el testigo. Se trata de hacer precisiones a su declaración, mediante el uso de preguntas cerradas, no de interrumpir su testimonio<sup>232</sup>.

#### **f. No utilizar un listado de preguntas<sup>233</sup>**

Sin perjuicio de que el tema es opinable y genera debate, recomendamos no utilizar durante el examen directo listados de preguntas para cada declarante, pues ellas generan efectos adversos durante el juicio<sup>234</sup>. Por una parte, distraen al abogado quien se focaliza en el listado y no en las respuestas del testigo o las

---

[ 228 ] Fontanet Maldonado, Julio E.; ob. cit.; p. 86, se refiere al punto como el octavo mandamiento del examen directo. expresando que escuchar la contestación del testigo. Solo así podremos saber qué hemos logrado establecer con el testigo. Debe recordarse que cada testigo ha sido traído al juicio con un propósito determinado.

[ 229 ] *Ibidem*; p. 86.

[ 230 ] Estos listados normalmente generan más problemas que beneficios, distraen e impiden escuchar; confunden al fiscal cuando el testigo contesta y responde más allá de la pregunta abarcando hechos de otras de las preguntas de su listado, que al formularlas el fiscal generan legítimas objeciones de la defensa, etcétera.

[ 231 ] Fontanet Maldonado, Julio E.; Ob. cit.; p. 76, el abogado debe ubicar al juzgador en el lugar de los hechos de manera que puedan entender mejor lo acontecido... se refiere al lugar en que ocurrieron los hechos, o de aquel otro lugar importante para su caso.

[ 232 ] En igual sentido, *Ibidem*; pp. 77-78.

[ 233 ] *Ibidem*; p. 88., donde recomienda no tener todas las preguntas escritas.

[ 234 ] Lo mismo señala, Rúa Gonzalo; ob. cit.; p.194, señalando que vale más la pena anotar los temas que abarcará el examen directo.

reacciones del tribunal, y por otro lado, porque de ordinario el litigante seguirá el listado mecánicamente, generando vacíos de información por una mala o incompleta respuesta del declarante, o formulan preguntas del listado que ya fueron contestadas por el declarante, dando con ello opción a la contraria para formular una legítima objeción.

Creemos que es más efectivo elaborar una ficha con temas a abordar con cada declarante en particular, que contenga los datos de individualización del declarante, los capítulos en que se dividirá su testimonio, los temas específicos a tratar en cada capítulo y las proposiciones fácticas buscadas en cada tema. Adicionalmente deberemos consignar en esa ficha la prueba material o apoyos a la declaración que deseamos utilizar con ese declarante<sup>235</sup>.

Cuántas preguntas deberá formular el litigante en concreto para extraer del declarante la información necesaria para satisfacer cada tema de interrogación, es algo que debe ir evaluando durante el desarrollo de la interrogación, teniendo como guía esos capítulos, temas y proposiciones fácticas.

Lo propuesto facilita mantener permanente contacto visual con el declarante, observar su comportamiento durante la interrogación y por lo mismo reaccionar mejor frente a un inconveniente, como también observar la reacción del juzgador frente a la información que se le entrega. Además, desformaliza el interrogatorio y lo hace más natural.

#### **g. Utilice un ritmo apropiado**

El litigante debe, a medida que el examen directo se desenvuelve, decidir si incrementa o disminuye el ritmo de las preguntas, para enfatizar temas o aportar más detalle en ciertas partes de su declaración. Aclaremos que nos referimos fundamentalmente al grado de profundidad con que se abordarán los distintos tópicos del examen directo. Se debe seleccionar, como dice Fontanet, un ritmo que logre que todas las partes del interrogatorio directo sean escuchadas, pero que aquellas partes importantes se le preste mayor atención<sup>236</sup>.

Analógicamente podríamos imaginarnos un director de cine que señala al camarógrafo cuándo realizaremos un paneo general y rápido, o haremos zoom sobre un aspecto determinado de información, o incluso hacer una toma en cámara lenta o incluso cuadro a cuadro para obtener de la mejor forma y más persuasiva la información que deseamos obtener del declarante.

---

[ 235 ] Adicionalmente tras la ficha personal del declarante debiéramos tener todas y cada una de sus declaraciones previas referidas a los temas abordar, por si fuere necesario refrescar su memoria.

[ 236 ] Fontanet Maldonado, Julio E.; ob. cit.; p. 78

## **h. Preste atención a las reacciones del jugador**

Un litigante debe estar permanentemente observando a los jugadores, con el propósito de verificar su nivel de atención y reacciones frente al testimonio de sus declarantes. Si se distraen llamaremos su atención con el tono y volumen de voz al formular la siguiente pregunta; cuando un tema les despierte interés, focalizaremos el interrogatorio; cuando se trate de hechos de relevancia jurídica, daremos tiempo para que tomen notas antes de seguir, o en otros casos usaremos el silencio o cambio de tono de voz para dar mayor impacto al testimonio.

Como dice Rúa, en el examen directo, presentamos una relación pormenorizada de los hechos relevantes del caso, pero que permita mantener la atención del tribunal, sin terminar por abrumarlo<sup>237</sup>.

## **i. Pida las constancias que fueren pertinentes**

Cuando el registro del juicio es en audio o incluso cuando se haga en video, por consideración a la persuasión, se debe solicitar al presidente del tribunal que se deje constancia de las indicaciones que haga el testigo con sus manos, de sus gestos o de sus demostraciones, cuando ellas nos fueren suficientemente explícitas o claras si se reprodujere solo el audio de lo ocurrido.

## **j. Al interrogar no olvide que la convicción se forma en el tribunal**

El examen directo en la medida que se haya planificado y preparado genera un efecto que puede ser dañino para nuestro desempeño en juicio, a saber, que como el litigante sabe lo que quiere probar y conoce lo que el declarante puede decir sobre el punto, puede no agotar en debida forma el interrogatorio del mismo, al dar por supuesta información que conoce, pero que el testigo derechamente no expresó en su respuesta o no lo hizo de manera fundada y precisa para ser valorada por el tribunal. En otras ocasiones el uso de términos ambiguos o vagos, o los vacíos dejados por el testigo son rellenados por el conocimiento que tiene el litigante, quien tiende a sobrevalorar la respuesta del deponente.

Lo referido puede ser un grave error en que incurra el interrogador, nunca debe olvidar que la trasmisión de la información va dirigida hacia los jueces, no se trata de que el abogado se convenza de la bondad de su caso o de la excelencia de un testimonio, sino que el tribunal adquiera tal convicción.

---

[ 237 ] Rúa, Gonzalo; ob. cit.; p. 134

## k. Si va a anticipar debilidades del deponente o de su testimonio hágalo eficazmente

Ante la existencia de una debilidad del deponente o de su testimonio, que se ha considerado como posible de ser justificada, se debe abordar esa debilidad como un tema dentro del examen directo que hagamos del declarante, a fin de poder justificarla o disminuir al máximo el impacto que ese hecho pueda generar sobre la credibilidad del deponente o su testimonio si es que fuere expuesto ante el tribunal a través del contrainterrogatorio<sup>238</sup>.

Recomendamos tratar la debilidad dentro de examen directo, en el medio de las preguntas referidas a la acreditación si es una debilidad personal del declarante o en el interrogatorio sobre los hechos al referirnos a aquellos que presentan la debilidad, pero nunca hacerlo al inicio o al final de examen directo, para que el principio de la primacía y lo más reciente, no opere en contra de nuestro declarante.

## l. Maximice la utilización del principio de primacía y lo más reciente<sup>239</sup>

En lo que se refiere al contenido de los interrogatorios de cada uno de los testigos, sea que estos se hayan estructurado de manera cronológica, que es la recomendación general, o temática, como en el caso de un testigo de carácter, se debe obtener la información más relevante de ellos al inicio y al final de cada capítulo o tema de interrogación. El mismo principio nos ilustra sobre el orden en que deben presentarse los distintos declarantes de la parte, los mejores al inicio y al final de su prueba<sup>240</sup>.

## m. Utilice titulares

Es importante cuando se va a desarrollar un interrogatorio a algún testigo que va a deponer sobre distintas materias relevantes para el caso informar de ello al tribunal y además aprovechar de ordenar el testimonio dividiendo las preguntas que se efectuarán en distintos capítulos, cada uno de ellos referido a una materia diferente y dentro de esos capítulos o temas si ellos fueran muy extensos establecer titulares para ilustrar al tribunal y guiar al testigo sobre los puntos específicos que se tratarán en su testimonio<sup>241</sup>.

[ 238 ] Fontanet Maldonado, Julio E.; ob. cit.; pp. 84-85, propone como criterios para decidir si se ocultará la información y por ende no se tratará en el examen directo o si por el contrario se abordará durante el examen directo, por un lado, la naturaleza del dato, esto es cuán conocido puede ser para los involucrados, y por otro lado, el conocimiento del abogado de la contraria.

[ 239 ] Similar recomendación hace, en el décimo mandamiento del interrogatorio Fontanet Maldonado, Julio E., ob. cit., p. 98

[ 240 ] Rúa, Gonzalo; ob. cit.; p. 196, señala que solemos recordar mejor lo primero y lo último que escuchamos.

[ 241 ] Fontanet Maldonado; Julio E; Ob. cit.; p. 75, Son muy útiles cuando queremos detenemos en un aspecto del testimonio sobre un hecho previamente aportado, o para trasladar al testigo de un lugar a otro o de una fecha a otra. Añadimos nosotros como ejemplo, el que un testigo frente a una pregunta abierta haya mencionado hechos o episodios que queremos profundizar, caso en el cual antes de hacer una pregunta cerrada utilizaremos un titular para orientar al testigo y al juez.

Usar capítulos y titulares también nos servirá en el interrogatorio directo para focalizar nuestras preguntas en los temas de mayor interés para los jueces, pues son los debatidos por las partes y, además, para generar ciertas pausas en las declaraciones de los testigos que faciliten que el tribunal pueda volver a tomar atención y concentración sobre un punto específico del testimonio<sup>242</sup>.

#### **n. Utilice apoyos para hacer más persuasiva la declaración**

Los autores destacan que para mantener la atención del tribunal y hacer del relato del testigo una herramienta más persuasiva, se puede recurrir a apoyos de la declaración del testigo, que pueden consistir en la utilización de evidencia material, o de otros apoyos que no constituyan prueba<sup>243</sup>, es decir, objetos que sin haber estado en el lugar de los hechos, sirven para ilustrar al tribunal sobre lo efectivamente acontecido<sup>244</sup>.

#### **ñ. Manifieste interés en la declaración**

Lo señalamos pues no siempre es fácil, ya que el litigante no solo conoce los temas sobre los que examinará, sino que también conoce las respuestas que debería dar el testigo. Entonces debemos manifestar nuestro interés en el contenido del interrogatorio manifestándolo así con nuestras expresiones y gestos, pues si nosotros no damos importancia a las respuestas de nuestros testigos mal podemos pedir al tribunal que lo haga.

#### **o. Vincule el examen del testigo con el lema**

Si al construir nuestra teoría del caso, hemos sido capaces de identificar el tema del caso y elaborar un lema, debemos en el examen directo de los testigos hacer que ellos se refieran a los hechos que se vinculan con el mismo<sup>245</sup>.

### **12. El nuevo examen o interrogatorio directo (el re-directo)**

Es el derecho que tiene el litigante que ha efectuado el examen directo de un testigo, para solicitar al tribunal que se le conceda la posibilidad de volver a interrogar al deponente una vez que haya concluido el contraexamen.

---

[ 242 ] Rua, Gonzalo; ob. cit.; p. 143, promueve el uso de titulares, o títulos como el los denomina para mantener la atención del tribunal.

[ 243 ] Un gráfico, una maqueta, un objeto material que no sea prueba, un dibujo.

[ 244 ] Rua, Gonzalo; ob. cit.; p. 146.

[ 245 ] Igual recomendación encontramos en Rua Gonzalo; Ob. cit.; p. 199.

Puede suceder que después de un contraexamen el testigo o su testimonio hayan resultado dañados o afectados, en tal evento se le concede el derecho al abogado que lo presentó a hacer las preguntas que estime convenientes para rehabilitar al testigo o su testimonio.

Este nuevo interrogatorio debe ser preciso y enérgico, pues como señalaremos lo que se pretende es fundamentalmente rehabilitar a nuestro testigo y/o a su testimonio ya que este se ha visto afectado seriamente con el contraexamen. Si ello no ha ocurrido lo mejor es no volver a interrogar al testigo y liberarlo una vez terminado el contraexamen.

Si bien la ley no lo dice expresamente, podríamos sostener que este re-interrogatorio no podría tener por finalidad la mera repetición del examen directo ya prestado, pues en tal evento ante las preguntas formuladas por el re-examinador referidas a materias ya abordadas en el examen directo y debidamente contestadas el contra examinador podría legítimamente deducir objeciones respecto de esas preguntas, por ser repetitivas o reiterativas<sup>246</sup>.

Lo señalado precedentemente hace que en los hechos el re-directo deba referirse fundamentalmente a los puntos relevados en el contraexamen que han significado una afectación sustancial del testimonio o de la credibilidad del declarante o finalmente que han significado establecer un manto de duda u oscuridad respecto de algún punto tratado en el examen directo.

### 13. El examen directo de peritos

La declaración de un perito durante la audiencia de juicio oral se rige en general por las recomendaciones ya vistas para los testigos, con dos grandes particularidades. La primera es que en general los ordenamientos jurídicos establecen que el perito inicia su testimonio en juicio cuando a requerimiento del tribunal expone las conclusiones más relevantes de su informe<sup>247</sup>. Y, en segundo lugar, que por tratarse de un experto en un área determinada del conocimiento, está habilitado para emitir juicios u opiniones dentro del área de su experticia.

Una vez expresadas por el perito las conclusiones de su informe, será interrogado por la parte que lo ha ofrecido, siguiendo un esquema como el que proponemos:

---

[ 246 ] En igual sentido, Fontanet Maldonado, Julio E. ob. cit., pp. 100 y 102.

[ 247 ] Recomendamos en estos casos, que el perito se refiera de manera muy breve a las más importantes conclusiones plasmadas en su informe, ello pues es durante su interrogatorio en que explotaremos al máximo esas conclusiones, que para ser persuasivas y creíbles requieren que el perito haya asentado ante el tribunal todas las bases en virtud de la cuales pudo llegar a sus conclusiones.

### 13.1. Preguntas de acreditación

Esta labor es fundamental antes de proceder al interrogatorio directo, el litigante debe presentar al perito al tribunal, debe destacar que la apreciación de los hechos por él presentados- así como las opiniones por él vertidas- exigen de un conocimiento especializado, en donde la mirada común del lego resulta abiertamente insuficiente para su adecuada comprensión.

Será importante entonces hacerle ver al tribunal que ellos también están en la categoría de legos respecto de dicho conocimiento, por lo que, si le creen al perito, deberán preferir sus conclusiones técnicas a las que los propios jueces puedan detentar<sup>248</sup>.

Ocuparemos entonces algunos minutos de nuestro interrogatorio, a fin de que el perito dé cuenta al Tribunal y a la contraparte por qué se trata de una persona con conocimientos sobre la materia en que va a deponer<sup>249</sup>. Mostraremos entonces, sus estudios, publicaciones, investigaciones, su experiencia práctica en la materia del informe, etcétera<sup>250</sup>.

Para preparar esta acreditación del perito deberemos reunirnos con él a fin de recabar sus antecedentes y contar con un currículum actualizado.

### 13.2. El examen sobre las actividades realizadas por el perito en el caso

Una vez el perito ha manifestado sus conclusiones y ha sido debidamente acreditado, el litigante que lo presenta procederá a formularle todas aquellas preguntas que juzgue pertinentes para sustentar la conclusión contenida en dicho informe.

En esta tarea, es conveniente que el interrogador tenga presente que debe lograr que las conclusiones y el procedimiento utilizado para obtenerlas, sean expresados por el perito en un lenguaje claro y sencillo, que pueda ser claramente entendido por los miembros del tribunal; así, se le pedirá que aclare o explique los términos técnicos que utilice o que dé ejemplos sencillos para aclarar sus dichos.

---

[ 248 ] Andrés Baytelman A., Mauricio Duce J., Litigación Penal en Juicio Orales, Textos de Docencia Universitaria, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, enero de 2000, p. 150.

[ 249 ] Fontanet Maldonado, Julio E., ob. cit. p. 212 y 213, propone abarcar los siguientes puntos:  
1.- educación o adiestramiento; 2.- Historial de empleo; 3.-Actividades profesionales 4.- Títulos; 5.- Membresías en asociaciones o grupos de profesionales;6.- Publicaciones y presentaciones; 7.- Honores y distinciones; y 8.- Calificaciones previas como perito.

[ 250 ] Esta última circunstancia puede ser muchas veces de mayor relevancia para el juzgador que los estudios que tenga el perito.

Ordinariamente, como el perito declara sobre hechos que no percibió directamente, se trabajará, en su interrogatorio, “con preguntas que van a adoptar la forma de hipótesis sobre las cuales estos [los peritos] emiten una opinión”<sup>251</sup>. El perito en cambio no debiera directamente hacer especulaciones o suponer hipótesis no contenidas en su informe.

#### Estructura del interrogatorio

1. Cómo se vincula el perito a la causa y cuál es el objeto de su pericia.
2. Los antecedentes en base a los cuales trabajó y emitió su dictamen.
3. Los procedimientos realizados<sup>252</sup> (procedimientos, equipos, metodología, teorías científicas o académicas, técnicas, principio y reglas) son confiables y se cumplieron estrictamente.
4. Los resultados de sus actividades.

### 13.3 Exposición y ratificación de sus conclusiones

Concluido el tratamiento de los temas anteriores que constituyen la base del trabajo realizado por el perito, procederemos a interrogarlo sobre las conclusiones, obtenidas con su trabajo, y la justificación de las mismas, descartando si fuese necesario otras explicaciones posibles.

#### Bibliografía

- Baytelman A., Andrés y Duce J., Mauricio. Litigación Penal en Juicio Orales, Textos de Docencia Universitaria, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, enero de 2000.
- Baytelman A., Andrés y Duce J., Mauricio. Litigación Penal, juicio oral y prueba; Ediciones Universidad Diego Portales; año 2004.
- Blanco Suárez, Rafael y otros. Litigación Estratégica en el nuevo proceso penal; Lexis Nexis; Santiago; año 2005.
- Código Procesal Penal (Decreto Legislativo N° 957).
- Fontanet Maldonado, Julio E. Principios y Técnicas de la Práctica Forense; Tercera edición; Jurídica Editores; San Juan de Puerto Rico; año 2010.

---

[ 251 ] Andrés Baytelman A., Mauricio Duce J. Obra citada, p. 154.

[ 252 ] Un tema que deberán fijar los estándares judiciales es si la exigencia a un perito es la confiabilidad de sus conclusiones basadas exclusivamente en el método utilizado o si será requiere además que esas conclusiones y metodología sea compartidas por el resto de quienes profesan la misma ciencia arte u oficio.

- Mauet A., Thomas. Trial Techniques; Seventh Edition; Wolters Kluwer; año 2007.
- Moreno Holman, Leonardo. Teoría del Caso; Ediciones Didot; Argentina; año 2012.
- Rúa S., Gonzalo. Examen Directo de Testigos; Didot; Argentina; año 2015.



## CAPÍTULO IV:

### EL USO EN JUICIO DE LAS DECLARACIONES PREVIAS PARA EL REFRESCAMIENTO DE MEMORIA

*Dalmiro Huachaca Sánchez<sup>253</sup> (Perú)*

#### 1. Introducción

La transición de un modelo escritural a uno oral nos enfrenta a situaciones complejas en el ejercicio profesional. Nuestra formación profesional dada en un entorno ajeno a la oralidad representa uno de los mayores obstáculos para asimilar el nuevo modelo procesal penal y las destrezas que se requiere para su correcto funcionamiento.

En el presente trabajo, abordaremos el uso de las declaraciones previas para el caso específico de refrescamiento de memoria. El presente capítulo no debería representar mayor problema, sin embargo, se nos encargó la redacción en un capítulo por separado al de examen directo – que es donde corresponde tratarlo - atendiendo a la particularidad de su regulación en el Código Procesal Penal (Decreto Legislativo 957) que expresamente en el inciso 6 del artículo 378 establece este procedimiento para testigos y peritos.

Sobre la utilidad del refrescamiento de memoria, debe quedar claro que su finalidad específica es servir de apoyo de memoria para el desarrollo fluido del examen directo en el plenario. El juez solo debe valorar el testimonio rendido en el juicio oral y en esas circunstancias debe evitar caer en la tentación de acceder al contenido de la declaración previa utilizada, atendiendo que esta no se incorpora como prueba. El papel o cualquier registro solo sirve al fiscal o abogado para apoyo de memoria para el testigo, perito y finalizado su propósito el juez únicamente puede valorar la declaración personal prestada en el plenario. En ese escenario, el Código Procesal Penal no establece las pautas o pasos que debe seguir el interrogador para efectos de utilizar las declaraciones previas para el refrescamiento de memoria, por lo que resulta indispensable promover un procedimiento estandarizado.

---

[ 253 ] Abogado, egresado con distinción máxima de la diplomatura en Reforma Procesal Penal de la Universidad Diego Portales (UDP) y el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA). Egresado de la maestría en Derecho Procesal y Solución de Conflictos de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC).

En el presente trabajo, trataremos también sobre la posibilidad del refrescamiento de memoria para el imputado, atendiendo al pronunciamiento de la Sala Nacional Penal en el acuerdo plenario N° 003-2018-SNP y la regulación en el inciso 6 del artículo 378 del Código Procesal Penal.

Lo importante y lo que se debe rescatar del presente capítulo, es que sea para el refrescamiento de memoria de los testigos y peritos o sea para el refrescamiento de memoria del imputado, el procedimiento será el mismo.

## 2. Declaraciones previas

Sobre las declaraciones previas, Leticia Lorenzo señala que es *“cualquier tipo de manifestación que se haya realizado con anterioridad a la audiencia del juicio con relación a su conocimiento de los hechos que se juzgan”*<sup>254</sup>. En ese sentido, se puede considerar declaración previa a toda manifestación verbal, escrita, auditiva, etc., dada por una persona antes del juicio oral y comprende las declaraciones en sede policial o fiscal, las manifestaciones en audiencias previas al juicio así también pueden ser consideradas las declaraciones juradas, correos electrónicos, declaraciones prestadas en un medio de comunicación, etc.

Los profesores Rafael Blanco, Mauricio Decap, Leonardo Moreno y Hugo Rojas consideran que estas *“no constituyen prueba para efectos del juicio, no pueden incorporarse como documentos y solo pueden utilizarse para el refrescamiento de memoria de quien se encuentra prestando declaración o para evidenciar contradicciones en que ha incurrido en la declaración que acaba de prestar durante el juicio”*<sup>255</sup>. En la práctica, concluida la etapa intermedia los jueces de investigación preparatoria ordenan que las declaraciones prestadas anteriormente se acompañen. Sin embargo, esta práctica puede resultar perjudicial, atendiendo que los jueces de juzgamiento pueden acceder a este tipo de información; por lo que consideramos que el litigante es quien tiene que hacerse cargo de llevar estos registros en caso sea necesario utilizarlos, ya sea para el refrescamiento o para evidenciar contradicción.

### 2.1. Las declaraciones previas en el juicio oral conforme al Código Procesal Penal

El Código Procesal Penal establece la utilidad en qué circunstancias se puede recurrir al uso de las declaraciones previas en el juicio oral. Así tenemos:

1. Lectura total o parcial frente a la negativa del imputado de declarar en juicio (376.1)

---

[ 254 ] Lorenzo, Leticia. Manual de litigación. Colección Litigación y enjuiciamiento penal adversarial. Ediciones Didot. 5° reimpresión. Buenos Aires, Argentina. P. 203.

[ 255 ] Blanco, Rafael, Decap, Mauricio, Moreno, Leonardo y Rojas, Hugo. Litigación Estratégica en el Nuevo Proceso Penal. 2005 Lexis Nexis. Santiago. Chile. P. 232, 233.

2. Refrescar memoria (378.6)
3. Evidenciar contradicciones (378.6)

Conforme se advirtió en la introducción, nosotros solo haremos mención del uso de las declaraciones previas en el plenario para efectos del refrescamiento de memoria. Para efectos de verificar las pautas sobre impugnación de testigos para evidenciar contradicciones, recomendamos revisar el capítulo sobre contraexamen.

#### a. El refrescamiento de memoria del testigo y perito

Artículo 378° “Examen de testigos y peritos”

6. “Si un testigo o perito declara que ya no se acuerda de un hecho, se puede leer la parte correspondiente del acto sobre su interrogatorio anterior para hacer memoria. Se dispondrá lo mismo si en el interrogatorio surge una contradicción con la declaración anterior que no se puede constatar o superar de otra manera.

7. Los peritos podrán consultar documentos, notas escritas y publicaciones durante su interrogatorio. En caso sea necesario se realizará un debate pericial, para lo cual se ordenará la lectura de los dictámenes periciales o informes científicos o técnicos que se estimen convenientes.

La regla general de las declaraciones presenciales es *que no pueden ser sustituidas por lectura de registros u otros en donde constarán versiones anteriores*<sup>256</sup>, pues el modelo actual privilegia la declaración personal del testigo, víctima, perito, imputado; consecuentemente, las declaraciones anteriores solo pueden utilizarse en el juicio oral para determinados propósitos establecidos en la norma procesal penal conforme se mencionó precedentemente, esto, *para favorecer la inmediación y la obtención de información de calidad a través de la contradicción*<sup>257</sup>.

Si el testigo o perito son los que a viva voz ingresan información en el plenario, resulta necesario que frente a circunstancias que afecten la memoria de estos, se cuente con una herramienta de apoyo para efectos de refrescar su memoria y continuar con el examen directo de la forma más fluida, sin interrupciones relevantes que afecten la calidad de la información.

---

[ 256 ] Guía práctica OASIS para el desarrollo de habilidades de litigación oral. Coordinadores: Deaton, Janice M. e Rodríguez Ferreira, Octavio. p. 22.

[ 257 ] Ibid. p. 22

Bajo las circunstancias antes expuestas, el uso de la declaración previa durante la declaración personal del testigo o perito solo debe cumplir una finalidad auxiliar a su memoria para que pueda entregar al tribunal toda la información que maneja sobre un determinado hecho o suceso. Para el juez el papel o registro del interrogatorio no debe existir como medio de prueba y se convierte en información prohibida sobre la que puede recaer una nulidad, atendiendo que carece de intermediación u contradicción<sup>258</sup>.

En otras circunstancias, la declaración previa se ve condicionada a las reglas establecidas en el Código Procesal Penal. Por ejemplo, una lectura parcial o total de las preguntas que se negare a responder el imputado, siempre que se cumpla con el respeto a las garantías establecidas en la ley<sup>259</sup>. Por ejemplo, una declaración previa con la presencia indispensable de la defensa o en el caso de un testigo, con la notificación a la contraparte dándole la posibilidad de hacer uso de su derecho a la contradicción. Sobre la posibilidad de dar lectura a la declaración del imputado, debemos manifestar que está regulada en el Código Procesal Penal en el numeral 1 del artículo 376; sin embargo, consideramos que, dada la condición del imputado, no debería darse lectura de sus declaraciones anteriores frente a la negativa de declarar en juicio.

En una declaración personal en juicio oral donde no se recurrió al apoyo de las declaraciones previas para situaciones excepcionales y por razones estratégicas, únicamente se tiene que valorar - valga la redundancia - la declaración personal, el juez no debe caer en la tentación de acceder a una información que carece de intermediación y contradicción, consecuentemente prohibida para el juez. En caso de acceder a la información no prestada en juicio, se incurre en causales de nulidad, por afectación directa al principio de intermediación y contradicción<sup>260</sup>.

Conforme se puede advertir, los propósitos o la utilidad de las declaraciones previas están claramente definidos en el Código Procesal Penal, y se deben cumplir únicamente con esos propósitos y evitar que estas reemplacen las declaraciones personales. Asimismo, el numeral 6 del artículo 378 del Código Procesal Penal hace referencia a los interrogatorios.

---

[ 258 ] Recordemos que solo es prueba para los efectos del juicio oral, aquella que fue ofrecida y declarada admisible en la audiencia preparatoria, y que por otro lado los registros de la investigación, por regla general carecen de valor probatorio en juicio, como una manifestación de la prohibición de sustitución de una declaración por un registro previo.

[ 259 ] Si bien, el Código Procesal Penal admite esta posibilidad, en el ámbito académico resulta discutible, porque el imputado es el único que decide declarar o no, además consideramos que va contra la lógica de un proceso penal oral.

[ 260 ] El artículo 150.d del Código Procesal Penal, establece que no "será necesaria la solicitud de nulidad de algún sujeto procesal y podrán ser declarados aun de oficio, los defectos concernientes: (...) "A la inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstos por la Constitución".

## b. Refrescamiento de memoria del procesado.

### Artículo 378° “Examen de testigos y peritos”

6. Si un testigo o perito declara que ya no se acuerda de un hecho, se puede leer la parte correspondiente del acto sobre su interrogatorio anterior para hacer memoria. Se dispondrá lo mismo si en el interrogatorio surge una contradicción con la declaración anterior que no se puede constatar o superar de otra manera.

7. Los peritos podrán consultar documentos, notas escritas y publicaciones durante su interrogatorio. En caso sea necesario se realizará un debate pericial, para lo cual se ordenará la lectura de los dictámenes periciales o informes científicos o técnicos que se estimen convenientes.

Como se advirtió en la introducción, el CPP hace mención expresa a los testigos y peritos, por lo que resulta indispensable analizar la posibilidad de refrescar la memoria del imputado.

Debemos aclarar que los ejemplos que citaremos sobre la posibilidad de refrescar la memoria del imputado tienen fundamento en lo expuesto en el acuerdo plenario N° 003-2018-SNP.

El acuerdo plenario 003-2018-SNP que desarrolló lo resuelto por la Corte Superior de Justicia de Arequipa el 23 de noviembre de 2018<sup>261</sup>, en el fundamento 17, establece que:

---

[ 261 ] Sobre los alcances de lo establecido en el inciso 6 del artículo 378 del CPP para el imputado, la Corte Superior de Justicia de Arequipa, el 23 de noviembre de 2018, en el Pleno Jurisdiccional Penal y Procesal Penal de Arequipa 2018, planteó como problema ¿si la declaración previa del imputado es un medio de prueba o un medio de defensa? Con la finalidad de determinar su uso en el plenario.

Al respecto, se definieron dos posturas con fundamentos diferentes:

Primera postura: Considera que se puede utilizar la declaración previa para confrontar al imputado por los siguientes fundamentos:

- i. La declaración del imputado es un medio de prueba, específicamente una declaración testimonial.
- ii. El uso de la declaración previa está previsto en el CPP, para confrontar la declaración del testigo con su declaración previa.
- iii. Impedir hacer uso de la declaración previa limita a la Fiscalía la posibilidad de desacreditar los testimonios rendidos en juicio oral.

Segunda postura: Considera que no está permitido el uso de la declaración previa del imputado para evidenciar contradicciones en su versión, porque:

- i. La declaración del acusado es un acto defensivo, no un medio de prueba.
- ii. La regulación normativa de la declaración del imputado es distinta a la declaración del testigo.
- iii. El uso de la declaración previa está regulado para solo peritos y testigos, mas no para el imputado.

Por mayoría, se adoptó la segunda posición -prohibición del uso de la declaración previa-

A tenor de lo dispuesto en el artículo 376.1 del CPP es posible la lectura de la declaración previa del imputado, en caso este se rehusó a declarar en el plenario. En esa línea de razonamiento, nada obsta a que se pueda usar esa misma declaración previa, con la finalidad de evidenciar contradicción con una declaración en el juicio oral, prestada en virtud de un acto derivado de la autonomía del imputado como sujeto procesal, y que además tiene la posibilidad latente de guardar silencio en ejercicio de esa libertad.

El juez supremo César San Martín Castro, en la ponencia presentada para el II Pleno Jurisdiccional de la Sala Penal Nacional, *consideró que la declaración del acusado siempre es oral. Se aplica, supletoriamente el artículo 378.6 CPP, referido a testigos y peritos, en el sentido que puede leerse la parte pertinente de su declaración sumarial para hacer memoria. De igual manera, si consta una contradicción, insuperable de otra manera -a esto se denomina confrontación-, también será procedente la lectura indicada, sin perjuicio del interrogatorio aclaratorio respectivo*<sup>262</sup>.

El Código Procesal Penal de Chile, en el artículo 332<sup>263</sup>, establece la posibilidad de *leer en el interrogatorio parte o partes de sus declaraciones anteriores prestadas ante el fiscal o el juez de garantía, cuando fuere necesario para ayudar la memoria del respectivo acusado o testigo, para demostrar o superar contradicciones o para solicitar las aclaraciones pertinentes...*, pero también establece que *con los mismos objetivos, se podrá leer durante la declaración de un perito partes del informe que él hubiere elaborado*. Nótese que el CPP chileno expresamente reconoce la posibilidad de utilizar las declaraciones anteriores para refrescar la memoria del imputado y en el caso nuestro, su posibilidad nace de una interpretación supletoria del artículo 378.6 del CPP.

Se ha tratado por separado sobre el refrescamiento de memoria del imputado, atendiendo que existe una marcada línea de diferencia con los testigos y peritos y que en el plenario oral nos puede enfrentar a escenarios complejos. En el caso de testigos y peritos se tiene claro que quien los ofrece procede a interrogar y tiene habilitada la posibilidad de hacer uso de las declaraciones previas como herramienta de apoyo para el refrescamiento de memoria. Sin embargo, debemos tomar en consideración que no es el fiscal quien debe hacerse cargo de esta herramienta de la litigación, atendiendo que nos enfrenta a un escenario complejo donde el procedimiento amigable está a cargo del ente persecutor. El

---

[ 262 ] San Martín Castro, César. La declaración del imputado. Versión online En: <<https://laley.pe> >

[ 263 ] Artículo 332. Lectura para apoyo de memoria en la audiencia de juicio oral.

Solo una vez que el acusado o el testigo hubiere prestado declaración, se podrá leer en el interrogatorio parte o partes de sus declaraciones anteriores prestadas ante el fiscal o el juez de garantía, cuando fuere necesario para ayudar la memoria del respectivo acusado o testigo, para demostrar o superar contradicciones o para solicitar las aclaraciones pertinentes.

Con los mismos objetivos, se podrá leer durante la declaración de un perito partes del informe que el hubiere elaborado.

acuerdo plenario no establece quien es el encargado de hacer este procedimiento, si corresponde al fiscal o al defensor. Sin embargo, como pauta se tiene considerar la calidad del imputado. Es evidente que resulta indispensable establecer pautas claras sobre el procedimiento, y a falta de estas pautas, consideramos oportuno situarnos en un escenario complejo. Conforme a lo que establece el numeral 4 del artículo 376 del Código Procesal Penal, es el abogado defensor el último en interrogar, por lo que una interpretación literal nos llevaría a la conclusión de que es el fiscal quien puede hacer uso de estas herramientas de litigación. A continuación, algunos ejemplos:

*Fiscal: Señor imputado ¿nos puede decir dónde se encontraba el 24 de julio de 2018?*

*Imputado: ¡No recuerdo, señor fiscal!*

Nótese que, en el ejemplo propuesto, resulta necesario recurrir a las declaraciones previas como herramientas de apoyo para el desarrollo fluido del interrogatorio, aunque esta tiene una lógica contraria a un interrogatorio amigable. El imputado no niega declarar en parte o todo, por lo que una lectura parcial o total del contenido de la declaración anterior conforme al inciso 1 del artículo 371 del CPP resulta prohibida. En este caso el imputado responde que no recuerda el extremo de la pregunta -esto puede ser intencional o producto del olvido<sup>264</sup>- por lo que el apoyo de memoria es de gran utilidad para continuar con el interrogatorio.

Ahora veamos otro escenario.

*Fiscal: Señor imputado ¿recuerda haber prestado alguna declaración anteriormente en la fiscalía o policía?*

*Imputado: No recuerdo señor fiscal.*

En el ejemplo propuesto, se puede advertir una actitud negativa reiterativa del imputado de colaborar con el trabajo del fiscal; sin embargo, esta puede ser una apreciación subjetiva que puede conducir a una decisión equivocada al juez. Nuestro CPP no establece reglas para que el juez obligue al imputado a responder todas las preguntas en forma afirmativa o negativa. El imputado es libre de responder y además a diferencia de los testigos y peritos el imputado incluso tiene derecho a mentir, aunque todo lo que haga o deje de hacer está frente a la atenta mirada del juez. Desde luego que es importante que el juez, frente a estas circunstancias, le recuerde al imputado que tiene derecho a guardar silencio

---

[ 264 ] Si es producto del olvido, consideramos que en adelante no representará mayor problema, a diferencia de lo que puede ocurrir si la conducta es intencional.

en caso de que no quiera responder y ello permitirá que el imputado decida no declarar o colaborar con el interrogatorio, ya que enviara un mensaje claro al imputado sobre la atenta mirada del juez.

Por otro lado, otro de los aspectos problemáticos que debemos tener claro sobre el uso de las declaraciones previas en el plenario oral es sobre cuáles declaraciones utilizar. Rafael Blanco y otros, haciéndose cargo de un debate en Chile sobre la regulación del artículo 332 del CPP, y sobre cuáles declaraciones previas utilizar para el refrescamiento de memoria, consideran que en el caso de testigos son partidarios de una interpretación extensiva del artículo 332 del CPP, posibilitando el uso de la declaración previa prestada en la policía para el refrescamiento de memoria o evidenciar contradicciones. Por el contrario, tratándose del imputado, consideran que el legislador fue cuidadoso al no mencionar expresamente esa posibilidad, *en parte para proteger al imputado* y de esa forma evitar la tentación de confesiones producto de abusos policiales. En el caso de los testigos, consideran que *tal prohibición* carece de todo sentido atendiendo que no está en riesgo la protección de garantías constitucionales a favor del imputado, ni el riesgo de los excesos policiales para lograr una confesión<sup>265</sup>. Sobre el particular, consideramos que las declaraciones dadas dentro de un proceso de investigación tienen que cumplir con las garantías del debido proceso para ser utilizadas en el plenario oral. Por ejemplo, contar con la presencia indispensable de un abogado defensor cuando se trate del imputado y con una notificación al imputado y su defensor cuando se trate de testigos.

### 3. Sugerencias para el refrescamiento de memoria.

A continuación, sugerimos algunos pasos extraídos de algunos manuales, que el interrogador puede seguir en el juicio oral cuando se presente la oportunidad de utilizar la declaración previa para el refrescamiento de memoria.

La guía práctica OASIS<sup>266</sup>, sugiere los siguientes pasos:

#### T. “No recuerdo”

1. ¿Le ayudaría ver su declaración ...?
2. Si – responde el testigo.
3. Pedir permiso para apoyar la memoria.
4. Mostrar a la contraparte.
5. Pedir al declarante que lea silenciosamente.

---

[ 265 ] Cf. Blanco, Rafael, Decap, Mauricio, Moreno, Leonardo y Rojas, Hugo; pp. 233 y 234.

[ 266 ] Guía práctica OASIS para el desarrollo de habilidades de litigación oral. Ob. cit. Pág. 22.

6. Retomar la declaración: “ahora recuerda usted...?”

Por otro lado, Rafael Blanco y otros sugieren los siguientes pasos<sup>267</sup>:

*Paso 1.*

*Interrogar al testigo previamente sobre los hechos. Esto es indispensable pues se debe señalar de manera expresa que cada vez que se refresca la memoria a un declarante, se pone en juego su credibilidad, pues el juez debe valorar si aquello en lo que se le refresca la memoria era o no razonable de ser olvidado, si considera que era una materia posible de ser olvidada, por ejemplo por el nivel de detalle que se exige, no se afectara la credibilidad de la declaración del litigante, si en cambio el juez considera que no es razonable lo olvidado, aunque se le haya refrescado la memoria la declaración del declarante sobre ese punto se verá afectada en su credibilidad (una víctima que en su declaración en juicio no da rasgo alguno del acusado que la atacó, y que refrescada en su memoria entrega todos los detalles sobre el acusado, altura, peso, color de pelo, signos, características, etcétera).*

*Paso 2.*

*Validación de la declaración previa. También es indispensable pues la declaración previa debe tener rasgos de confiabilidad para poder ser utilizada.*

*Paso 3.*

*Preparación del instrumento de litigación. ¿Qué significa esto? Se trata de marcar la parte a utilizar, pues no se quiere dañar la credibilidad del declarante permitiéndole leer toda su declaración.*

*Paso 4.*

*Solicitud de autorización al tribunal para refrescar memoria.*

*Paso 5.*

*Control del uso del instrumento por la contraparte. Es importante señalar que solo podría impugnar si fuere una declaración previa no autorizada por la ley.*

---

[ 267 ] Blanco, Rafael, Decap, Mauricio, Moreno, Leonardo y Rojas Hugo., P.235, 236, 237.

Paso 6.

*Exhibición al testigo o perito.*

Paso 7.

*Lectura de la declaración o informe. Lectura por el testigo para si en voz baja, precisamente para no dañar su credibilidad, no se altera la forma en que ha venido declarando. Esa es la razón de reiterarle la pregunta, para que declare verbalmente y no lea.*

Paso 8.

*Repetición de la pregunta inicial.*

Andrés Baytelman y Mauricio Duce sugieren los siguientes pasos:

Paso 1

*Generar el escenario de duda y dar cuenta de la existencia de la declaración previa.*

Paso 2

*Exhibición y reconocimiento de la declaración previa.*

Paso 3

*Lectura y declaración actual refrescada<sup>268</sup>.*

Para mayor estudio, recomendamos revisar los trabajos citados. En la propuesta de los profesores Mauricio Duce y Andrés Baytelman podrán advertir ejemplos de cómo hacer el procedimiento mediante la formulación de preguntas. Recomendamos acceder a los trabajos citados con la finalidad de familiarizarnos con el procedimiento.

Sobre la base de los trabajos citados, hemos elaborado las siguientes sugerencias:

---

[ 268 ] Baytelman, Andrés y Duce, Mauricio. Litigación Penal. Juicio Oral. p 121-124. Disponible en: (consultado: 22/05/2020) <https://framjurid.files.wordpress.com/2015/04/manual.pdf>

**Recomendaciones previas:**

Antes de iniciar el uso de las declaraciones previas para el refrescamiento de memoria, tenga en cuenta que este es un procedimiento amigable con el interrogado y que tiene una finalidad específica de servir de apoyo al desarrollo fluido del interrogatorio. Aunque por nuestros antecedentes con el modelo escritural no tengamos identificada cuál será la reacción del juez frente al uso de la declaración escrita, lo recomendable es hacer un uso estratégico de este apoyo, sólo en situaciones estrictamente necesarias. Asimismo, tenga presente que las salas de audiencia cuentan con especialistas de audiencias y con micrófonos instalados para el registro de la audiencia, por lo que el desplazamiento no es posible. Deberá realizar este procedimiento con el auxilio del especialista de audiencias, por lo que las indicaciones al especialista serán importantes para que este las transmita correctamente al interrogado.

Paso 1.-

El testigo en el interrogatorio debe precisar que **no recuerda** una parte o todo de la pregunta formulada.

Este paso es fundamental, ya que habilita la posibilidad de utilizar alguna declaración anterior con la finalidad de poder ayudarlo a recordar y continuar fluidamente con el interrogatorio. Existen diversos factores que pueden influenciar en el olvido de la información, pero a menudo en la práctica se presentan el transcurso del tiempo y el nerviosismo por estar en un escenario del cual se desconocen sus reglas y procedimiento.

Un ejemplo sencillo que genere el uso de la declaración previa puede ser:

*Fiscal: Señor testigo ¿Puede precisar qué avenida es donde vio usted al señor Simón?*

*Testigo: No recuerdo señor fiscal.*

Paso 2.-

El abogado o fiscal debe realizar preguntas de validación. Debe preguntarle al testigo si anteriormente prestó declaración y dónde prestó, además de la fecha, hora y si firmó esa declaración y, porque lo recuerda.

Se recomienda hacer preguntas de la forma más sencilla atendiendo que el testigo no conoce de las etapas del proceso (por lo general) y no tiene un conocimiento especializado de derecho. Es deber del interrogador familiarizarse con los testigos y poder hacer los interrogatorios en términos sencillos.

Puede que la práctica nos enfrente a una situación más compleja al momento de realizar este paso y no recuerde tampoco algunos detalles, el lugar o la fecha en la que prestó la declaración. Usted continúe, lo importante es que el interrogado deje sentado que sí prestó una declaración para proseguir con los pasos.

Recomiendo que, frente a esta situación, le reitere una pregunta orientada a sentar que prestó una declaración anteriormente, pero que no recuerda los detalles, en el siguiente paso usted podrá subsanar dicha situación.

Ejemplo:

*Fiscal: Señor testigo, usted recuerda haber prestado una declaración anteriormente, pero no recuerda los detalles ¿verdad?*

*Testigo: Sí, señor fiscal.*

Paso 3.-

De ser afirmativa la respuesta, el interrogador debe preguntar al testigo si le ayudaría recordar el extremo de la pregunta con la lectura de dicha declaración.

*Fiscal: Señor testigo, ¿le ayudaría recordar si le muestro la declaración a la que hizo mención en la pregunta anterior?*

*Testigo; Sí, señor fiscal, me ayudaría.*

Paso 4.-

Confirmada esta posibilidad, el interrogador debe solicitar autorización al juzgador para poner a la vista del testigo, perito o imputado la declaración previa.

Paso 5.-

El juez debe correr traslado al fiscal o defensor para verificar si se trata de la declaración prestada por el testigo, imputado o es el informe elaborado por el perito y de ser el caso se pronuncie o haga las observaciones pertinentes.

#### Paso 6.-

El interrogador, con el auxilio del especialista de audiencias, debe exhibir al testigo, imputado o perito, la declaración o el informe al interrogado.

#### **Instrucciones:**

Se recomienda que el interrogador previamente a entregar la declaración previa al especialista de audiencias, le dé las instrucciones y le deje marcado el extremo que va a leer el interrogado para optimizar el normal desarrollo del interrogatorio. Se hace la sugerencia atendiendo a la limitación del desplazamiento en la sala de audiencias.

Se deben realizar algunas preguntas que le permitan reconocer dicha declaración o informe. Recordemos que no se introduce como medio probatorio esa declaración previa. Su finalidad de la lectura de ese extremo es únicamente para apoyar la memoria del testigo, perito o imputado en el juicio.

Ejercicio:

*Fiscal: Señor testigo, ¿nos puede decir qué documento le exhibe en este momento el especialista de audiencias?*

*Testigo: Es la declaración que presté en la fiscalía, señor fiscal.*

*Fiscal: ¿Por qué dice que es la declaración que usted prestó?*

*Testigo: Está mi firma en el documento, y ahora recuerdo que fue prestada en la fecha que consigna en el documento señor fiscal.*

#### Paso 7

El interrogador debe solicitar al testigo, perito o imputado leer el extremo que le indicó el especialista de audiencias en silencio y luego debe reiterar la pregunta que originó el apoyo en la declaración previa.

*Fiscal: Señor testigo: ¿puede leer en silencio la parte que le indica el especialista de audiencias por favor?*

*Testigo: Sí, señor fiscal (Calculado el tiempo de lectura, el interrogador debe reiterar la pregunta)*

*Fiscal: Señor testigo, ahora ¿puede precisar qué avenida es donde vio usted al señor Simón?*

*Testigo: Es la Av. Abancay, cuadra 3, señor fiscal.*

Paso 8

Paso eventual, si aquello en que se le refrescó la memoria aparece ante el litigante como algo que puede afectar su credibilidad ante el juzgado, deberá hacer algunas preguntas destinadas a que el declarante justifique su olvido.

Ejercicio:

Fiscal: Señor testigo: ¿puede decirnos los motivos por el cual no recordaba la pregunta?

Testigo: Señor fiscal, han transcurrido aproximadamente 5 años desde que declaré.

## Bibliografía

- Acuerdo Plenario 003-2018-SNP
- Baytelman, Andrés y Duce, Mauricio. Litigación Penal. Juicio Oral. Versión Online. En: <<https://framjurid.files.wordpress.com> >
- Blanco, Rafael, Decap, Mauricio, Moreno, Leonardo y Rojas Hugo. Litigación Estratégica en el Nuevo Proceso Penal. 2005 LexisNexis. Santiago. Chile.
- Código Procesal Penal (D.L. 957).
- Guía práctica OASIS para el desarrollo de habilidades de litigación oral. Coordinadores: Janice M Deaton e Octavio Rodríguez Ferreira.
- Lorenzo, Leticia. Manual de litigación. Colección Litigación y enjuiciamiento penal adversarial. Ediciones Didot. 5° reimpresión. Buenos Aires. Argentina.
- Pleno jurisdiccional penal y procesal penal de Arequipa, 2018. (23 de noviembre).
- San Martín Castro, César. La declaración del imputado. Versión online <[www.laey.com.pe](http://www.laey.com.pe)>



## CAPÍTULO V:

### EL CONTRAEXAMEN

Leonardo Moreno Holman<sup>269</sup> (Chile)

#### Concepto

Es el conjunto de preguntas que se dirigen por un litigante al declarante que ya ha prestado testimonio directo ante el tribunal. Fontanet lo define como el interrogatorio que hace la parte contra quien se ha ofrecido el testimonio del declarante<sup>270</sup>.

#### Importancia del contraexamen

A través de esta técnica de litigación se provoca que la información fáctica proporcionada por un declarante ante el juzgador durante un juicio oral sea sometida a un “control de calidad” por la intervención de la contraparte. El tribunal hasta este momento solo ha escuchado **una** versión sobre cómo ocurrieron los hechos o, dicho de otra manera, ha escuchado **una** manera de narrar los hechos de boca del declarante.

Ahora mediante el contraexamen se podrá ilustrar al tribunal de las debilidades, omisiones o contradicciones de la versión prestada en el examen directo, o enfrentar al declarante con una versión diferente de los hechos.

#### Alcance del contraexamen

Consideramos que el contraexamen no está limitado exclusivamente a los temas tratados expresamente en el examen directo como se ha sostenido en otras legislaciones, aunque no con un carácter absoluto<sup>271</sup>.

Creemos que un declarante sea testigo o perito, puede ser confrontado con sus propios dichos, es decir lo expresado en su examen directo, pero también con otras

[ 269 ] Ver nota al pie 1, p. 21.

[ 270 ] Fontanet Maldonado, Julio E. Principios y Técnicas de la Práctica Forense; tercera edición; Jurídica Editores; San Juan de Puerto Rico; año 2010; P. 214.

[ 271 ] Podemos citar a modo ejemplar lo que ocurre en Estados Unidos o en Puerto Rico.

versiones de los hechos presentadas en el juicio, por ejemplo<sup>272</sup>, la sostenida por la parte que los presenta a declarar en su alegato de apertura como teoría del caso o la presentada en el testimonio de otro testigo o perito.

Es importante tomar posición sobre este punto, pues de ello dependerá que en los juicios orales pueda existir un control amplio o restringido de los señalado por un declarante<sup>273</sup>.

Se trata de desarrollar un contraexamen que *forma parte de una estrategia global del litigante*, destinada a acreditar su teoría del caso y/o desacreditar la de la contraria. Por ello, no basta analizar la declaración del testigo en forma aislada, sino que debe hacerse dentro del contexto de toda la información y evidencia del caso<sup>274</sup>.

### Objetivos a alcanzar con la conainterrogación<sup>275</sup>

Encontramos variados objetivos<sup>276</sup> que pueden ser alcanzados mediante un contraexamen. No todos ellos, conjuntamente, podrán ser alcanzados por el litigante en un caso particular respecto de un mismo declarante. La idea es que de todos ellos seleccionemos los más relevantes y efectivos desde nuestra teoría del caso particular.

#### 1° Afectar la credibilidad personal del declarante

Trataremos de demostrar al tribunal que el testigo presenta alguna característica que impacta en su credibilidad personal, pudiendo en ciertos casos graves perderla totalmente frente al juzgador.

---

[ 272 ] Así se establece en el artículo 378 número 8 del CPP de Perú, que señala: Durante el conainterrogatorio, las partes podrán confrontar al perito o testigo con sus propios dichos u otras versiones de los hechos presentadas en el juicio.

[ 273 ] Basta poner como ejemplo para darse cuenta de la relevancia de esta decisión el que se permita o no al conainterrogador informar al tribunal sobre el hecho que el deponente ha omitido información que conoce sobre el caso o sobre su propia persona para proteger su credibilidad.

[ 274 ] Ello permite que a veces la impugnación del testimonio de un declarante se haga con los principios de la lógica, las máximas de la experiencia, o con otras evidencias del caso.

[ 275 ] Hemos querido expresamente señalar un mayor número de objetivos que los que ordinariamente se señalan en los textos de litigación, sin atender a su mayor importancia para permitir que sea el litigante el que entre estos múltiples objetivos determine conforme a la realidad particular de su caso y del deponente o interrogar cual o cuales de los objetivos propuestos son los que pretenderá alcanzar en su interrogatorio.

[ 276 ] En Fontanet Maldonado, Julio E., ob. cit. p 214, se señalan por ejemplo tres objetivos: 1. Aportar aspectos positivos a nuestro caso; 2. Destacar aspectos negativos del caso de la parte contraria; 3. Impugnar la credibilidad del testigo de la parte contraria. En Litigación Estratégica en el Nuevo Proceso Penal; Blanco Suárez, Rafael y otros; Lexis Nexis; primera edición; Santiago, año 2005; p. 206 señalábamos los siguientes objetivos: 1) Poner de manifiesto la falta de credibilidad del testigo 2) La falta de credibilidad del testimonio 3) inconsistencias del testigo con otras versiones presentadas en el juicio; 4) inconsistencias del testigo con las reglas de la lógica, máximas de la experiencia o conocimientos científicamente afianzados; 5) Incorporar evidencia material.

Algunos de los antecedentes que pueden afectar la credibilidad de un deponente son:

- a. La existencia de antecedentes penales pretéritos.
- b. La conducta moral del testigo.
- c. La presencia de adicciones a sustancias psicotrópicas, medicamentos o alcohol.
- d. Conductas socialmente reprochables, aun cuando no hayan significado una condena penal.
- e. La existencia de algún interés comprometido.  
Se trata de identificar si a quien declara se le puede imputar el tener un compromiso económico, afectivo o de amistad, familiar o de venganza, que pueda afectar su imparcialidad y objetividad al declarar.
- f. El existir alguna vinculación con el hecho imputado.  
Nos referimos aquí por ejemplo a la situación de un testigo que depone en juicio en contra del causado, en circunstancias que durante la investigación fue vinculado como partícipe en el hecho juzgado. O aquel que, habiendo sido coimputado en la causa, logró negociar una salida procesal distinta con el fiscal, que hoy lo presenta como testigo al juicio.

La acreditación de algunas de las circunstancias antes reseñadas ante el tribunal puede generar de manera indirecta una afectación sobre la credibilidad de lo declarado en juicio oral, al estimar el juez que alguna de estas circunstancias impacta negativamente en su objetividad e imparcialidad para declarar, dejando entonces a juicio del tribunal de ser una fuente confiable de información para esclarecer lo efectivamente ocurrido.

## 2° Afectar la fiabilidad del testimonio<sup>277</sup>

Entenderemos que un testimonio es fiable cuando se le pueda considerar creíble, fidedigno (digno de fe y crédito), sin error<sup>278</sup>. Acá nos referimos a ciertas características de un testimonio que hacen que, a primera vista, sea confiable para quien lo presenta y eventualmente para el tribunal, pero que el contra examinador deberá controuvertir o poner en crisis con sus preguntas con la finalidad de afectar la credibilidad que le dé el tribunal en definitiva a ese testimonio en su sentencia.

Existen testigos que, debidamente acreditados ante el tribunal, pueden ser muy creíbles, se refieren a los hechos, dan razón de los mismos, manejan un nivel de detalles razonable, creen firmemente en lo que deponen y actúan con absoluta buena fe. Tratar de afectarlos aludiendo a factores de credibilidad; en esos casos

---

[ 277 ] Rúa, Gonzalo; Ob. cit.; p. 52. Se trata de dejar una imagen de duda sobre lo relatado y percibido por el testigo.

[ 278 ] Diccionario de la Lengua Española, vigésima segunda edición, año 2001, tomo I, p. 1051.

puede ser hasta contraproducente, frente a un testigo convencido fielmente de lo que dice, que apareciera un abogado que quiera atacarlo personalmente. La verdad es que en esos casos lo que debemos cuestionar ante el tribunal es la fiabilidad de su testimonio indicándole que a pesar de la creencia del testigo en la veracidad de su testimonio existen elementos en su construcción asociados al relato mismo o al deponente que le restan fiabilidad, en fin, elementos que comprometen la certeza que muestra el testigo. El testigo puede estar de buena fe, ser muy creíble personalmente, pero haber cometido un error, por ejemplo.

Los factores que afectan la fiabilidad del testimonio son, entre otras:

**a. La inverosimilitud<sup>279</sup> de su relato**

Se refiere a que el relato en sí, más allá de las consideraciones que puedan formularse sobre la persona del deponente, no parece verdadero, creíble, aparecen en él elementos que hacen posible sostener su falsedad. Lo que buscaremos como litigantes no será atacar directamente el contenido del relato del testigo, sino identificar qué elementos o supuestos del relato presentado son cuestionables, falsos o dudosos, de manera tal de formar en el tribunal la idea de que si se presentan esas deficiencias en los supuestos esenciales del relato presentado, este deja de ser fiable, más allá de la credibilidad personal que se haya construido en el examen directo respecto del declarante.

**b. La presencia en el relato de omisiones relevantes, exageraciones, errores manifiestos o falta de detalles pertinentes y necesarios para comprender o explicar lo declarado**

Un relato tiene que contener, por así decirlo, un mínimo de información que lo haga coherente, completo, consistente y por lo mismo posible de ser aceptado por un receptor. Si ello no ocurre, los receptores del mensaje, en este caso los jueces, se sienten frente a una especie de mensaje telegráfico, a un relato plagado, por una parte, de vacíos y por otra, de información no creíble, en abstracto, en definitiva, un relato que no satisface un razonable estándar de fiabilidad, no hay buenas razones para creer en él, por el contrario, hay múltiples motivos para dudar de su verosimilitud y son ellos los que debe dejar en evidencia el contra examinador.

**c. La presencia en el testimonio de contradicciones o inconsistencias**

Un requisito básico de un relato para que sea confiable, es que él no presente inconsistencias o contradicciones. Estas pueden ser internas, es decir, posibles

---

[ 279 ] Verosímil, que tiene apariencia de verdadero; creíble por no ofrecer carácter alguno de falsedad. Diccionario de la Lengua Española, vigésima segunda edición, año 2001, tomo II, p. 2289.

de encontrar en el relato del testigo en juicio considerado aisladamente, o con testimonios previos prestados fuera del juicio, ordinariamente durante la etapa investigativa, que pueden ser utilizados en juicio para impugnar su actual declaración, o externas, ahora en relación al contenido de la declaración del deponente comparada con el resto de la prueba rendida en el juicio. Reiteramos toda la prueba rendida en el juicio cualquiera sea su naturaleza, no solo con otros testimonios.

#### **d. La capacidad y condiciones de percepción del testigo**

La capacidad de percibir los hechos que tenga el testigo en particular, dado el contexto en que presenció los hechos, es un antecedente a explotar a fin de minar su fiabilidad, por ejemplo respecto de un testigo presencial y ocular de unos hechos, el lugar donde estaba ubicado, su ángulo de visión, la luminosidad, las distancias, el estado de su visión, la existencia de obstáculos que obstaculizaran su visión, el tiempo de duración de un acontecimiento, la circunstancias fácticas en que se produce la observación, el estado anímico del testigo en ese momento, etcétera, serán entre otros, los factores que podrán ser tratados por el contra examinador a fin de afectar la fiabilidad de ese testimonio.

#### **e. La memoria del testigo**

Demostrar ante el tribunal que el testigo no tiene una buena memoria, puede permitir afectar la fiabilidad de su relato. Sería el caso en que el testigo es capaz de describir con lujo de detalles en el juicio al acusado, pero contrainterrogado no es capaz de responder aportando información razonable sobre los otros sujetos involucrados en el hecho, la descripción del lugar en que ocurrieron los hechos, pese a haber estado allí, etcétera. La imagen que queremos dejar en el tribunal es que no resulta creíble un manejo tan dispar de información respecto de un mismo suceso.

#### **f. Falta de habilidad para transmitir los hechos al tribunal de forma adecuada**

No son pocos los casos en que nos encontramos frente a un posible candidato a ser considerado declarante<sup>280</sup> en un caso, ya sea por la información que maneja respecto de los hechos relevantes del caso, o para hacer más creíble y plausible nuestra teoría del caso, pero que en definitiva decidimos no presentarlos, pues llegamos a la conclusión, después de entrevistarnos con él y prepararlo, que tendrá serios problemas para transmitir de forma adecuada las proposiciones fácticas que requerimos en su declaración ante los jueces.

---

[ 280 ] Utilizamos el término declarante, como una cuestión genérica, incluyendo en él a los testigos, al acusado o a los peritos.

### 3° Obtener proposiciones fácticas favorables a nuestra teoría del caso

En este caso, la información que pretendemos obtener puede, por una parte, afectar la credibilidad del testimonio o servir como un antecedente que fortalece alguna de las proposiciones fácticas que van en apoyo de nuestra teoría del caso.

Puede ocurrir que, de la declaración de un testigo presentado por la parte contraria, podamos extraer antecedentes que sirvan también a nuestra teoría del caso. No trataremos entonces impugnar esa parte de su declaración, sino precisamente, reafirmarla, a fin de que luego, con nuestra prueba, podamos establecer los puntos comunes entre ambas, que demostrarán al tribunal que nuestra teoría del caso explica, de mejor forma, cómo ocurrieron los hechos. Como señala Rúa, nada más creíble y persuasivo que introducir información valiéndonos de un testigo que es hostil a nuestra versión de los hechos<sup>281</sup>.

### 4° Obtener del testimonio del testigo información que permita la acreditación e incorporación de evidencia material

Se trata de una manifestación de un denominado contraexamen constructivo o positivo, al igual que aquel cuya finalidad es acreditar proposiciones fácticas favorables para la teoría del caso de quien contrainterroga, pues con ellos más que atacar directamente una evidencia de la contraparte se pretende fortalecer la teoría del caso propia.

La prueba material en sentido amplio, en la que comprendemos los documentos no estandarizados<sup>282</sup> y todos los objetos materiales, requieren dadas las lógicas de producción de la información en un juicio oral, que sea a través de un testimonio que se realice su presentación ante el juzgador, pues esta prueba material no puede acreditarse por sí misma, ni señalar al tribunal el contexto fáctico en que la información que proporcionan es relevante para resolver las cuestiones controvertidas del caso. Para estos efectos es altamente persuasivo y desde la perspectiva de la credibilidad el que esa acreditación se haga utilizando un declarante de la contraparte<sup>283</sup>.

---

[ 281 ] Rúa, Gonzalo; ob. cit.; p. 45

[ 282 ] Es decir, aquellos documentos que, por su naturaleza, requieren del testimonio de un declarante para poder ingresarlos como prueba ante el tribunal, pues es precisamente ese testimonio el que informará al tribunal del origen y sentido del mismo. En definitiva, es el testimonio del testigo el que acredita el documento, para que luego demos a conocer al tribunal el contenido del documento. Distinto es el caso de los documentos, sean públicos o privados, altamente estandarizados que pueden incorporarse directamente en juicio como prueba mediante la lectura de ellos que hace el litigante, sería el caso de un certificado de nacimiento o defunción, o lo señalado en la página editorial del diario el Comercio.

[ 283 ] En igual sentido, Rúa, Gonzalo; ob. cit.; p. 46

## Preparación del contraexamen

Consiste en conocer en detalle: a.- las teorías de caso en juego y los antecedentes que las justifican y fundan. b.- El haber determinado antes del juicio los declarantes a ser contra examinados; c.- identificar el o los temas que serán abordados en el contraexamen y cómo serán abordados, es decir debemos determinar previamente cuál es la línea de interrogatorio que utilizaremos para acercarnos a los puntos a tratar. Además, deberemos tener en consideración los principios de primacía y lo más reciente<sup>284</sup>, es decir, dejando para el principio y el final los temas más importantes a abordar con el deponente<sup>285</sup>; d.- Contar con los elementos de control pertinentes para reaccionar ante una respuesta no esperada del declarante. Así el litigante deberá conocer y comparar las declaraciones previas del deponente, con su testimonio prestado en el examen directo, y además con el resto de la evidencia del caso, a fin de detectar inconsistencias, contradicciones o puntos en que esa declaración pueda ser favorable a nuestro relato<sup>286</sup>.

### ¿Se puede preguntar sobre puntos respecto de los cuales se ignora la respuesta?<sup>287</sup>

Si el contraexamen supone una preparación exhaustiva, y si esa preparación supone el conocimiento acabado de todos los antecedentes del caso, pareciera fuera de discusión que, en el contraexamen durante el juicio oral, no vamos a pretender descubrir nueva información realizando preguntas investigativas al declarante para ver si de sus respuestas surge o no un punto o hecho que nos sea de utilidad<sup>288</sup>. Asumir tal actitud sería un riesgo, pues perdemos control del interrogatorio al no saber qué es lo que nos va a decir el declarante y porque además si lo que nos dice nos es perjudicial no tendremos cómo confrontarlo, pues no nos hemos preparado para esa hipótesis.

[ 284 ] Sería del todo recomendable iniciar o terminar el contraexamen, con una confrontación relevante con declaraciones previas. Fontanet Maldonado, Julio E.; ob. cit.; p. 243, recomienda que si es posible una impugnación del testigo esta se haga al inicio del contraexamen, porque pueden lograrse dos cosas: primeramente, para efectos del juez, todo lo que conteste el testigo con posterioridad va a estar maculado por la impugnación. En segundo lugar, el testigo puede quedar intimidado por el abogado y podría tornarse más cooperador.

[ 285 ] Otro tema acá será como abordar el resto de los temas identificados para el contraexamen, en general y para evitar facilitarles las cosas a quien es objeto de la contrainterrogación se recomienda en general alterar la cronología de los temas a abordar.

[ 286 ] Adicionalmente puede ser utilizado como mecanismo de control o impugnación la institución de la prueba sobre prueba. Sobre este punto ver Rúa, Gonzalo; ob. cit.; pp. 148-152.

[ 287 ] Es lo que usualmente entre los autores se denomina “salir de pesca”, esto es hacer preguntas respecto de las cuales no solo no se cuenta con un mecanismo de control para una mala respuesta, sino que derechamente se ignora al formular la pregunta cuál será la respuesta del declarante.

[ 288 ] Es lo que se denomina “salir de pesca”. No negamos que es posible que en esa pesca obtengamos una información favorable, pero el tema es si estamos dispuestos a asumir ese riesgo ante quien decidirá el caso.

## Preguntas a utilizar en el contraexamen

La forma de guiar un testimonio para lograr los objetivos propuestos, es hacerlo con preguntas que permitan controlar al declarante y llevarlo a revisar solo aquellos tópicos que queremos tratar con nuestras preguntas. Para ello, debemos utilizar exclusivamente preguntas inductivas o sugestivas; por ello, debemos siempre evitar que con nuestras preguntas el interrogado llene los vacíos que hubieren quedado en su examen directo, cuestión que le sería muy fácil de lograr a un testigo si le formulásemos preguntas abiertas, que son propias de un examen directo<sup>289</sup>.

Será una regla básica del contraexamen, el evitar que el testigo repita ante los jueces la declaración que ya prestó, pues ello solo contribuiría a formar convicción en el Tribunal, de que esa narración de los hechos es la que más se acerca a la verdad<sup>290</sup>.

La directriz en el contraexamen es la utilización de *preguntas sugestivas*, cerradas, de un hecho. Las interrogaciones formuladas, deben ser más bien afirmaciones de hecho, referidas a un punto específico de información que buscan ser ratificadas o negadas por el declarante.

Lo anterior permite hacer preguntas precisas, claras, con control, sin que puedan generar equívocos en su interpretación, ni en el destinatario de la misma, ni en el tribunal que espera que ella sea contestada afirmativa o negativamente.

Las preguntas sugestivas, cerradas y de un punto, deben además tener una característica adicional muchas veces, cual es que deben ser “incrementales”, es decir, deben ser formuladas de manera tal que cada pregunta de una serie de ellas vaya aumentando o incrementando la información que se le entrega al tribunal<sup>291</sup>. Recordemos aquí, que la idea es persuadir al tribunal, generando impacto con la información proporcionada a los jueces y reduciendo la posibilidad de que una versión distinta a la nuestra pueda ganar su convicción. Para tales efectos es de

---

[ 289 ] Se requiere interpretar correctamente la regulación que se hace en el artículo 378 del CPP, sobre las preguntas sugestivas al señalar: “El Juez moderará el interrogatorio y evitará que el declarante conteste preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes, ...”. Pues esa limitación del uso de preguntas sugestivas debe entenderse formulada solo respecto de las preguntas utilizadas en el examen directo, es allí donde estas preguntas sugestivas son un riesgo, no en el contraexamen, en que el declarante ya ha prestado testimonio y sí quien lo contrainterroga le formula una aseveración (preguntas sugestivas) que no comparte, no tiene incentivo alguno para aceptarla, y por regla general, ratificará lo que ya ha señalado ante el juez. Fontanet Maldonado, Julio E., ob. cit. p. 136, habla del octavo mandamiento del contraexamen que consiste en “no repetir el directo”.

[ 290 ] Más adelante veremos que esta regla tiene ciertas excepciones asociadas a la técnica de la confrontación con declaraciones previas inconsistentes o con la situación en que algunos de los dichos del deponente son favorables a nuestra teoría del caso y por ende queremos volver a reforzarlos en nuestro contraexamen.

[ 291 ] Por ello es una recomendación general del contraexamen, ir desde lo general a lo particular.

suma importancia que la información aflore del declarante, pero que lo haga de manera incremental, hasta evidenciar una conclusión respecto de ciertos hechos, pues en caso contrario no solo podemos encontrarnos en una hipótesis de pregunta objetable por confusa, sino que más importante que lo anterior, frente a una nula ganancia en impacto y persuasión ante el tribunal.

### ¿Cómo se estructura una pregunta sugestiva?

En un sistema maduro de litigación, no cabe duda de que la sugestividad debiera expresarse por la entonación con que se formula la pregunta, es la forma más limpia de hacerlo. Sin embargo, cuando se trata de un sistema de litigación que está en camino a consolidarse, o frente a ciertos testigos que no son capaces de diferenciar una aseveración de una pregunta cerrada, es necesario recurrir a ciertas palabras que no dejen duda de que la pregunta es sugestiva<sup>292</sup>.

### ¿Solo pueden utilizarse preguntas sugestivas y las abiertas?

La respuesta a esta pregunta ha generado grandes debates entre los docentes y litigantes en general, la gran mayoría fundados en que el contraexamen como expresión de la contradictoriedad<sup>293</sup> es un acto de control sobre el deponente, que debiera estructurarse en torno exclusivamente a preguntas sugestivas, que son la únicas que permiten por un lado focalizar rápidamente los temas a abordar con el deponente impidiendo que este pueda repetir su examen directo y por otra parte en el camino a evidenciar las contradicciones, omisiones faltas de consistencia, interés, etcétera del declarante, permiten mantener control sobre el deponente y la extensión de sus respuestas, impidiéndole extenderse en explicaciones o justificaciones para minimizar los efectos alcanzados con el contraexamen. Muchos que adhieren a la tesis planteada además señalan que no hay excepciones a esta regla.

Para otros, como Fontanet, la verdad es que no cabe duda que la regla general debe ser la propuesta, es decir, utilizar preguntas sugestivas y además que sean cerradas y de un punto; pero ella puede tener ciertas excepciones. Dentro de estas excepciones se mencionan por ejemplo las preguntas introductorias o sea a aspectos no sustantivos del caso; para pasar de un tema o punto de contraexamen a otro, particularmente si contamos con otra evidencia o mecanismo de control que reduce al mínimo el efecto o explicación que quisiese intentar el declarante<sup>294</sup>.

---

[ 292 ] Por ejemplo, formularla señalando al principio o final de la misma, es verdad, es cierto, es correcto, es efectivo, u otra fórmula que permita que el testigo a quien se formula la pregunta tenga claridad absoluta que la pregunta que se le formula debe ser contestada con un sí o con un no.

[ 293 ] Recordemos que la contradictoriedad o principio contradictorio es una piedra angular en el diseño de los procedimientos acusatorios adversariales y en particular de los juicios orales como dejan en claro el artículo 1 número 2 y 356 número 1 del CPP.

[ 294 ] En igual sentido Fontanet Maldonado; Julio; pp. 224-225.

## Comportamientos esperados de un contrainterrogador

### 1. Asumir un rol activo

Si en el interrogatorio directo se señala que el rol del abogado es notarse lo menos posible durante la declaración de sus testigos, interviniendo solo para dirigir el testimonio, permitiendo con ello que la información fluya directamente del deponente hacia el tribunal, ahora de lo que se trata es que el abogado asuma un rol mucho más activo, visible y de control sobre la declaración del deponente. Cayendo en el pecado de exagerar un poco, el abogado litigante habla a través del testigo contrainterrogado, quien debiera limitarse a ratificar la información contenida en la pregunta formulada.

Es posible utilizar un tono más asertivo, sin perder nunca la calma o aparentar molestia o desagrado con el deponente, es decir, nunca debe aparecer como una cuestión personal entre el declarante y el contra examinador<sup>295</sup>.

Otra forma de asumir un rol activo y mantener el control sobre el declarante es utilizar titulares que señalen al testigo, y también al tribunal el tópico que se abordará con la secuencia de preguntas que seguirán a continuación.

### 2. Sea flexible

El litigante debe ser capaz de rápidamente adaptar su estrategia de interrogatorio a las dificultades que pueda oponerle el declarante, por ejemplo, su hostilidad, falta de disposición a colaborar, su exagerada capacidad de argumentar. El contraexamen es un ejercicio de paciencia donde el abogado debe mostrar su inteligencia y perspicacia, o de las objeciones formuladas por su contraparte. La frustración que siente el abogado frente a un testigo que escapa a su control revela que el método elegido fue inapropiado.

### 3. Actuar de manera inteligente

Como se trata de llevar al declarante a una forma de interrogación muy distinta al examen directo y para evitar que este se considere atacado por el contra examinador, algunos litigantes recomiendan iniciar los contraexámenes con algunas preguntas sugestivas de contexto, que puedan fácilmente ser aceptadas por el testigo y que no afecten en nada la teoría del caso del contra examinador, para luego progresivamente ir a los puntos de nuestro contrainterrogatorio.

---

[ 295 ] Como se señala en la lectura comparada se debe, por regla general, ser duro con los hechos y blando con las personas.

Otros recomiendan iniciar el contraexamen sobre los hechos del caso refiriéndose a los puntos de la declaración prestada por el declarante que sean favorables a nuestra teoría del caso, lo que podría permitir que el testigo se ponga de acuerdo con el litigante en algunos puntos y luego esté dispuesto a hacer concesiones sobre otros más conflictivos.

En ambas estrategias propuestas el objetivo es el mismo, no entrar en una suerte de confrontación inmediatamente de iniciado nuestro contraexamen con el declarante, que pueda significar acrecentar su eventual antagonismo a nuestras preguntas innecesariamente, particularmente si además hay tópicos de nuestro interrogatorio que no son confrontacionales, como serían por ejemplo obtener del declarante proposiciones fácticas favorables a nuestra teoría del caso que fueron tocadas en el examen directo o utilizar su declaración para incorporar evidencia material.

#### 4. Considere quién es el contrainterrogado

También deberemos considerar quien es la persona objeto del contraexamen para determinar cuál será nuestro tono, nuestro volumen de voz y actitud corporal frente a él. En efecto no es posible concebir una regla única en cuanto a la manera que debemos afrontar en estrado el contraexamen, pues ello dependerá por ejemplo, de la edad del declarante, del delito que se trate en el caso de la víctima<sup>296</sup>, del grado de experiencia del deponente en declarar en juicios<sup>297</sup>, el que sepamos con certeza que la persona ha mentido en el directo o lo está haciendo en el contrainterrogatorio, cuando lo que cuestionaremos es un error en que incurrió una persona probablemente de buena fe, etcétera<sup>298</sup>. Todas estas consideraciones y otras que pueda derivarse del caso particular deben ser consideradas al momento de definir la forma en que enfrentaremos a ese declarante al contra examinarlo<sup>299</sup>.

#### 5. Defina si interrogará de manera temática, cronológica o de otra forma

En cuanto a la forma en que desarrollaremos nuestro interrogatorio en el juicio, será esta una decisión estratégica que deberemos adoptar de manera definitiva al término del examen directo, pues es posible que aquello que se había planificado en abstracto antes del inicio del juicio requiera de un ajuste por lo

---

[ 296 ] Determinados delitos causarán una mayor empatía natural con la víctima por parte de los jueces y por lo tanto estarán más dispuestos a protegerla de ciertas formas de interrogatorio que se pudieran considerar más agresivos o coactivos.

[ 297 ] Sería el caso de los funcionarios policiales o de los peritos pertenecientes a instituciones estatales, los cuales ordinariamente concurren a los tribunales a enfrentar contra exámenes.

[ 298 ] En igual sentido Fontanet Maldonado, Julio E., ob. cit. p.p. 121-122.

[ 299 ] Sobre la forma de proceder en ciertos casos especiales de declarantes, ver Rua, Gonzalo; ob.cit.; pp. 127 a 136.

ocurrido efectivamente en el directo. Podremos entonces desarrollarlo en orden cronológico<sup>300</sup>, atacando directamente el punto más débil de la declaración del testigo<sup>301</sup>, tocando diferentes puntos de su declaración en un orden distinto al del testimonio prestado<sup>302</sup>, partir de la última pregunta formulada en el examen directo<sup>303</sup>, o abordando diversos temas que sean de interés para el contra examinador.

## 6. Aprenda a detenerse en el momento oportuno<sup>304</sup>

Un buen contrainterrogador debe saber el momento justo en que debe terminar sus preguntas. La regla esencial aquí, es buscar la inconsistencia de la declaración del testigo, su falta de imparcialidad o evidenciar una omisión en su testimonio, asentarla ante el Tribunal y luego culminar el interrogatorio o pasar a otro tema a abordar en el contraexamen, para explicitar las conclusiones que de ello derivan en el alegato de clausura. Como dice Fontanet, una vez establecida la inconsistencia son muchas las cosas que se pueden argumentar sin tener que insistir en que el testigo nos provea de mayor información<sup>305</sup>.

No debemos jamás, como parecieran indicar las numerosas películas que todos hemos visto, forzar al testigo hasta que este se quiebre y confiese que miente o que su versión no es íntegra o que tiene un interés comprometido en el asunto; ello no es lo que ocurre en la práctica. Si forzamos el interrogatorio hasta ese punto, lo más probable es que el testigo se defienda transformando el contraexamen en un enfrentamiento personal, o dará una explicación que parezca satisfactoria

---

[ 300 ] Esta forma es recomendable cuando lo que buscamos es ir demostrando al tribunal que la declaración del testigo no era completa o tenía numerosas inconsistencias. Al tocar los mismos puntos de su declaración original, da la idea de una labor acuciosa y razonada del litigante que por lo mismo es fácil de percibir por el tribunal. Iremos por así decirlo llenando los numerosos huecos de la declaración.

[ 301 ] Adoptaremos este modelo por ejemplo cuando el punto en cuestión recaiga sobre una proposición fáctica central en el caso de nuestra contraparte. La idea es dar el golpe gracia al testimonio mediante ese contraexamen. Se trata de transmitir al tribunal claramente el concepto de que el punto sobre el cual hemos focalizado efectivamente nuestras preguntas permite a los jueces desechar ese testimonio totalmente o en ese punto en particular. Precisamente por ello no hemos abordado otros con el mismo testigo.

[ 302 ] Abordaremos entonces de manera temática los distintos puntos que hayamos identificado en el examen directo como posibles de ser contra examinados, pero alterando el orden o secuencia seguido en examen directo para tratarlos. Este modelo nos será de gran utilidad cuando nos enfrentemos a un declarante que a nuestro juicio puede haber sido instruido en la forma y contenido de su declaración. Trataremos entonces de desordenar el "libreto" que tenía preparado para facilitar nuestra labor de demostrar al tribunal que su testimonio fue arreglado.

[ 303 ] A veces será útil para demostrar al tribunal que estamos preparados para enfrentar adecuadamente cualquier tema, incluso aquellos con los que la contraparte ha determinado como fuertes y que ha utilizado para cerrar su examen directo.

[ 304 ] Fontanet Maldonado, Julio E.; ob. cit.; p. 238, señala como Décimo mandamiento del contraexamen "saber cuándo terminar". El riesgo de no saber cuándo hacerlo es que el testigo explique de manera creíble y razonable la inconsistencia.

[ 305 ] Fontanet Maldonado, Julio E., ob. cit. p. 240.

a los jueces y nuestro eventual triunfo en el contraexamen terminará en una derrota, saliendo el testigo y su testimonio incólumes del interrogatorio.

### ¿Siempre se debe contraexaminar?<sup>306</sup>

Es tarea de un buen litigante entender que esta labor solo debe acometerla cuando efectivamente esté en condiciones de obtener algún dividendo positivo para su teoría del caso, en caso contrario deberá adoptar una de las decisiones más difíciles para todo abogado, esto es, *no contraexaminar*. Si la declaración del testigo de la contraria ha sido coherente, imparcial, verosímil, completa y no vislumbramos, al término de su declaración, ningún punto que podamos explorar tendente a refutar sus dichos o su credibilidad personal, deberemos **renunciar a nuestro derecho a repreguntar**. Esta decisión será, en la práctica, la mejor forma de enfrentar su declaración, no seremos nosotros quienes reforzaremos aún más la credibilidad de su testimonio ante el tribunal con nuestro contraexamen.

Para tomar fundamentadamente esta decisión el litigante puede hacerse las siguientes preguntas:

- a. ¿El testigo ha perjudicado su caso? Si la respuesta fuera negativa no debemos contrainterrogar.
- b. ¿Es importante el testigo? ¿Tiene el testigo un rol central dentro de la prueba de la contraparte?
- c. ¿El testimonio fue menos dañino de lo que usted esperaba?

Quizás no valga la pena contrainterrogar y abrir la posibilidad de un nuevo examen directo, en que se pueda reestablecer al testigo o abordar de nuevo aquellos puntos que no habían generado daño a nuestra teoría del caso.

- d. ¿Cuáles son las expectativas realistas de lo que puedo obtener en el contrainterrogatorio de ese declarante?
- e. ¿Cuento con un mecanismo de control para poder enfrentar una mala respuesta del testigo?

Ello ocurriría, por ejemplo, si disponemos de una declaración previa en que

---

[ 306 ] Fontanet Maldonado, Julio E., ob. cit. p. 236, señala como séptimo mandamiento del contraexamen "saber cuándo preguntar", en alusión a que a veces el mejor contrainterrogatorio es, no hacer ninguna pregunta o a veces la mejor pregunta es, aquella que no se hace.

señala algo favorable a nuestra teoría del caso pero que no mencionó en su examen directo o respecto de lo cual señaló algo distinto a lo referido en esa declaración previa<sup>307</sup>.

### ¿Qué hacer cuando un testigo no quiere contestar o evade nuestras preguntas?

A propósito de la flexibilidad que debe tener quien contrainterroga, se espera que sea capaz de reaccionar a comportamientos indeseados del declarante, como ocurriría en el caso en que, al formularse una pregunta técnicamente bien construida, este evada contestar o lo haga de una manera ambigua. En estos casos los distintos autores recomiendan reaccionar de alguna o algunas de las formas que continuación se señalan: a.- Luego de la contestación del declarante que no contestó la pregunta formulada, repetir textualmente la pregunta; b.- Interrumpir al declarante y repetir la pregunta; c.- Interrumpir, afirmar que la respuesta no contesta la pregunta y repetirla una vez más; d.- Señalar al declarante que probablemente no ha entendido nuestra pregunta y se la repite una vez más; e.- Consultar al interrogado sobre lo que se le interrogó, recuerda usted mi pregunta, y luego pedirle que la conteste; f.- Repetir la pregunta en forma más lenta y pausada; g.- Encabezar la pregunta con el nombre completo del deponente; h.- Dejarlo hablar, preguntarle si tiene algo más que decir, y luego pedirle que ahora conteste la pregunta; i.- señalar al tribunal que en ese contexto no hay más preguntas para ese testigo.

De lo que se trata, no es entrar en un enfrentamiento con el testigo, o pedir ayuda al tribunal para que intervenga de inmediato y con ello poder seguir preguntando, por el contrario, lo que buscamos con esta forma de reacción es generar en el tribunal un impacto negativo sobre la credibilidad del declarante. Si la pregunta está bien formulada, sugestiva, cerrada, de un hecho, no hay razón para que un declarante no la responda claramente de manera afirmativa o negativa. Si no lo hace podemos argumentar un comportamiento desleal del mismo.

### Otras consideraciones para un contraexamen efectivo

- a. Resumiendo lo antes expresado: Utilizaremos fundamentalmente preguntas sugestivas o inductivas, esto es, que lleven implícita su respuesta; no usaremos preguntas abiertas. Nuestras preguntas sugestivas serán además cerradas y en ellas solo se contendrá un hecho para facilitar su entendimiento y control del declarante por parte del interrogador.
- b. Contraexamen y teoría del caso. Es ella la que determinará los objetivos a alcanzar con cada contraexamen, además nos permitirá discriminar a

---

[ 307 ] Lo mismo se puede decir si se cuenta con, a juicio del litigante, una mejor evidencia testimonial o documental sobre el punto a abordar en el contraexamen.

propósito de los objetivos predeterminados, cuáles son los temas específicos más relevante a abordar, desechando otros que no tendrán impacto en el apoyo de nuestra teoría del caso<sup>308</sup>.

- c. El contraexamen es la expresión viva en la audiencia, del principio contradictorio, en virtud del cual toda información o antecedentes entregados por uno de los intervinientes, puede ser contradicho por la actuación de su contraparte, y que junto a los principios de inmediación del tribunal y de oralidad, permiten que la información que es percibida por el tribunal sea de una alta calidad y - por lo mismo - sea útil para resolver el asunto.
- d. Si fuera pertinente, no olvidar cerrar todas las puertas de escape al deponente. Ocurre en algunos casos que los puntos a abordar con el contraexamen presentan la particularidad de que, a pesar de ser abordado de manera sugestiva, pueden permitir que el deponente justifique o explique aquello que nosotros queremos evidenciar ante el tribunal. En esos casos no parece lo más adecuado aplicar la regla general de ir temáticamente al punto buscado y formular las preguntas cerradas y sugestivas que permitan develarlo, pues lo que probablemente ocurrirá es que el testigo se dará rápidamente cuenta de nuestra intención y tratar por todos los medios de incluir en su declaración una justificación o explicación que considere razonable<sup>309</sup>.
- e. El contraexamen es un ejercicio de permanente control del litigante sobre el testigo y el contenido de sus declaraciones, por ello siempre mantendremos control visual sobre el testigo y utilizaremos preguntas sugestivas, cerradas de un punto.

Este control se pierde absolutamente cuando el abogado improvisa o formula preguntas cuya respuesta no conoce, es decir cuando, como dicen los textos de litigación, sale a pescar. Lo mismo puede ocurrir cuando no mantenemos un contacto visual directo con el testigo tanto al formularle las preguntas como al escuchar sus respuestas. En efecto, si el testigo percibe que el abogado no presta interés a lo que contesta, tendrá la tentación de incorporar información más allá de la indispensable para contestar.

- f. Está vedado en un contraexamen que ha revelado una contradicción o una inverosimilitud en el testimonio, que el abogado contra examinador solicite

---

[ 308 ] Sobre el punto ver: Rúa, Gonzalo; ob. cit.; pp. 41 a 45.

[ 309 ] Un ejemplo de cerrar puertas es al interrogar a un policía o perito, hacerle preguntas primero sobre la forma de desarrollar un procedimiento conforme a los protocolos institucionales o reglas de una ciencia o arte, para luego confrontar esa información con lo efectivamente realizado en un caso concreto.

o pida al testigo una explicación sobre la misma o permita que el testigo de propia iniciativa esboce una explicación<sup>310</sup>.

Jamás debemos preguntar ¿por qué?, ni ninguna fórmula similar, tal como decirle al testigo si está mintiendo, o cual de sus declaraciones es verdadera, si la previa con la que se le ha confrontado o la que ahora presta ante el tribunal, pues habrá espacio para que el testigo justifique la debilidad en su testimonio.

En el alegato de clausura el abogado intentará demostrar al tribunal cómo ello influye en la fiabilidad del testimonio.

Se señala como excepción a esta recomendación, el caso en que tenemos un elemento de confrontación tan fuerte o poseemos una prueba de tal valor para acreditar ante el tribunal el punto que queremos develar con nuestro contraexamen, que el hecho que el deponente elabore una explicación o justificación ante el tribunal solo demostrará de manera aún más evidente que falta a la verdad, pues esa explicación no superará en valor probatorio al elemento de confrontación o prueba que utilizaremos en su contra<sup>311</sup>. Creemos que esta postura que *a prima facie* parece razonable, adolece de un defecto de base que nos lleva a desecharla, cual es que, uno no puede saber a ciencia cierta si el tribunal que está conociendo de la causa tendrá el mismo juicio sobre la explicación del deponente, que uno como parte interesada ha calificado de irrazonable o poco creíble y que por lo mismo puede que, pese a que no compartamos esa decisión, el tribunal sí acepte la explicación del deponente.

## 7. Limite sus temas de contraexamen a aquellos puntos que sean indispensables para poder estructurar su alegato final o de clausura<sup>312</sup>

No se trata de contraexaminar sobre todos los puntos sobre los cuales ello sea posible o que hayan sido tratados en el directo sino solo sobre aquellos que presentan un beneficio apreciable a nuestra teoría del caso y de los cuales usufructuaremos al construir nuestros alegatos de clausura.

En general, entonces, el contraexamen será breve por una parte porque no abordaremos todos los tópicos o materias abordadas en el examen directo por

---

[ 310 ] Sobre el punto Fontanet Maldonado, Julio E., ob. cit. p. 232 habla del séptimo mandamiento del contraexamen, señalando que este consiste en no permitir que el testigo explique.

[ 311 ] Ver, por ejemplo, Fontanet Maldonado, Julio E., ob. cit. p. 136. Añade el otro caso, consistente en que el litigante conociese anticipadamente cual es la explicación que producirá el testigo, la cual, si a su juicio, es irrazonable o increíble podría convenirle que el testigo la explicite en la audiencia de juicio, pues solo podría perjudicarlo aún más que el contrainterrogatorio.

[ 312 ] Fontanet Maldonado, Julio E., ob. cit. p. 122, señala como primer mandamiento del contraexamen “ser breve”

el declarante, en segundo lugar porque las preguntas que utilizaremos darán mayor control al interrogador reduciendo con ello sustancialmente la duración de las respuestas, que en su mayoría debieran limitarse a un monosílabo, aceptando la afirmación hecha por el litigante y en tercer lugar porque estamos interrogando a un declarante cuya disposición y actitud no debiera en principio ser favorable. El declarante fue presentado por la contraria y sostiene una versión que no nos es favorable.

Finalmente, el contraexamen será breve no solo porque estará acotado en cuanto a los tópicos a tratar, los que por supuesto deberán ser abordados en el tiempo y con el número de preguntas que sean necesarias para alcanzar el objetivo propuesto por el litigante al contra examinar<sup>313</sup>, sino que también en alguna medida porque en él, un litigante no puede investigar o hacer preguntas con el propósito, como dice Fontanet, de descubrir evidencia o adquirir nueva información<sup>314</sup>.

## 8. Sea coherente con sus actuaciones

Ciertas líneas de contraexamen pueden resultar incompatibles con otros posibles objetivos a alcanzar con el mismo. En efecto, si ha definido como estrategia el abordar una línea de contraexamen que se traducirá en la desacreditación personal del testigo o de su testimonio en general, luego no se puede, a nuestro juicio, pretender abordar una segunda línea de interrogatorio en la que pretenda reforzar ciertos puntos de su teoría del caso con el testimonio del deponente. No será lógico ni razonable para los jueces que usted desacredite al testigo y su testimonio y que luego pretenda convencer al tribunal que aquello que usted dejó en evidencia, no afecta la parte del testimonio que es favorable a la tesis o versión de su cliente<sup>315</sup>.

## 9. Escuche con atención las respuestas del deponente<sup>316</sup>

De esta manera podrá ir evaluando si las respuestas obtenidas del testigo son aquellas que usted buscaba y si no lo fueron, volver sobre el punto hasta obtener

---

[ 313 ] Queremos señalar con esto que el tema de cuánto tiempo puede durar el contraexamen es el menos importante, cuando señalamos que este deber ser breve, son mucho más gravitante el seleccionar adecuadamente las temáticas a abordar, las preguntas a utilizar y el tener presente siempre que en principio la actitud del declarante no sea colaborativa con nuestros propósitos.

[ 314 ] Fontanet Maldonado, Julio; ob. cit.; p. 219.

[ 315 ] Lo manifestado es nuestra opinión, otros autores sostienen que es posible intentar esas líneas de interrogatorio, pero que en ese evento lo que se debe hacer por el litigante es iniciar sus contrainterrogatorios, abordando la información favorable que el testigo puede aportar respecto de nuestra teoría del caso, para luego avanzar a los capítulos de desacreditación de su credibilidad personal o de su testimonio. Ver a modo ejemplar. Rúa, Gonzalo; ob. cit.; pp. 46-47; Fontanet Maldonado, Julio E.; ob. cit. p. 243 coincide con nuestro planteamiento.

[ 316 ] Fontanet Maldonado, Julio E., ob. cit. p. 228 y 229, señala que es el quinto mandamiento del contraexamen. Alude al necesario control de las respuestas, o al hecho de que en ella surja nueva información favorable para el caso.

La respuesta buscada o utilizar el medio de control que tenemos para asegurarnos que los puntos de información buscados queden en evidencia ante el tribunal de juicio. Incluso es posible que de la contestación del deponente pueda surgir un nuevo punto de contraexamen que no hubiéramos identificado anteriormente. Rápidamente deberemos en tal caso evaluar si es o no conveniente abordarlo en el contraexamen.

## 10. La conclusión del contraexamen se explicita en el alegato de clausura

Es importantísimo recalcar con mucha fuerza, que en el contraexamen lo que hacemos es dejar esbozado en el aire el punto de contradicción u omisión, pero no concluimos lo que está detrás de aquello, por ejemplo, que el testigo miente o se ha equivocado, que tiene un interés espurio. Esa argumentación, cuyos antecedentes se encuentran en las preguntas que hemos efectuado, se realiza por el litigante argumentativamente en el alegato de clausura<sup>317</sup>.

Una imagen gráfica de lo que hablamos es pensar en los espadachines olímpicos. Ellos se contentan con marcar el punto en el cuerpo de su oponente y luego se retiran. A ninguno de ellos se le ocurriría clavar su espada en el cuerpo de su contrincante. Esa es la idea aquí, dejar latente el punto a resaltar, pero no pretender que el testigo se desmorone ante nosotros confesando su equivocación o su mentira u omisión, y menos darle un espacio para que se justifique.

En resumen, abordamos el punto, lo dejamos patente ante el tribunal, y rápidamente salimos del contraexamen o vamos a otro punto que queramos tratar en él. La conclusión, el cierre, la explicitación de lo que hicimos y de sus consecuencias sobre la fiabilidad o credibilidad del testimonio en cuestión la explicitamos argumentativamente durante nuestro alegato de clausura.

## La impugnación de los testigos<sup>318</sup>

La actividad de impugnar<sup>319</sup> las declaraciones de un testigo comprende, en un sentido amplio de la expresión, distintas formas de generar dudas en el tribunal de juicio sobre la credibilidad de un testigo o sobre la materia<sup>320</sup> a que se refiere su declaración.

---

[ 317 ] En igual sentido Rúa, Gonzalo; ob. cit.; p. 98.

[ 318 ] En, Fontanet Maldonado Julio, ob. cit. pp. 247- 277, se trata en extenso el punto, por lo que recomendamos su lectura.

[ 319 ] Contradecir, refutar según el Diccionario de la Lengua Española, vigésimo segunda edición, 2001, p. 1257.

[ 320 ] Hablamos de materia a la que se refiere el testimonio, pues no se circunscribe exclusivamente al tenor de la declaración del testigo, esto es a lo que dijo en estrados.

Las formas de impugnación de los testigos presentan la dificultad, desde la perspectiva de su ejecución, en que el operador se encontrará usualmente con la oposición o resistencia del deponente que se pretende impugnar. Por otra parte, en esta actividad de impugnación se hace indispensable una actuación prudente y de buena fe del litigante para ejercer esta facultad de manera seria; es decir, solo cuando contemos con antecedentes de hecho o datos que hacen razonable la impugnación a plantear<sup>321</sup>.

Estas formas de afectar la credibilidad del testigo son fundamentalmente tres, todas ellas están comprendidas en los objetivos de un contraexamen, pero que se diferencian en la técnica a utilizar para hacerla efectiva.

#### **a. Impugnación por carácter y características**

Se refiere a demostrar mediante las preguntas del contraexamen o mediante la declaración de otro deponente o la presentación de evidencia material, fundamentalmente documental, que el declarante tiene problemas de fiabilidad personal, fundadas por ejemplo en: relaciones de afinidad o enemistad con algunos de los involucrados; su conducta pretérita, sea esta representada por sus antecedentes penales anteriores o por hechos malos que sirvan de base a cuestionar su veracidad; su capacidad de percepción<sup>322</sup>, etcétera.

#### **b. Características relacionadas con la materia sobre la que versa la declaración**

Se trata acá de demostrar al tribunal que la declaración prestada contiene defectos tales como: inconsistencias internas; antecedentes inverosímiles, es decir, contrarios a la lógica, al sentido común, a las máximas de la experiencia, etcétera.

#### **c. Inconsistencias u omisiones que presenta el testimonio con una declaración o manifestación anterior<sup>323</sup>**

Se trata de una de las herramientas más efectivas con las que cuenta un litigante

---

[ 321 ] Ver Fontanet Maldonado, Julio E., ob. cit. p. 248, habla de la buena fe con la que debe actuar un litigante al proceder a impugnar.

[ 322 ] *Ibidem.*; pp. 270, Señala algunas cuestiones que se han establecido a partir de innumerables investigaciones psicológicas que cita, así se señala que: a.- Los testigos siempre tienden a sobreestimar la duración de los eventos; b.- en los delitos que envuelven armas, las víctimas tienden a prestarle mayor atención a las armas que al asaltante; c.- La violencia afecta la percepción y la memoria; d.- la memoria de un testigo puede ser afectada por la información que reciba con posterioridad al evento; e.- Una vez que un testigo se compromete públicamente con una identificación, insistirá en la misma a pesar de que pudiera ser errónea, y f.- un testigo identifica con mayor seguridad personas de su raza.

[ 323 ] Normalmente los textos legales no contienen de manera expresa la posibilidad de confrontar o impugnar la declaración de un testigo por omisión con relación a una declaración previa que no contiene los puntos tratados ahora en juicio por el deponente. Sin perjuicio de ello, podemos considerarla como una modalidad de la impugnación de una declaración por inconsistencia con una declaración previa.

para poder confrontar a un testigo y afectar su credibilidad ante el tribunal, pues se basa en una máxima de la experiencia, a saber, que las personas recuerdan mejor un hecho cuando ha transcurrido un menor tiempo desde que el hecho en cuestión ha acaecido; por el contrario, a medida que la declaración del deponente sobre el hecho se aleja del momento de su ocurrencia, dicha declaración debiera verse deteriorada en su calidad.

### ¿Sobre qué materias se puede confrontar?

De lo que se trata es de usar estratégicamente esta herramienta para afectar la credibilidad del declarante y no como un acto formal o purista, por lo anterior no se trata solo de identificar omisiones o inconsistencia o contradicciones entre lo que hoy se declara en juicio por un deponente y el contenido de una declaración previa, sino de focalizar esa actividad utilizando como criterio de discriminación nuestra teoría del caso para así remitirnos expresamente a aquellas situaciones en que existan inconsistencias u omisiones que recaen sobre aspectos esenciales o de importancia para el caso<sup>324</sup>.

### ¿Cómo debo proceder a la impugnación utilizando una declaración escrita previa?

Debemos proceder de manera de hacer más efectiva la impugnación, por lo que recomendamos seguir una serie de pasos que nos darán control sobre esta actuación y nos permitirán lograr el mayor impacto en el tribunal.

No debemos olvidar que estamos frente a un deponente al cual queremos afectar en su credibilidad, por lo que aquel tenderá a defenderse si es que advierte nuestras intenciones entregando alguna justificación a sus dichos. Por ello para llegar a su confrontación primero debemos proceder a cerrar todas las puertas de escape<sup>325</sup> al declarante para que cuando hagamos aparecer la contradicción ya no tenga una vía para escabullirse o justificar la contradicción.

Por último, antes de enumerar los pasos a seguir, indiquemos que lo que se debe hacer es llevar al testigo a un punto en que la inconsistencia u omisión queden de manifiesto ante el tribunal, pero en ningún caso debemos dejar espacio para que el deponente la justifique y la explique. Es por ello que es esencial por un lado no hacer preguntas de más ni pedir explicaciones al deponente, tales como señalarle que diga cuándo dijo la verdad, ahora o en su declaración previa, o que señale

---

[ 324 ] En igual sentido, Ver Fontanet Maldonado, Julio E., ob. cit. p. 250.

[ 325 ] Al decir cerrar las puertas de escape nos estamos refiriendo a que dejaremos en claro con nuestras preguntas que no hay forma de explicar o justificar sus dichos entregados en el examen directo o reconocidos en el contraexamen.

si ahora está mintiendo y menos pedirle que nos diga por qué ahora le señala al tribunal un hecho que no había mencionado en su declaración previa o se refiere a hechos de una manera distinta de la que había utilizado en su declaración previa. Cualquiera de las situaciones anteriores puede llevar a que la impugnación pierda toda importancia pues el testigo puede proporcionar al tribunal una explicación que para los jueces sea satisfactoria y en consecuencia no estimen afectada su credibilidad.

### **Primer paso: Ratificar la declaración prestada en juicio**

Buscaremos que el declarante confirme ante el tribunal sus dichos formulados en el examen directo. Este primer paso se justifica argumentativamente por que las preguntas objetables por repetitivas se refieren a quien ha formulado una pregunta y ha obtenido una respuesta, no a la contraparte, quien puede volver a tratar el punto precisamente como una forma de iniciar una impugnación y dejar claro ante el tribunal la o las proposiciones fácticas que va a controvertir.

Procederemos para ello mediante preguntas sugestivas, cuidándonos de utilizar los mismos términos utilizados por el testigo durante su declaración.

### **Segundo Paso: Acreditamos ante el tribunal la existencia de una declaración previa y su legitimidad**

Acto seguido, iniciaremos una serie de preguntas destinada a establecer por una parte que el deponente prestó una declaración previa sobre los hechos materia del juicio y rodearemos de condiciones de legitimidad a la referida declaración. Así, mediante preguntas sugestivas acreditaremos ante el tribunal que la declaración previa es de aquellas que pueden utilizarse válidamente para impugnar al testigo; que ella fue prestada en una fecha más cercana a la ocurrencia de los hechos que han motivado el juicio que la que hoy se presenta ante el tribunal oral; que ella fue leída y firmada por el deponente.

Es relevante tener presente que la acreditación que haremos de la declaración previa no será tan intensa y detallada como la labor que efectuamos al acreditar una declaración previa para refrescar la memoria y ello es así, pues en la impugnación nos encontramos frente a un testigo que es hostil a nuestras pretensiones, por lo que si advierte que nuestro propósito es afectar su declaración citando para ello una declaración que prestó previamente, tenderá rápidamente a restarle valor o seriedad a esa declaración.

### **Tercer paso: Solicitar al tribunal autorización para su utilización**

Una vez que hemos acreditado ante el tribunal que existe una declaración previa del

deponente, tomaremos dicha declaración, que obviamente tendremos en nuestro poder en el juicio, procederemos, por regla general, a marcar con un destacador o a subrayar la parte de ella que queremos utilizar en la impugnación, y solicitaremos al tribunal autorización para utilizarla con el fin que corresponda, en este caso, para hacer evidente una contradicción, una omisión o una adición<sup>326</sup>.

#### **Cuarto paso: Exhibición a la contraparte de la declaración a utilizar**

Una vez obtenida la autorización judicial, nos levantaremos de nuestro asiento con la declaración previa debidamente marcada si se trata de una inconsistencia u omisión, o con el texto íntegro de la misma si lo que pretendo demostrar es una adición, y se la mostraremos a la contraparte<sup>327</sup>.

Esta solo podrá oponerse a la actividad si considera que la declaración utilizada no es de aquellas útiles para tal propósito. No le corresponde calificar por ejemplo si existe o no una contradicción o la relevancia de la misma.

#### **Quinto paso: Ratificar con el deponente que la declaración utilizada es su declaración previa**

Luego aún de pie, nos dirigiremos hasta el declarante y le exhibiremos la declaración previa, y mediante algunas preguntas sugestivas procederemos a ratificar ante el tribunal que esa declaración que se le exhibe ahora en el juicio es la declaración previa a la que él ya se refirió.

#### **Sexto paso: Demostramos la inconsistencia o la omisión mediante la utilización de la declaración previa<sup>328</sup>**

Ahora procederemos a utilizar la declaración previa para los efectos de hacer evidente ante el tribunal la inconsistencia u omisión. Para ello solo utilizaremos preguntas sugestivas y no permitiremos explicaciones del deponente.

---

[ 326 ] Hace excepción, como abordaremos más adelante, el caso de lo que se pretenda demostrar al tribunal sea una adición al testimonio, en que se utilizará la integridad de la declaración previa.

[ 327 ] No corresponde exhibírsela al tribunal.

[ 328 ] Algunos autores como Fontanet proponen una forma distinta de proceder, la cual no requiere necesariamente el uso de la declaración previa. Consiste en confrontar al testigo señalándole el litigante cuál es la inconsistencia entre su actual declaración y la contenida en la declaración previa. Si el deponente acepta que eso es verdad se le entiende debidamente impugnado, si por el contrario da respuestas evasivas o niega la contradicción, se deberá proceder al uso de la declaración previas. Alude a que, conforme a las reglas legales de Puerto Rico, el declarante impugnado tiene derecho a explicar la contradicción, que debe entenderse no como su derecho a justificarla, sino a aceptar o negar su existencia. Si la niega procede la utilización de la declaración previa, si la acepta, ya no será necesario exhibirle esa declaración. Ver Fontanet Maldonado, Julio E., ob. cit. p. 250-251.

Creemos que la forma más eficiente de hacer esta parte crucial de la impugnación depende fundamentalmente de si estamos frente a una contradicción u omisión o se trata de una adición, y del comportamiento que ha tenido el declarante. Distingamos entonces:

**i. Si se trata de un testigo, que no ha sido particularmente hostil, que consideramos que podemos controlar y que sabemos no tiene mayores problemas para leer, y queremos evidenciar una contradicción**

Habiendo ya el testigo reconocido y validado su declaración previa, le exhibiremos<sup>329</sup> ahora la parte en que aparece la inconsistencia con su testimonio prestado en juicio y le pediremos que lea al tribunal en voz alta la parte subrayada o destacada del texto.

Una vez que el testigo termine la lectura de la parte destacada de su declaración previa, rápidamente apartaremos la declaración de su vista, y pondremos término al contraexamen o pasaremos a otro punto del mismo, mediante una transición. No debemos permitir que el testigo explique o se explaye más allá del texto que deba leer.

**ii. Si se trata de un testigo hostil, difícil de controlar o que no maneja la lectura adecuadamente**

En este caso debemos extremar el control que desplegaremos sobre la actividad de la confrontación y por ello recomendamos acercarnos al deponente, ponernos a su lado con la declaración previa a su vista, pero también a la nuestra y señalarle lo siguiente: “Señor voy a leer el texto seleccionado, le pido que por favor vaya leyendo conmigo en voz baja dicho texto y que si yo me aparto de cualquier manera de lo que aquí dice me detenga en el acto por favor”. Procederemos a leer nosotros el texto con lo que evitaremos que el deponente pueda dar explicaciones o iniciar un debate con nosotros.

**iii. Si lo que trataremos de evidenciar ante el tribunal es una adición**

En este caso demostraremos al tribunal que parte de los hechos que son declarados hoy por el deponente no fueron abordados por el mismo en sus declaraciones previas, razón por la cual es posible presumir que no tenía conocimiento de los mismos o no en el nivel de detalle que hoy exhibe ante el tribunal.

---

[ 329 ] Algunos incluso sostienen que se le podría entregar el texto de la declaración al deponente. Creemos que es mejor que el texto esté en manos del litigante, y que sea este el que le exhiba la parte pertinente al declarante.

En este caso, cualquiera sea el tipo de testigo, nos acercaremos a él, le entregaremos la declaración previa, que para este propósito no tendrá ninguna parte subrayada o destacada, pues lo que deseamos es usar toda la declaración, y le solicitaremos que proceda a leerla en voz baja y que cuando encuentre aquella parte de la declaración que se refiere al punto que ha declarado hoy en juicio, nos avise para hacer una lectura en voz alta de esa parte de la declaración previa<sup>330</sup>.

Una vez más aquí podemos hacer más intensa la aplicación de esta herramienta, dejando pasar unos minutos y preguntándole una vez más al deponente si ha encontrado la parte buscada de la declaración, y cuando nos diga que aún no, decirle que se tome su tiempo y continúe la lectura, hasta llegar al punto en que este señale que en esa declaración nada se dice sobre el punto. Al ocurrir aquello terminaremos nuestro contraexamen.

En cualquiera de las hipótesis planteadas más arriba, lo importante es saber detenerse a tiempo. Solo debemos dejar en evidencia la inconsistencia<sup>331</sup> o adición, no buscar explicaciones y menos reconocimientos por parte del testigo de su equivocación, error o mentira. Las argumentaciones y conclusiones que desprendemos de la inconsistencia, omisión o adición no se la representaremos mediante preguntas al deponente, sino que se la haremos saber al tribunal argumentativamente durante nuestro alegato de cierre o clausura.

Por lo dicho es esencial siempre mantener el control sobre el uso de la técnica aun cuando el deponente trate de generar una explicación. Para ello, pese a ser posible, recomendamos nunca abandonar la sugestiuidad en sus preguntas.

### ¿Cómo debo proceder cuando la impugnación se efectuará con la declaración de otro deponente<sup>332</sup> o testigo?

En este caso deberemos interrogar al testigo de la contraparte fundamentalmente sobre dos cosas. La primera, sobre el o los hechos sobre los cuales generaremos la inconsistencia o adición<sup>333</sup>, a fin de que lo ratifique ante el tribunal y la segunda, sobre la existencia de otro deponente que pueda dar cuenta de esos mismos hechos, siempre y cuando el deponente tenga efectivamente conocimiento sobre ello. Ese deponente es precisamente al que utilizaremos luego para cerrar la confrontación.

---

[ 330 ] Obviamente nosotros sabemos que ello no ocurrirá nunca pues la declaración previa no contiene esa información.

[ 331 ] La contradicción o los hechos omitidos en el testimonio prestado en juicio.

[ 332 ] Por ejemplo, un coimputado en los hechos.

[ 333 ] Así, pediremos que ratifique los hechos que son contradictorios con el testimonio de quien usaremos para impugnarle, que omita cosas que el otro testigo declarara, o que ha señalado cosas que el otro testigo negara que hayan ocurrido o fueran posible de percibir.

En el caso en comento la confrontación o impugnación tiene dos momentos distintos, el primero desarrollado frente al declarante o testigo a impugnar y por otra parte, el segundo, que se desarrollará en el interrogatorio de otro deponente que conociendo de estos hechos y teniendo a nuestro juicio mayores antecedentes de credibilidad personal o de sus testimonio, depondrá sobre los mismos explicitando la contradicción u omisión contenida en la declaración prestada por el testigo impugnado<sup>334</sup>.

### El contraexamen de peritos<sup>335</sup>

Nos referiremos brevemente a algunas recomendaciones para la contrainterrogación de peritos, esto es de personas que cuentan con una experticia especial en un área del conocimiento derivada de sus estudios o especialización profesional, del desempeño de ciertas artes o del ejercicio de un determinado oficio<sup>336</sup>. No se debe confundir a un perito con el denominado “testigo experto”, quien por su naturaleza es un testigo pues ha adquirido su conocimiento respecto de los hechos de forma espontánea, pero que dado los conocimientos que ostenta puede emitir ciertas opiniones respecto de algunos de los hechos que ha percibido<sup>337</sup>.

### Particularidad de los peritos como declarantes

- a. Los peritos no han percibido los hechos materia del juicio en forma directa, sino que, por sus conocimientos, están en condiciones de emitir sobre ellos o sobre otra circunstancia relevante del caso, un juicio u opinión que permitirá a los jueces un mejor y cabal entendimiento de esos hechos o circunstancias<sup>338</sup>.
- b. No *existen peritos inhábiles*. Cada parte podrá presentar informes confeccionados por peritos de su confianza<sup>339</sup>, los cuales deberán ser citados a la audiencia del juicio oral para exponer sus conclusiones. Será en la audiencia donde los peritos deberán demostrar que tienen la experticia y

---

[ 334 ] Esta forma de impugnación podría efectuarse mediante dos contraexámenes efectuados a dos declarantes de la parte contraria, o mediante el contraexamen del deponente a impugnar y luego un examen directo a un declarante propio.

[ 335 ] Sobre el tema de los peritos en general y las técnicas de litigación a su respecto ver: Duce J., Mauricio; La Prueba Pericial; Colección Litigación y Enjuiciamiento Penal Adversarial; Ediciones Didot; Buenos Aires; año 2013, en particular entre las pp. 129 a 138, referidos a su contraexamen. También recomendamos el texto ya citado de Fontanet Maldonado, Julio E.; pp. 403 a 413.

[ 336 ] Duce J., Mauricio; ob. cit.; p. 29.

[ 337 ] En igual sentido, ibídem; p. 31.

[ 338 ] Su intervención se produce con posterioridad a la ocurrencia de los hechos que han originado el juicio, por así determinar el órgano jurisdiccional o alguna de las partes.

[ 339 ] Ver artículo 177 número uno del CPP, que permite a las partes designar libremente a los peritos que consideren necesarios.

conocimiento que se le suponen por quien los presenta, cuestión que será cuestionada por quien los contrainterroga.

- c. Los peritos, en términos generales, se rigen por todas las normas que reglamentan la prueba de testigos, salvo en lo que se refiere a que su intervención en el juicio oral se inicia con la exposición breve que deben hacer, personalmente, del contenido y de las conclusiones contenidas en su dictamen pericial, para luego pasar a ser interrogados por los litigantes<sup>340</sup>.

Para realizar un adecuado contraexamen de un perito, se debe, por una parte, haber verificado todos los comprobantes que acreditan su experticia, y por otra, estudiar y analizar, debidamente asesorado, muchas veces por otro perito, no solo las conclusiones del informe, sino también los procedimientos técnicos utilizados para obtener dichas conclusiones. Solo teniendo conocimiento de la materia contenida en el informe pericial, es posible contraexaminar adecuadamente al perito.

Esto explica que, pese a que estemos en un modelo de juicio basado en audiencias orales, la prueba pericial se constituye: por una parte, por el informe pericial escrito que permitirá debatir en la audiencia preparatoria la pertinencia del informe y corroborar quien lo ha evacuado<sup>341</sup>, y por la otra, la declaración oral del perito presencialmente en la audiencia de juicio conforme a las reglas del examen y del contraexamen. El único rol del informe pericial escrito en juicio oral no es servir de medio probatorio independiente, sino como un documento con el cual se puede refrescar la memoria de un perito propio o como un mecanismo de impugnación del testimonio oral del perito de la contraria en juicio oral<sup>342</sup>.

Para preparar un contraexamen un litigante podrá solicitar una pericia de parte destinada a controuvertir la pericia sobre el mismo tópico presentada por la contraria<sup>343</sup>. Aquí utilizaremos dos vías para atacar la pericia en controversia. Por una parte el contraexamen del litigante y por otra la declaración de otro perito en el juicio que ponga en crisis los puntos contenidos en la declaración del perito que afecten la teoría del caso del abogado que presenta al nuevo perito, o por otra parte contratar un perito exclusivamente para que nos ayude con sus conocimientos a preparar de la manera más informada y técnica la contrainterrogación del perito de la contraria, a quien además solicitaremos que nos acompañe a la audiencia

---

[ 340 ] Artículo 378 número 5 primera parte del CPP.

[ 341 ] Temas referidos a la admisibilidad de la prueba pericial.

[ 342 ] Sobre este importante punto, recomendamos ver Duce J., Mauricio; ob. cit.; pp. 148 a 155

[ 343 ] Fontanet Maldonado, Julio E., ob. cit. p. 404, da tanta relevancia al punto de contratar otro perito, ya sea para preparar nuestro contraexamen y/o para que comparezca como prueba nuestra, que tal sugerencia se transforma en el primer mandamiento del contraexamen de peritos.

del juicio para escuchar la declaración del perito, traduciéndonos algunos términos, explicándonos procesos o conceptos vertidos por el perito en su examen directo o emitiendo su parecer sobre las explicaciones que formule el perito en su declaración, auxiliándonos de este modo hasta el momento mismo del desarrollo de nuestro contraexamen.

No cabe duda de que, en muchas ocasiones, la sola contraexamen de un perito puede ser insuficiente para lograr el objetivo de afectar seriamente esa evidencia restándole credibilidad en juicio, por lo que derechamente recomendamos que, si es posible contratar a otro perito que pueda enfrentar al de la contraparte, esa es la vía más idónea de impugnar al perito de la contraria. Como dice Fontanet, sería un ejercicio de soberbia el pensar que podemos “competir” con un perito de la parte contraria en términos del conocimiento que este tenga del área en la cual ha sido cualificado. No importa que tan bien nos preparemos, como norma general el perito sabrá más que nosotros y probablemente tendrá alguna explicación técnica para justificar su testimonio<sup>344</sup>.

- d. Los peritos en su dictamen o en su declaración en juicio no pueden pronunciarse sobre la denominada cuestión última del juicio.

En efecto, el CPP establece una limitación al contenido del dictamen pericial al señalar que el informe pericial no puede contener juicios respecto a la responsabilidad o no responsabilidad penal del imputado en relación con el hecho delictuoso materia del proceso<sup>345</sup>.

## Ámbitos o temáticas abordar en un contraexamen de peritos

### a. En primer lugar, la experticia del perito

Se intentará demostrar por el litigante que quien es presentado como un experto en una determinada materia, en realidad no lo es, ya sea porque no tiene los conocimientos que dice tener, o porque, teniendo grandes conocimientos sobre el tema, su experiencia en la materia específica sobre la cual recae el informe, no es sustancial.

Este es un error en el que comúnmente incurrir algunos litigantes, presentando como peritos a personas con grandes estudios académicos pero insuficiente experiencia práctica sobre la materia en la que su opinión resulta gravitante.

---

[ 344 ] Fontanet Maldonado, Julio E., ob. cit. p. 404.

[ 345 ] Así lo dispone el artículo 178 número 2 del CPP.

**b. En segundo lugar, controvertir las conclusiones que ha presentado el perito en la audiencia de juicio**

Así, será posible, por ejemplo, sostener que esa opinión no es la única que podría desprenderse de los hechos analizados, que ella no es coherente con la lógica y el sentido común, que si bien puede concluirse lo señalado por el perito, esa opinión no tiene un alto grado de certeza, que los procedimientos utilizados por el perito no son los únicos para analizar los hechos, que existen otros métodos que otorgan mayor certeza a las conclusiones que pudieren obtenerse, que si bien se utilizó el procedimiento adecuado no se aplicó como se debía, que de utilizar otro procedimiento se llega a una conclusión diversa a la presentada por el perito en su informe, señalar las áreas en que la pericia es cuestionada o confrontada por otros expertos en la misma ciencia o arte, etcétera.

Una línea de ataque a las conclusiones del perito distinta a las señaladas es abocarse a demostrar a los jueces que el perito no examinó todos los antecedentes necesarios y pertinentes a la pericia realizada o que su opinión se funda en testimonios de dudosa credibilidad.

**c. En tercer lugar, relevar aquellos datos útiles a nuestra teoría del caso**

Tal como vimos al analizar el contraexamen de testigos, en el caso de los peritos también podemos encontrar que un objetivo a alcanzar con su contraexaminación es obtener información que pueda proporcionar el perito que sea favorable o compatible con nuestra teoría del caso. Se trata, como dijimos en su oportunidad, de un contraexamen constructivo y no destructivo.

**d. En cuarto lugar, la remuneración u honorario del perito**

Sobre el punto solo mencionar que puede ser tema de contraexamen el que un perito haya cobrado honorarios muy superiores a los que ordinariamente se cobran por una pericia como la que ha evacuado, como el hecho de que no haya cobrado nada.

**e. En quinto lugar, la relación previa de ese perito con quien lo presenta**

En muchos países se transforma en un tema de contraexamen respecto de los peritos los vínculos previos, ordinariamente permanentes del perito con la parte que lo presenta o la institución a la que el litigante pertenece, como ocurre en el caso del Ministerio Público y la Defensa Pública. Se puede tratar de demostrar al tribunal que una vinculación contractual previa puede afectar la imparcialidad y objetividad del perito; que el perito es remunerado por la institución con carácter regular y permanente, por lo que existe un incentivo a

que las pericias sean siempre favorables a la parte que lo presenta; utilizar las páginas de transparencia pública del Estado, para obtener información sobre el número de pericias efectuadas en un periodo de tiempo por el perito para la institución a la que pertenece el litigante; demostrar con la misma información, más el resultado de los juicios en que intervino el perito, que pese a que su opinión siempre fue favorable a la institución que integra el litigante, no todas las sentencias acogieron en su fallo su dictamen, etcétera.

## Otras consideraciones generales

### a. No discuta con el perito

La idea en el contrainterrogatorio es tratar de obtener antecedentes favorables a nuestra teoría del caso, pero sin entrar en un conflicto o discusión directa con el perito, pues es muy probable que en ese contexto quien salga fortalecido sea el perito y no el abogado que se vería forzado a un debate en un contexto altamente adverso, no solo por los conocimientos y lenguaje del perito, sino porque esa actitud puede ser valorada negativamente por el tribunal<sup>346</sup>.

### b. La confiabilidad de una pericia puede requerir abordar múltiples temas

Con lo dicho queremos expresar que sobre el particular el litigante puede aproximarse desde distintas órbitas o puntos al tema, en efecto al menos podemos distinguir:

- Los conocimientos y calificaciones del perito y eventualmente de su equipo colaborador.
- La ciencia, arte o técnica en que se basan sus conocimientos<sup>347</sup>.

No todas las fuentes del conocimiento tienen el mismo reconocimiento e incluso dentro de aquellas más reconocidas como podrían ser las ciencias, aún es posible distinguir entre ellas según el carácter más o menos novedoso de las mismas, y por lo mismo su mayor o menor respaldo estadístico. También será un factor para considerar particularmente en aquellos conocimientos más recientes, el mayor o menor grado de reconocimiento que tengan entre quienes profesan la misma ciencia, arte u oficio.

---

[ 346 ] Fontanet Maldonado, Julio; ob. cit.; 405, establece esta recomendación como el segundo mandamiento del contraexamen.

[ 347 ] *Ibidem*, pp. 407 y 408, habla de cuestionar la confiabilidad de la prueba pericial como tercer mandamiento del contraexamen de peritos.

- La calidad y estado de los instrumentos o máquinas utilizados por el perito.
- El cumplimiento de los protocolos o reglas para la realización de las operaciones o procedimiento efectuados por el perito.
- El grado de certeza de las conclusiones obtenidas.
- La falta de imparcialidad del perito.

Esto está asociado ordinariamente al tema de las remuneraciones del perito<sup>348</sup>, a que este siempre preste testimonio a favor de determinada parte, solo la acusación fiscal y particular o la defensa, a la habitualidad con la que comparece en tribunales, lo que hace presumir un oficio en ese sentido.

### c. La impugnación de un perito es más amplia que la de un testigo<sup>349</sup>

Para proceder a la impugnación de un perito, no solo podemos recurrir al texto de su informe para verificar la existencia de inconsistencias u omisiones con su declaración en juicio<sup>350</sup>, o a sus antecedentes laborales y personales, sino que además podemos recurrir a textos o documentos que contengan las reglas, principios o procedimientos que él ha utilizado para efectuar su pericia y podemos confrontar si su actuación ha sido coherente o no con ellos.

Trataremos por medio de preguntas sugestivas de fijar el procedimiento el hecho inconsistente<sup>351</sup> para luego preguntar sugestivamente al perito sobre el elemento de confrontación (texto, autor o autoridad en la materia, procedimiento estandarizado a etcétera) y las reglas, principios o exigencias en él contenidos. Basta que el perito reconozca que en dicho elemento de confrontación se sostiene algo distinto a lo aseverado por él en juicio. No se trata de darle la oportunidad de debatir o de explicar por qué el sostiene algo distinto. Una vez más el control del litigante sobre la forma de realizar la impugnación es indispensable.

Solo si el perito negare la inconsistencia procederemos a solicitar al tribunal la posibilidad de leer la parte pertinente de nuestro elemento de confrontación,

---

[ 348 ] *Ibidem*, p. 411, propone abordar el tema de las remuneraciones, en un triple sentido: a.- pago por investigación; b.- pago por preparación de informe con conclusiones; y c.- Pago por testificar en el tribunal.

[ 349 ] En igual sentido Fontanet Maldonado, Julio; *ob. cit.* p. 408.

[ 350 ] Así lo permite expresamente el artículo 378 número 6 del CPP.

[ 351 ] Por ejemplo, el grado de certeza de un examen o procedimiento; la forma de aplicar un procedimiento, el ambiente o condiciones indispensables para efectuar una prueba o test, entre muchos otros aspectos.

para lo cual deberemos recurrir a la hipótesis de la prueba **sobre prueba**<sup>352</sup>.

## Bibliografía

- Blanco Suárez, Rafael y otros. Litigación Estratégica en el Nuevo Proceso Penal. Lexis Nexis; primera edición; Santiago, año 2005.
- Diccionario de la Lengua Española, vigésima segunda edición, año 2001, tomo I.
- Diccionario de la Lengua Española, vigésima segunda edición, año 2001, tomo II.
- Duce, Mauricio J. La Prueba Pericial; Colección Litigación y Enjuiciamiento Penal Adversarial; Ediciones Didot; Buenos Aires; año 2013.
- Fontanet Maldonado, Julio E.; Principios y Técnicas de la Práctica Forense; tercera edición; Jurídica Editores; San Juan de Puerto Rico; año 2010.

---

[ 352 ] Fontanet Maldonado, Julio; ob. cit.; pp. 408 a 410, se refiere como cuarto mandamiento del contraexamen el usar escritos o tratadistas, para lo que se le debe interrogar sobre la existencia de ese tratado, autor o escrito, y que el perito reconozca emana de una autoridad reconocida en el ámbito de ese conocimiento experto.



## CAPÍTULO VI:

### GUÍA PARA EL ANÁLISIS DE TESTIGOS Y PLANEACIÓN DE SU EXAMEN EN EL PROCESO

Rogelio Contreras Melara<sup>353</sup> (El Salvador)

En los siguientes párrafos pretendo explicar una serie de aspectos que, quien enfrentará un proceso, debería tomar en consideración para analizar a los testigos con quienes lidiará. Este documento da por sentado que quienes lo leen saben interrogar y contrainterrogar, así que, en lugar de detenerme a analizar aspectos de cómo materializar el examen de testigos, y que además se encuentran bien desarrollados en la presente guía en el capítulo respectivo, iré a otro ámbito del tema: cómo analizar a los testigos y cómo preparar el tipo de examen que se realizará.

Analizar y reflexionar sobre las personas que testificarán en un proceso, implica un método de estudio. En mi opinión, todas las personas que en algún momento hemos litigado hacemos eso, a nuestra manera: estudiamos el caso y a los testigos. Lo que pretendo con este documento es dotar de un orden al análisis que ya se hace, invitando a tener presente una serie de cuestionamientos, exhortando a reflexionar y a tomar decisiones estratégicas.

Creo que tanto el interrogatorio como el contrainterrogatorio de testigos entre más planificado sea, mayor probabilidad de éxito tendrá. De ahí, que otro de los objetivos de este documento es dotar a los litigantes, así como a estudiantes de Derecho de herramientas que les permitan anticiparse al examen de testigos, definiendo sus objetivos de antemano, para preparar –no memorizar– las preguntas que eventualmente realizarán y hacer una auto evaluación una vez ejecutado. Es muy importante aclarar que la planeación del examen de testigos en ningún modo busca rigidez del litigante. Lejos de eso, la idea de planificar un examen de testigos, creo yo, le permite a uno compenetrarse tanto con el caso, que precisamente se puede ser flexible cuando la situación lo requiere.

[ 353 ] Abogado y notario, consultor en temas de justicia alterna y sistema acusatorio, así como mediador. Es maestro en Métodos Alternos de Solución de Conflictos por la Universidad Autónoma de Nuevo León, México. Actualmente es investigador del CEEAD y presidente de la Asociación Nacional para la Resolución de Conflictos, A.C. (ARCO), capítulo Nuevo León. [rogeliocm@ceedad.org.mx](mailto:rogeliocm@ceedad.org.mx)

Así que, sin más preámbulos, paso a comentar puntualmente lo que se verá en las siguientes páginas:

## **1. Guía para el análisis de testigos**

En este documento encontrará una serie de preguntas que recomiendo tener presente al tomar la representación de un caso y empezar a saber de sus testigos. El documento le invita a usted, a identificar cómo hacer contacto con los testigos, decidir de qué manera analizará la versión que esa persona brindó durante la investigación, qué preguntas debería hacerse para corroborar lo que él sabe, cómo reflexionar con esa información y qué decisión debería tomar respecto de un testigo en particular. De manera que se parte de cómo contactar con la persona testigo (Ver tabla 1), continuando con la entrevista que se sugiere realizar a cada testigo (Ver tabla 2). En esta parte, la propuesta es explorar los hechos (hay 12 preguntas sobre esto), las relaciones del testigo con otras personas del caso (cinco preguntas) y conocer un poco más del testigo (nueve preguntas). El propósito de colocar estas 26 preguntas es recrear en quien litiga las cuestiones que debería saber y preguntar o no, según su caso lo amerite.

La guía incluye un apartado denominado “análisis del relato” (Ver tabla 3) que propone seis preguntas que cada litigante debería formularse para definir qué hacer con el testigo, es decir, si interrogarle o contrainterrogarle. Por último, aparece el rubro “análisis para el examen del testigo en el proceso” el cual sugiere cinco preguntas que aluden a la personalidad del testigo y cómo esto impactaría en el trabajo que ha de realizarse, sea para la preparación del testigo en el interrogatorio o la preparación propia, en dado caso, se vaya a contrainterrogar. (Ver tabla 4). He aquí este documento.

### **Guía para el análisis de testigos**

#### **Tabla 1: Contacto**

Para conocer a profundidad la versión de cada testigo dada en la investigación y su personalidad.

1) ¿Es posible entrevistarme con el(a) testigo?			
2) Si sí. ¿Cómo puedo reunirme con él(la)?			
3) Si no. ¿Es posible pedir el auxilio judicial para entrevistarme con esa persona?			
4) Si no. ¿Quién(es) conoce(n) a ese(a) testigo?			
5) ¿Cómo puedo hablar con esa persona?			
6) ¿De qué manera analizaré la versión que este(a) testigo ha brindado durante la investigación?			
			
<table style="width: 100%; border: none;"> <tr> <td style="width: 33%; border: none;">Le entrevistaré y estudiaré el contenido de su entrevista brindada en la investigación.</td> <td style="width: 33%; border: none;">Únicamente podré estudiar el contenido de su entrevista brindada en la investigación</td> <td style="width: 33%; border: none;">Estudiaré el contenido de su entrevista brindada en la investigación y entrevistaré a una persona que le conoce</td> </tr> </table>	Le entrevistaré y estudiaré el contenido de su entrevista brindada en la investigación.	Únicamente podré estudiar el contenido de su entrevista brindada en la investigación	Estudiaré el contenido de su entrevista brindada en la investigación y entrevistaré a una persona que le conoce
Le entrevistaré y estudiaré el contenido de su entrevista brindada en la investigación.	Únicamente podré estudiar el contenido de su entrevista brindada en la investigación	Estudiaré el contenido de su entrevista brindada en la investigación y entrevistaré a una persona que le conoce	
7) Tras entrevistarme con el(a) testigo o con la persona que le conoce, ¿Cuáles de las siguientes preguntas puedo contestarme?			

**Tabla 2: Entrevista**

A tomar en cuenta al momento de entrevistarse con un(a) testigo.

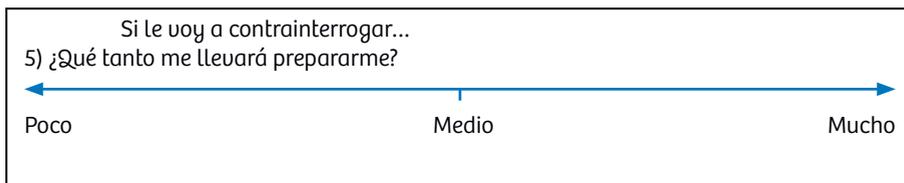
<b>Hechos</b>
1) ¿Cómo se enteró de los hechos?
2) ¿Qué ocurrió / observó?
3) ¿Cómo logró observarlo?
4) ¿Dónde estaba cuando ocurría eso?
5) ¿A qué distancia, más o menos, del lugar de los hechos?
6) ¿Por qué dice que pudo verlo?, ¿Cuáles eran las condiciones de iluminación?
7) ¿Usted estaba sobrio(a)?
8) ¿Con quién estaba?
9) ¿Qué hizo mientras estaban ocurriendo los hechos?
10) ¿Ha hablado con alguien acerca de esto?
11) ¿Qué ha comentado?
12) ¿Con quién estaba cuando habló de esto?
<b>Relación del(a) testigo con otras personas</b>
1) ¿Conoce a la víctima / imputado / otros(as) testigos?



<p><b>Tipo de información</b></p> <p>4) Lo que dice el(a) testigo...</p> <p>Favorece más de lo que daña <span style="float: right;">Daña más de lo que favorece</span></p>
<p><b>Estrategia</b></p> <p>5) ¿Qué podría hacer?</p> <p>Ofrecerlo como medio de prueba para interrogarle <span style="float: right;">Esperar que la contraparte lo haga para contrainterrogarle</span></p>
<p><b>Tipo de examen</b></p> <p>6) He de centrar mi examen durante el proceso en...</p> <p>Interrogarle Para probar la información valiosa <span style="margin-left: 100px;">Contrainterrogarle Para desvirtuar al(a) testigo</span> <span style="float: right;">Contrainterrogarle Para resaltar lo que favorece a mi caso</span></p>

**Tabla 4: Análisis para el examen del(a) testigo en el proceso**

<b>Reflexión</b>
<p><b>Carácter</b></p> <p>1) Tras dialogar con esta persona me quedo con la impresión que el(a) testigo es...</p> <p>Introvertida <span style="float: right;">Extrovertida</span></p>
<p><b>Expresión</b></p> <p>2) Según percibo el(a) testigo tiene...</p> <p>Pocos recursos verbales <span style="float: right;">Facilidad de palabra</span></p>
<p><b>Disposición</b></p> <p>3) Su ánimo para ir a declarar en un juicio es...</p> <p>Poco <span style="margin-left: 100px;">Medio</span> <span style="float: right;">Alto</span></p>
<p><b>Preparación</b></p> <p>Si le voy a interrogar...</p> <p>4) ¿Qué tanto me llevará preparar a este(a) testigo?</p> <p>Poco <span style="margin-left: 100px;">Medio</span> <span style="float: right;">Mucho</span></p>



## 2. Guiones para preparación de examen de testigos

Una vez se haya realizado el análisis de la guía propuesta, se estará en condiciones de prepararse para interrogar o contrainterrogar. Repito, esto es lo que cualquier persona que ha litigado hace. Lo que estoy proponiendo acá es sistematizar ese proceso de análisis. Pues bien, para prepararse ante el interrogatorio propongo el “guion para planeación del interrogatorio” (Ver tabla 5). Este documento exhorta a ordenar la forma en que se presentarán a los testigos, siendo consciente del criterio utilizado para ello, luego se invita a definir los temas y detalles que se abordarán con cada testigo, teniendo en mente qué es lo que se pretende probar, cerrando con la identificación de a qué testigos se han de rehabilitar y cómo hemos de prepararnos para ello. ¿Qué sigue? La propuesta es analizar el resultado del interrogatorio con el “guion de evaluación del interrogatorio después de realizárselo a cada testigo” (Ver tabla 6), el cual exhorta a recordar el objetivo por el cual se interrogaba a determinado testigo, auto evaluar qué tanto se logró, a plasmar la percepción que el interrogatorio dejó en cuanto a la seguridad del testigo y cómo la información que vertió ayuda al caso. El guion invita también a resumir cómo se abordaron los temas y detalles en el interrogatorio. Por último, cierra con el análisis del contrainterrogatorio que se le pudo haber practicado al testigo que nosotros interrogábamos.

Para prepararse a contrainterrogar encontrará el “guion para planeación del contrainterrogatorio para cada testigo” (Ver tabla 7) el cual invita a definir por qué se hará, así como los temas que serán tratados con el testigo. Enseguida el guion va más allá y exhorta a identificar sobre qué aspectos se preguntará y las preguntas que han de prepararse para ello. El guion invita también a cotejar lo que el testigo de la contraparte haya dicho al ser interrogado en relación con lo que había dicho en su entrevista durante la investigación. Por último, este guion invita a evaluar la impresión que ha dejado el testigo tras concluido su interrogatorio, para contestarnos si se mantendrá la idea de contrainterrogarle o no. Nuevamente, ¿Qué sigue? Sigue evaluar cómo se hizo el contrainterrogatorio. Para ello propongo el “guion de evaluación del contrainterrogatorio después de realizárselo a cada testigo” (Ver tabla 8) con el cual se invita a examinar qué se logró del objetivo trazado previamente para contrainterrogar, así como, lo que se haya hecho, si al momento de estar desarrollándose el interrogado, nos diéramos cuenta que el testigo diera información distinta a la que había expresado en

la investigación y/o hubiese omitido algo de nuestro interés; es decir, el guion invita a evaluar qué se hizo, si durante el desarrollo del interrogatorio surgiera la necesidad de evidenciar alguna contradicción o refrescarle la memoria al testigo. El guion invita a analizar qué impresión dejó el testigo, y el nivel de daño que el contrainterrogatorio pudo haber causado a la contraparte. Por último, el guion exhorta a recrear el contrainterrogatorio, indicando si los temas sobre los que se quería hablar fueron o no abordados y qué información salió a luz. A continuación, los referidos guiones.

### Guiones para preparación de examen de testigos

**Tabla 5: Guion para planeación del interrogatorio**

<b>Mis testigos</b> Interrogaré a...	Testigo 1 Testigo 2 Testigo 3 Testigo 4	
<b>Su presentación</b> El orden de su presentación será...	Testigo 1 Testigo 2 Testigo 3 Testigo 4	
	<b>Criterio de presentación</b> Esto responde al criterio de...	Primero el testigo más creíble ( ) Primero el testimonio más creíble ( ) Por último el testigo más creíble ( ) Por último el testimonio más creíble ( )
<b>Pretensión al interrogar</b> Al interrogar a esta persona busco que... Voy tras la siguiente información...		
<b>Temas</b> Los temas a tratar con cada testigo serán...	<b>Detalles a destacar</b> Los detalles que quiero destacar son...	
<b>Testigo 1</b> Tema 1 Tema 2 Tema 3	<b>Testigo 1</b> Detalle 1 Detalle 2 Detalle 3	
<b>Testigo 2</b> Tema 1 Tema 2 Tema 3	<b>Testigo 2</b> Detalle 1 Detalle 2 Detalle 3	
<b>Testigo 3</b> Tema 1 Tema 2 Tema 3	<b>Testigo 3</b> Detalle 1 Detalle 2 Detalle 3	

<b>Testigo 4</b> Tema 1 Tema 2 Tema 3		<b>Testigo 4</b> Detalle 1 Detalle 2 Detalle 3	
<b>Prueba</b> Así probaré que...			
<b>Rehabilitación</b> Voy a rehabilitar a...  Porque...  Y lo haré preguntando...	¿Cuántos de mis testigos requieren ser rehabilitados(as)?		
	<b>Testigo 1:</b>		
	¿Motivo para rehabilitarle?		
	¿Qué preguntas prepararé para ello?		
	<b>Testigo 2:</b>		
	¿Motivo para rehabilitarle?		
¿Qué preguntas prepararé para ello?			

**Tabla 6: Guion de evaluación del interrogatorio después de realizárselo a cada testigo**

<b>Nombre del(a) testigo</b>			
<b>Evaluación de la pretensión</b> Tras interrogar a esta persona logré que...			
<b>Intención original de interrogar</b> Sacar a luz información sobre...		<b>¿Qué tanto se logró?</b>	
- Los hechos	( )	- Mucho	( )
- La persona de la víctima	( )	- Medio	( )
- La persona acusada	( )	- Poco	( )
- Otro(a)s testigos	( )	- Nada	( )
<b>Percepción en el momento</b>			
<b>Seguridad al hablar</b> El(a) testigo se expresó...		<b>Nivel de impacto</b> La información que brindó la o el testigo causó en mi teoría del caso...	
Muy seguro(a)	( )	- Mucho beneficio	( )
Medianamente seguro(a)	( )	- Beneficio mediano	( )
Dudoso(a)	( )	- Poco beneficio	( )
Muy dudoso(a)	( )		



<b>Temas a tratar</b> Hechos relevantes brindados por el(a) testigo en su entrevista y que afectan o favorecen mi teoría del caso	Tema 1	
	Tema 2	
	Tema 3	
<b>A partir de su entrevista y/o información obtenida durante la investigación</b> Si lo que pretendo es...		
<b>Restar credibilidad al testigo</b>	<b>Restar veracidad a su testimonio</b>	<b>Resaltar información que favorece mi TC</b>
Preguntaré acerca de: - Su relación con la víctima ( ) - Su relación con el imputado ( ) - Sus antecedentes ( )	Preguntaré acerca de: - Su percepción de los hechos ( ) - Lo ilógico y/o increíble de su relato ( ) - Lo contradictorio de su relato ( )	¿Qué preguntas preparé para hablar de esto?
¿Qué preguntas preparé para hablar de esto?	¿Qué preguntas preparé para hablar de esto?	
<b>Entrevista vs Interrogatorio</b>		
<b>Entrevista</b> Lo que yo sé que la o el testigo ha dicho en su entrevista durante la investigación	<b>Interrogatorio</b> Lo que la o el testigo acaba de decir aquí en juicio al ser interrogado(a)	
Lo que la o el testigo reveló durante la investigación y que es importante para mi teoría del caso fue que...  Tema 1. Tema 2. Tema 3.	Esta o este testigo, con relación a la información importante, para mi teoría del caso acaba de decir que...  Tema 1. Tema 2. Tema 3.	
<b>Cruce de versiones</b> De lo dicho en la entrevista y el interrogatorio concluyo que esta o este testigo...		
Dio la misma versión ( ) Se contradijo ( ) Omitió algunas partes ( ) Agregó algo nuevo ( )		
<b>Misma versión</b>		<b>Contradicción</b>
Básicamente lo que escuché coincide con la versión dada anteriormente Sí ( ) No ( )	Ahora en lugar de decir lo que había manifestado antes dijo que...	
	La contradicción es relevante Sí ( ) No ( )	
<b>Sobre la omisión</b>		<b>Información nueva</b>
Lo que faltó que la o el testigo dijera fue...	Además de lo que ya había dicho, ahora este(a) testigo dijo que...	

Esta información es relevante Sí ( ) No ( )	La información que agregó es relevante Sí ( ) No ( )
<b>Percepción en el momento</b> Tras presenciar su interrogatorio me quedo con la impresión de que...	
<b>Seguridad al contestar</b>	<b>Nivel de daño</b>
El(a) testigo respondió: - Muy dudoso ( ) - Dudoso ( ) - Medianamente seguro ( ) - Muy seguro ( )	La información que brindó la o el testigo causó en mi teoría del caso - Ningún daño ( ) - Daño mediano ( ) - Mucho daño ( )
<b>¿Mantengo mi decisión de conainterrogar?</b>	Sí ( ) No ( )

**Tabla 8: Guion de evaluación del conainterrogatorio después de realizárselo a cada testigo**

<b>Nombre del(a) testigo</b>	
<b>Evaluación de la pretensión</b> Tras conainterrogar a esta persona logré que...	
<b>Intención original de conainterrogar</b>	<b>Lo que hice tras escuchar el interrogatorio</b>
- Restarle credibilidad al(a) testigo(a) ( ) - Restarle veracidad al testimonio ( ) - Resaltar información que favorece mi teoría del caso ( )	- Evidencié contradicción ( ) - Refresqué memoria ( )
<b>¿Qué tanto se logró?</b>	
La intención original del conainterrogatorio la alcancé... - Mucho ( ) - Medio ( ) - Poco ( ) - Nada ( )	Lograr objetivos adicionales a lo planeado originalmente, dadas las circunstancias lo alcancé... - Mucho ( ) - Medio ( ) - Poco ( ) - Nada ( )

<b>Percepción en el momento</b>			
<b>Seguridad al contestar</b>		<b>Nivel de daño</b>	
El(a) testigo respondió al conainterrogatorio:		El conainterrogatorio causó en la teoría del caso de la contraparte:	
- Muy dudoso	( )	- Ningún daño	( )
- Dudoso	( )	- Daño mediano	( )
- Medianamente seguro	( )	- Mucho daño	( )
- Muy seguro	( )		
<b>Radiografía del conainterrogatorio</b>			
<b>Temas</b> Los temas que quería abordar se trataron...		<b>Detalles a destacar</b> Los detalles que quería destacar se revelaron...	
<b>Tema 1</b>		<b>Detalle 1</b>	
		Se abordó	
		Sí ( ) No ( )	
Se abordó	Sí ( ) No ( )	Se reveló que...	
<b>Tema 2</b>		<b>Detalle 2</b>	
		Se abordó	
		Sí ( ) No ( )	
Se abordó	Sí ( ) No ( )	Se reveló que...	
<b>Tema 3</b>		<b>Detalle 3</b>	
		Se abordó	
		Sí ( ) No ( )	
Se abordó	Sí ( ) No ( )	Se reveló que...	

## CAPÍTULO VII:

### LAS OBJECIONES

Carla Pratt Corzo<sup>354</sup> (México)

#### 1. Concepto

Objetar es un arte, no se trata de estar en audiencia y objetar por objetar o simplemente por interrumpir, al contrario, tampoco de no objetar nunca. Para realizar dicha tarea de manera exitosa y pertinente, hay que considerar una cantidad importante de factores, ya que deberemos de analizar diversas cuestiones, como por ejemplo nuestra teoría del caso, previo a decidir si debemos decir en audiencia “objeción” o si será mejor mantenernos en silencio. Pero iniciemos por lo esencial, comprender qué es una objeción.

Los Sistemas Acusatorios están regidos por diversos principios como publicidad, intermediación, concentración, continuidad y contradicción, entre otros. Las objeciones son el mecanismo por medio del cual se puede generar un control horizontal a las preguntas de la contraparte y en algunos otros casos inclusive a sus argumentos y manifestaciones (cuestión que puede ser muy debatible y analizaremos con posterioridad). La justicia penal es formal y puede ser vista como un conjunto de formas cuyo cumplimiento asegura la consecución de muchas de sus finalidades y cuya distorsión produce graves males<sup>355</sup>.

Las objeciones son la forma de garantizar el principio de contradicción a las preguntas de la contraparte, permitiendo así que las partes puedan ejercer el control horizontal natural de un Sistema Acusatorio. Es decir, la contraparte podrá objetar aquellas preguntas que considere van en contra de las reglas establecidas en el Nuevo Código Procesal Penal. Una objeción debe ser el producto de que uno comprendió que se ha violado un principio de la evidencia, y por razones tácticas ha decidido oponerse. Como a menudo uno dispone para objetar de menos tiempo

[ 354 ] Actualmente es abogada en asuntos jurídicos de análisis y de litigio en la firma jurídica Pratt Straffon & Asociados. Cuenta con amplia experiencia en litigación oral. Licenciada en Derecho por el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, Maestría en Derecho Penal en la Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo, Maestría en Gobierno y Desarrollo Regional por el Colegio del Estado de Hidalgo, Especialidad en Derecho Penal por la Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo. Ha participado en programas de estudios la Universidad Pontificia de Comillas en Madrid, España y Harvard Extension School en los Estados Unidos de Norteamérica.

[ 355 ] Binder, Alberto. Derecho Procesal Penal. Tomo III. Buenos Aires : Ad.Hoc, 2017.

del que pasa entre el momento en que la luz del semáforo vira al verde y el taxista que está detrás toca bocina, puede suponerse que esta es una tarea abrumadora<sup>356</sup>.

Los Sistemas Acusatorios han traído a Latinoamérica reglas procesales y técnicas de litigación totalmente diversas a las utilizadas en los Sistemas Inquisitivos, ya que ahora hablamos de la mecánica para realizar incorporación y producción de la prueba, si bien es común seguir escuchando el término desahogo, en realidad no es siquiera natural ya de nuestra práctica actual. La prueba testimonial y pericial será producida y la documental y material incorporada. Ahora, dicha producción se hará por medio de las técnicas para interrogar y contrainterrogar:



357

Podríamos afirmar que el interrogatorio, es un ejercicio relativamente libre, ya que, una vez realizada una pregunta, como regla general, tendrá que ser contestada inmediatamente después por parte del testigo o perito. Sin embargo, existe la posibilidad de ejercer un control horizontal de dicha pregunta, por medio de las objeciones reguladas en el Nuevo Código Procesal Penal, controlando así la información que llegará hasta el Juez. Situación similar pasará en el contrainterrogatorio. Ahora, las preguntas que pueden ser objetables dependerán de la norma procesal de cada país, en el caso específico de Perú, hay que observar los numerales 88, 119, 166, 170, 376 y 378, los cuáles analizaremos con detenimiento en relación con las objeciones.

## 2. El catálogo de objeciones en la norma procesal.

Las objeciones se encuentran reguladas dentro del Código en diversos numerales, por lo tanto, para contar con un catálogo claro, habrá que analizarlos en conjunto, lo cual nos permite llegar al siguiente inventario:

[ 356 ] Bergman, Paul. La defensa en juicio. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1995.

[ 357 ] Pratt, Carla. Curso básico sobre Sistema Acusatorio. Ciudad de México : Centro de Estudios Jurídicos Carbonell A.C., 2016.

- Ambiguas.
- Capciosas.
- Sugestivas
- Impertinentes.
- Preguntas de opinión.
- Repetitivas.
- Ofensivas o impropias.

En primer momento, puede ser complejo para el litigante diferenciar una de otra, ya que quizá nuestra mente nos indique de inmediato que dicha pregunta no debe ser realizada y queremos encontrar la causa de ello antes de decir la palabra ¡objeción!; sin embargo, quizá para ese momento, la pregunta ya haya sido contestada y, por lo tanto, ya no sea viable objetarla. Una forma ingeniosa de adaptarnos a esta nueva terminología puede ser, el realizar una pequeña tarjeta, con el catálogo arriba mencionado, y tenerla a la mano en nuestro escritorio en audiencia. De esa forma, en cuanto escuche una pregunta que nos indique nuestra mente que no deba ser realizada, podremos decir de inmediato ¡objeción! (lo cual hará que de manera pronta se tenga que detener el testigo para responder la pregunta), mientras bajamos la mirada rápidamente a nuestra tarjeta y determinamos cuál es la causa de la objeción, para hacérsela saber al Juezador. Por supuesto, que esta tarea servirá para nuestras primeras audiencias, a la larga, será información que nuestra propia mente nos permitirá generar de manera pronta y clara.

Ahora, analicemos las causas por las cuales podemos objetar una pregunta de acuerdo con la norma:

- a. Las preguntas ambiguas son aquellas que pueden referirse a hechos diversos, es decir, es una pregunta imprecisa, ya que no tenemos claridad al tema sobre el cual se refiere. Por ejemplo, si el testigo acaba de referir que en esa fiesta se encontraban sus amigos Juan, Pedro y Miguel, y el litigante le pregunta ¿cómo estaba vestido?, sería una pregunta ambigua, ya que no tenemos claridad sobre a quién de los sujetos se refiere.
- b. Los cuestionamientos capciosos son aquellos que generan confusión en la mente de la persona a quien se está cuestionando y que se busca inclusive en algunos casos generar dicha confusión, es decir, engañar.
- c. Las preguntas sugestivas son aquellas que llevan implícita la respuesta en la misma pregunta. Debemos de tomar en cuenta, que estas son permitidas en el desarrollo del conainterrogatorio, es decir, solo están prohibidas en el interrogatorio. El poder sugestivo de las preguntas que se formulan a los

testigos y víctimas de delitos no solo es admitido por la propia L.E. Crim al prohibir las preguntas sugestivas, sino que ha sido ampliamente investigado a lo largo de la historia de la Psicología como ciencia<sup>358</sup>.

Ahora, es importante tener cuidado con lo que yo llamo la sugestividad escondida, ya que es viable que una pregunta parezca que es abierta, comenzando con un qué, quién, cómo, dónde, cuándo, etc., lo que nos haría pensar que no hay ningún problema, sin embargo, en el resto de la pregunta se agrega información que el testigo jamás había mencionado, haciéndola sugestiva, por ejemplo, si en un interrogatorio Ministerio Público le está haciendo preguntas a su testigo:

Ministerio Público: ¿Qué pasó después?

Testigo: Pues en ese momento fue cuando llegó un vehículo y vi que se bajaron varias personas de él.

Ministerio Público: ¿Quién se bajó de ese vehículo azul?

Defensa: Objeción, pregunta sugestiva.

Cómo podemos observarlo en la pregunta subrayada, en primer momento parecería que es una pregunta abierta al comenzar con quién, sin embargo, al observarla con cuidado podemos ver que se menciona el color azul del vehículo, cuando el testigo jamás había mencionado que era de ese color, por lo tanto, es una pregunta sugestiva y sería objetable.

Ahora, es común que se ubique con claridad en el tema de técnicas de litigación oral, las preguntas abiertas y sugestivas, pero muchas veces desde la teoría no tenemos claridad de la diferencia de estas últimas con las cerradas y eso genera un gran daño en las audiencias. En el caso de las objeciones es esencial recordar que el interrogatorio se debe realizar con preguntas abiertas, realizar algunas cerradas y evitar las sugestivas. Entendemos por preguntas abiertas, aquellas en las cuales, se permite que el testigo pueda relatar de manera relativamente libre, es decir, aquellas que comienzan con: qué, quién, cómo, dónde, cuándo, por qué, para qué. Esto permitirá que el testigo o perito, pueda relatar los hechos, lo cual genera credibilidad, al tener la impresión clara, de que él verdaderamente los conoce y por ello es capaz de exponerlos. También puede combinar el litigante, el uso de algunas preguntas cerradas, es decir, aquellas que son realizadas con la finalidad de

---

[ 358 ] Pérez-Mata, Nieves y Diges, Margarita. La prueba testimonial. Ciudad de México: Centro de Estudios Jurídicos Carbonell A.C., 2017.

precisar cierta información y que solo pueden ser respondidas con cierto tipo de datos. Por ejemplo, si un policía ya nos ha descrito un vehículo por medio de preguntas abiertas, sin embargo, no ha dicho el color, podemos hacerle una pregunta cerrada: ¿de qué color era ese vehículo? Situación relevante en este punto, ya que no debemos de generar confusión entre una pregunta cerrada y una sugestiva y por lo tanto objetar aquello que no es objetable.

Las preguntas cerradas son otro grupo de preguntas admisibles y útiles en el examen directo. Su propósito es invitar al testigo a escoger una de varias respuestas posibles y, por lo mismo, focalizan la declaración del testigo en aspectos específicos del relato. No sugieren al testigo una respuesta deseada, pero tampoco permiten el desarrollo de un relato abierto acerca del caso en los términos propios del testigo<sup>359</sup>.

Sin duda, en el interrogatorio debemos evitar las preguntas sugestivas, que son aquellas que llevan implícita la respuesta. Ello, por dos causas, la primera, porque en ese caso, la información que se está aportando, viene de la boca del litigante, no del testigo o perito, y ello podría tener un alto costo en el ejercicio de valoración. La segunda causa, descansa en las objeciones, ya que la pregunta podría ser objetada, lo cual distrae el Tribunal de la información que es relevante en ese momento y además fragmenta nuestro relato de los hechos. Es vital que el litigante, tenga claridad en su mente, sobre la diferencia entre una pregunta cerrada y sugestiva, como ya se ha mencionado, ya que es común ver en la práctica la confusión que existe sobre estas, lo cual podría generar un gran daño al momento de interrogar al testigo. Por ejemplo, las siguientes preguntas son cerradas:

- ¿Cuál es su estado civil?

- ¿De qué color era el vehículo que acaba de mencionar?

Es claro que todas las personas tenemos un estado civil, por lo tanto, no le estamos sugiriendo nada a la persona. En el caso del automóvil, si ya nos ha referido en una pregunta anterior la existencia de un vehículo y solo le estoy pidiendo el color, es claro que tampoco hay sugestividad, ya que todos los vehículos son de algún color.

También es importante hablar de los casos en los que las preguntas son formalmente sugestivas, pero no así materialmente, por lo tanto, no tendría sentido alguno objetarlas. Veamos para ello el siguiente ejemplo:

---

[ 359 ] Baytelman, Andres y Duce, Mauricio. Litigación Penal. Juicio Oral y Prueba. Santiago: Universidad Diego Portales, 2004.

Testigo: Bueno, en ese momento fue cuando empecé a escuchar unos gritos y me bajé corriendo del vehículo azul y de él se bajaron también más personas.

Defensa: ¿Quiénes se bajaron del vehículo azul?

Si observamos solamente la pregunta, parecería que es sugestiva, sin embargo, en realidad nos encontramos frente a una pregunta que en el fondo no está agregando ningún tipo de información, ya que son cuestiones que el propio testigo había manifestado. En el caso de que se objetara, con establecer esto sería suficiente y no debería de proceder. Por último, otras preguntas sugestivas que en algunos casos se objetan y que tampoco tienen sentido alguno hacerlo, son aquellas que se realizan usualmente al inicio del interrogatorio y que el testigo acababa de mencionar en su individualización al Juez. Por ejemplo, si un policía al momento de llegar a audiencia es individualizado por la autoridad judicial y entre ello le pregunta a qué se dedica y él refiere que es policía, luego dentro de las primeras preguntas del interrogatorio pasa esto:

Ministerio Público: ¿Es usted policía?

Defensa: Objeción, pregunta sugestiva

Pensémoslo por un momento, ¿realmente es una pregunta sugestiva?, si la observamos aislada, claro que lo es, sin embargo, si somos abogados racionales, tendremos claro que la persona dijo en la sala frente a todos hace cinco minutos que es policía, en el fondo la realidad es que sería absurdo objetarla. En el caso de las preguntas sugestivas, son de las más comunes de observar en audiencia en relación con aquellas que son objetables.

- d. En el caso de preguntas impertinentes, entendemos por ellas las que no tienen relación con los hechos. Es decir, aquellas que no tienen relación con la teoría del caso de Ministerio Público, ni con la defensa, tampoco con temas de acreditación. Debemos evitar entender las preguntas impertinentes solo a la luz de los hechos del órgano acusador, ya que nos encontramos en un Sistema Adversarial y si estamos en Juicio, es porque evidentemente hay dos teorías del caso y probablemente dos versiones del hecho, por lo tanto, en un Sistema Acusatorio, la impertinencia deberá ser analizada a la luz de ambas versiones, no de una sola de ellas, por lo tanto, a la luz de los alegatos de apertura de todas las partes, ya que es el momento procesal en el cual en Juicio se establece la postura de cada una de las partes.
- e. Las preguntas de opinión son aquellas que invitan a que la persona cuestionada genere su versión sobre cierta información o lo que ellos

consideran. Los testigos no vienen a una audiencia de Juicio a decir qué es lo que ellos consideran que pasó, ellos están para manifestar aquello que percibieron por medio de cualquiera de sus sentidos. Ahora, el caso de los peritos y testigos expertos es diverso, ya que, por lógica, la naturaleza de sus labores es arribar a una conclusión. Por lo tanto, consideramos que se le podrán hacer preguntas de este tipo. Entenderemos que un testigo experto es aquel que, sin ser ofrecido como perito –porque tomó conocimiento del hecho en forma espontánea, es decir, como cualquier testigo lo haría-, tiene, sin embargo, un conocimiento de cierta especialización en una determinada materia que es relevante para un punto sobre el que prestará declaración. Sin ser exactamente un perito ofrecido como tal, mientras más expertigaje prueben las circunstancias concretas del testimonio, más admisibles (relevantes) se tornan las opiniones o conclusiones de ese testigo en el área de experticia. Debe tenerse presente que “en todo caso”, se trata de un testigo, es decir, alguien que presenció –o puede declarar sobre hechos relevantes para el caso, pero que “además” está dotado de un cierto conocimiento o experiencia que lo habilita para dar opiniones o conclusiones que también son relevantes para el caso, no obstante, no haber hecho un “peritaje”<sup>360</sup>. En otras palabras, hablamos de un especialista en una ciencia, arte, técnica u oficio que es testigo de alguna parte de los hechos y que al tener el conocimiento especializado, sí puede aportar conclusiones que cualquiera de nosotros no sería capaz. En el caso del perito, al ser su tarea natural emitir opiniones, es claro que deben de ser permitidas.

- f. Respecto de la pregunta repetitiva, es importante comprender con claridad su significado, ya que en muchos casos genera confusión en la práctica. Podremos entender por pregunta repetitiva, aquella que ya fue preguntada por el mismo litigante, que además fue respondida y finalmente, que se esté haciendo con la finalidad de entorpecer el proceso. En los Sistemas Acusatorios, hemos comprendido que una pregunta puede ser realizada y respondida por ejemplo a quien interroga y luego, ser preguntada de nuevo por la contraparte, lo cual debería ser permitido, ya que podrá estar realizando esa pregunta, para arribar a una finalidad diversa que quien interrogó. Es decir, si dicha cuestión la preguntó el Ministerio Público y le fue respondida, pero luego en el contrainterrogatorio la defensa la realiza, la pregunta no debería de ser objetable. De igual forma, para que sea objetable tiene que ser respondida, es decir, por ejemplo, si cómo técnica de contrainterrogatorio se le hace una pregunta al testigo, pero responde otra cosa y entonces le volvemos a preguntar lo mismo, la pregunta no sería objetable, por ejemplo:

---

[ 360 ] Duce, Mauricio. La prueba pericial. Buenos Aires : Ediciones Didot, 2013.

Defensa: ¿Se bajó de un vehículo azul?

Testigo: Bueno, en ese momento fue cuando empecé a escuchar unos gritos.

Defensa: ¿Descendió de un vehículo azul?

Testigo: Los gritos que escuché eran horribles

Defensa: ¿Se bajó de un carro de color azul?

Lo que acabamos de observar es una técnica de control en el contrainterrogatorio, que indica que en aquellos casos en los que el testigo no quiere responder, se le pregunte lo mismo tres veces, situación que tiene soporte psicológico y que, en la mayoría de las situaciones, cuando un testigo no quiere contestar, si se quiere generar control, esta será una excelente forma. Ahora en este caso, las preguntas no serán objetables, por una razón muy sencilla y es porque el testigo no ha respondido.

- g. Ofensiva o impropia son las preguntas que tienden a ofender, podrán ser aquellas que afectan la dignidad humana del interrogado.

Sin duda, generar un catálogo de aquello que es objetable en la norma, no es tarea sencilla, ya que se tienen que analizar diversos numerales para ello, entre los cuáles son 88.4, 170.5, 170.6, 166.3, 166.1, 376.2, 378.2, 378.4 para poder arribar a las conclusiones que hemos señalado.

Aunado a dicho catálogo que se desprende de la norma, existe un largo debate, sobre si es viable objetar bajo presupuestos diversos a los del Nuevo Código Procesal Penal o si el catálogo de este limita al litigante y por lo tanto al Juezador. Como lo han manifestado Andrés Baytelman y Mauricio Duce "la idea de proteger la calidad de información ofrecida por el testigo en el juicio y proteger el entorno de juego justo para las partes lleva a múltiples manifestaciones específicas a partir de las cuales es posible desarrollar otras causales de objeción"<sup>361</sup>.

Consideramos como un ejercicio válido, el que permita el Juezador que se objetan cuestiones diversas a las reguladas en el Nuevo Código Procesal Penal, sin embargo, se debe hacer un análisis a conciencia de cuáles objeciones podrían ser o no válidas en nuestro Sistema Acusatorio, y no tomar como válido, por ejemplo, todas las objeciones permitidas en el sistema anglosajón, el cual, en muchos casos, se enfrentara a jurados, figura que no tenemos contemplada en Perú. Algunas de las objeciones que se observan de

---

[ 361 ] Baytelman, Andres y Duce, Mauricio. Litigación Penal. Juicio Oral y Prueba. Santiago : Universidad Diego Portales, 2004.

manera común en la práctica, son las siguientes:

- a) Los cuestionamientos poco claros, son aquellos que son incomprensibles, es decir, que la persona a la que se le hace la pregunta no sería capaz de advertir lo que se le cuestiona, en otras palabras, es una pregunta inentendible.
- b) Las preguntas irrelevantes, son aquellas que sí tienen relación con los hechos, sin embargo, no aportan información valiosa a las teorías del caso de las partes. De igual forma, son consideradas aquellas que se refieren a hechos que fueron materia de acuerdos o convenciones probatorias en la intermedia.
- c) Las preguntas argumentativas, se comprende como las que ponen un presupuesto en ellas, buscando que el testigo o perito se pronuncien al respecto. Aquí aplicaría la misma excepción que ya hemos explicado, para los peritos o testigos expertos.
- d) Las preguntas que pretenden coaccionar al testigo son aquellas que presionan a la persona, más allá de la línea de lo permitido. Por ejemplo, en un contrainterrogatorio, si el litigante le está gritando al interrogado o señalándolo, podrán entenderse como preguntas que buscan coaccionar y ser objetadas.
- e) Las preguntas que contienen más de un hecho también son conocidas como complejas o compuestas, son aquellas que cuestionan varios hechos en ellas. Por ejemplo, ¿quiénes se encontraban en la fiesta? ¿cómo estaban vestidos? y ¿qué estaban haciendo? Es esencial que se realice una pregunta para cada uno de esos hechos, de manera separada.

Es importante que el litigante y autoridad judicial tengan claras las objeciones sobre las cuales se podrá desarrollar la audiencia, para que dicho ejercicio sea efectivo.

### **3. La mecánica de la objeción en audiencia.**

La objeción debe ser un ejercicio ágil, que permita mantener el desarrollo de la producción e incorporación de la prueba, es decir, dicha rapidez permitirá proteger lo más importante que está sucediendo en ese momento en el Juicio, el relato del testigo o perito, sobre aquello que le consta. De lo contrario, quien más perdería sería el propio litigante, ya que si se deteriora el desarrollo en el relato de los hechos que está realizando, será claro que la historia que los Jueces reciben sufriría un daño irreparable.

¿Cómo debemos objetar? La objeción debe ser realizada por la contraparte, inmediatamente después de que la pregunta ha sido terminada de realizar y antes de que sea contestada. Es suficiente con que, al hacerlo con voz clara, se diga la palabra “objeción” y la causa de la objeción, por ejemplo:

- ¡Objeción, poco clara!
- ¡Objeción su señoría, poco clara!
- ¡Objeción, pregunta poco clara!

Como regla general, no es necesario que funde y motive el litigante al momento de objetar, más allá de lo ya mencionado, debido a que no es un acto de molestia. Desafortunadamente en algunos casos la autoridad judicial exige al litigante un argumento más amplio, totalmente innecesario, ya que con la información que recibe podrá ser suficiente para resolver en la mayoría de los casos. Luego de ello, el Juez le dará el uso de la voz a la contraparte (en el siguiente párrafo observaremos que no tiene que hacerlo en todos los casos) para que se pronuncie al respecto y luego resolverá. Ahora veamos todos esos pasos a detalle.

De los puntos anteriores, surge una pregunta más ¿deberá el Juez al momento de resolver escuchar siempre a la contraparte?, la respuesta es no en la mayoría de los casos. Sin embargo, la realidad es que existen tres teorías al respecto sobre la forma en la cual el Juez puede conducir el debate en este punto. Una de ellas es quizá la más rígida y que no comparto, en la cual se establece que, en aras de privilegiar el principio de contradicción, en todos los casos se le tiene que dar el uso de la voz a la contraparte para resolver, situación que no estoy de acuerdo por razones que analizaremos en unos momentos. La segunda corriente es, digámoslo así, la más relajada y que si bien me parece súper útil en audiencia, considero que es perfecta para el sistema anglosajón, más en el caso de los sistemas y normas latinas no es la más conveniente y es aquella línea en la cual el Juez casi nunca escucha a la contraparte para resolver la objeción, ya que siendo honesta, en la mayoría de los casos, solo con escuchar la pura pregunta, el Juez claramente sabe ya qué es o no objetable y por lo tanto resuelve de dicha manera. Por último, existe una corriente, digamos, media, la cual considero es la más pertinente de ser utilizada en este caso, ya que como lo hemos mencionado, se debe privilegiar un ejercicio ágil para garantizar la continuidad del interrogatorio y contrainterrogatorio, pero también el principio de contradicción cuando es estrictamente necesario. Por lo tanto, en aquellas situaciones en las cuales el Juggador considere que la objeción no es procedente, favorecerá el principio rector de continuidad y al momento de resolver, no tendrá por qué volver a escuchar a quien hizo la pregunta. De ninguna manera se afecta el principio de contradicción para dicho litigante, ya que, si bien no se le está escuchando para resolver, se está resolviendo a su favor. Situación diversa es cuando el Juez tiene duda sobre la procedencia o no de la pregunta, o

piensa resolver en contra de quien la hizo; en ese caso, se le tendrá que dar el uso de la voz antes de resolver a dicha persona, porque bajo esa situación sí se estaría afectando el principio de contradicción. Sin duda este es un punto medio, en el cual se puede privilegiar al momento de resolver tanto el principio de contradicción como de continuidad.

Lo anterior nos lleva a otra pregunta más. En el caso de que el Juez nos dé el uso de la voz para hacernos cargo de la objeción, ¿cómo lo hacemos? El litigante, al hacerse cargo de la objeción de la contraparte, debe estar sumamente atento a la causa por la cual le han objetado y enfocarse a responder en base a ella. En general los seres humanos no somos buenos escuchando, así es que, si por alguna razón no estamos seguros de la causa, bien podemos pedirle al Juez si la contraparte puede repetirla. Una mala práctica común que se observa en audiencia es que se escuchen ejercicios donde el litigante al momento de hacerse cargo de la objeción comienza a argumentar, o introducir información que el testigo no ha manifestado y que en estricto sentido es a él a quien le corresponder aportarla. Eso no es correcto. Hacerse cargo de la objeción debe de ser un ejercicio breve, concreto y enfocado a la causa específica de la objeción, por ejemplo, si el Ministerio Público está interrogando al elemento aprehensor y en ese momento en el juicio:

- MP: ¿Usted observó a una mujer que se bajó del vehículo?
- Defensa: ¡Objeción, pregunta sugestiva!
- Juez: Hágase cargo Ministerio Público.
- MP: Es información que el propio policía ya había referido su señoría, no es sugestiva.
- Juez: No ha lugar la objeción, conteste la pregunta por favor señor.

Veamos un ejemplo más:

- MP: ¿Quiénes se encontraban en el vehículo?
- Defensa: ¡Objeción, impertinente!
- Juez: Hágase cargo Ministerio Público.
- MP: Su señoría, es información necesaria para mi acusación.
- Juez: No ha lugar, responda la pregunta por favor.

Como observamos, el litigante debe enfocarse a la causa de la objeción, de manera breve y clara, para garantizar la continuación natural de su interrogatorio o contrainterrogatorio. Es decir, no se deben hacer argumentos como los siguientes:

- MP: ¿Usted observó a una mujer que se bajó del vehículo?
- Defensa: Objeción, pregunta sugestiva.

- Juez: Hágase cargo Ministerio Público.
- MP: Su señoría, es que yo quiero que el policía explique que efectivamente, él observó a una mujer que se bajaba del vehículo, ya que esa persona es quien después le entregó el arma de fuego al acusado, la cual utilizó el para disparar, por lo tanto, le pido permita se responda la pregunta.

Es riesgoso que, en este ejemplo, el Ministerio Público, comience a aportar información, ya que ello podría tener después un costo muy importante en la valoración y dañar su caso. Cuando nos hacemos cargo de la objeción, nos debemos enfocar de manera breve a la causa de esta. También podemos hacer uso de otra técnica, en aquellas ocasiones en las cuales, al momento de estar realizando nuestra pregunta, notamos claramente que es objetable y hemos cometido un error. Por supuesto, al segundo siguiente escuchamos la palabra objeción de mi contraparte. Entonces, sería válido que el litigante acogiera la objeción al reformular su pregunta. Veamos el siguiente ejemplo, en el mismo caso del Ministerio Público que está interrogando a su agente aprehensor:

- MP: ¿Quiénes estaban en el vehículo?
- Policía: Se encontraban tres hombres, de los cuales luego supe eran los hermanos Rodríguez Martínez, de nombres Hugo, Paco y Luis.
- MP: ¿Cómo estaba vestido?
- Defensa: Objeción, pregunta ambigua.
- MP: Reformulo su señoría.
- Juez: Adelante.
- MP: ¿Cómo estaba vestido Hugo Rodríguez Martínez?

Esta dinámica permite un desarrollo ágil de la audiencia, en la cual el litigante de inmediato acepta que ha salido de las propias reglas del Código y corrige su error.

Por último, ¿cómo debe resolver el Juez? Él debe determinar si es procedente o no la objeción, sin necesidad de fundar y motivar más allá de ello. Si considera que es procedente la objeción, le pedirá al litigante reformular. Si considera que no es procedente, indicará al testigo que responda<sup>362</sup>.

La objeción debe ser un ejercicio totalmente estratégico, en el cual, antes de objetar, debemos de tener en mente nuestra teoría del caso y los beneficios que nos puede traer o no, dicha objeción.

---

[ 362 ] Pratt, Carla. Litigación Oral. Ciudad de México : Centro de Estudios Jurídicos Carbonell A.C., 2017.

#### 4. ¿Objetar o no hacerlo?

Habrán preguntas que son claramente objetables, otras que podrán quedar en la línea. Sin duda, el primer punto importante es saber detectarlas, pero el siguiente deberá ser determinar si digo ¡objeción! o mejor guardo silencio. Cada situación se debe de analizar a la luz del caso en particular, pero aún dentro de esas particularidades, podemos observar algunas sugerencias útiles. Cuando se está frente a una pregunta que es claro que es objetable en base al Código, no siempre se tiene que objetar, sino que se debe de observar como un ejercicio estratégico y pensar primero si me vendrá bien la información o no que se aportará, ya que inclusive podría ser conveniente para mi teoría del caso lo que el testigo pueda responder.

Objetar no se trata de interrumpir a la contraparte solo por el gusto de hacerlo, ya que no tendría ninguna utilidad, más que retrasar la audiencia, sin embargo, si dicha pregunta es objetable y afecta mi teoría del caso, sin duda alguna debemos hacerlo.

También es importante “medir a la contraparte” y las objeciones pueden ser útiles para ello, ya que, si realiza preguntas que son objetables y aun cuando su respuesta no generará ningún daño a mi teoría del caso, podemos aprovecharlo y será importante ver cómo reacciona el contrario, ya que en algunos casos es muy evidente que pierde concentración al momento en que el Juez nos empieza a resolver las objeciones favorables. Inclusive hay litigantes que su nerviosismo o hasta soberbia y por lo tanto coraje, les impedirá seguir preguntando.

Casi para concluir, quiero terminar con un punto que ha sido intensamente polémico en una gran cantidad países de Latinoamérica: ¿Está limitado el interrogatorio al contrainterrogatorio?, es decir, si en el contrainterrogatorio se hacen preguntas sobre hechos diversos de los manifestados en el interrogatorio, ¿son objetables?, no, no deben de serlo. La base esencial del derecho a defenderse reposa en la posibilidad de expresarse libremente sobre cada uno de los extremos de la imputación. Ella incluye, también, la posibilidad de agregar, además, todas las circunstancias de interés para evitar o aminorar la consecuencia jurídica posible (pena o medida de seguridad y corrección), o para inhibir la persecución penal<sup>363</sup>. Limitar el contrainterrogatorio al interrogatorio, primero, excede los límites de la norma (recordemos, lo que no está prohibido, está permitido), por otro lado, afecta el principio de contradicción y finalmente puede dañar el derecho de defensa del imputado o el derecho a la verdad de la víctima.

---

[ 363 ] Maier, Julio. Derecho Procesal Penal. I Fundamentos. Buenos Aires : Editores del Puerto, 2004.

Claro, en el caso de que la pregunta sea objetable y pueda dañar mi teoría del caso, entonces lo más recomendable será objetar.

## **Bibliografía**

- Baytelman, Andres y Duce, Mauricio. Litigación Penal. Juicio Oral y Prueba. Santiago: Universidad Diego Portales, 2004.
- Bergman, Paul. La defensa en juicio. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995.
- Binder, Alberto. Derecho Procesal Penal. Tomo III. Buenos Aires: Ad.Hoc, 2017.
- Duce, Mauricio. La prueba pericial. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2013.
- Maier, Julio. Derecho Procesal Penal. I Fundamentos. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.
- Pérez-Mata, Nieves y Diges, Margarita. La prueba testimonial. Ciudad de México: Centro de Estudios Jurídicos Carbonell A.C., 2017.
- Pratt, Carla. Litigación Oral. Ciudad de México: Centro de Estudios Jurídicos Carbonell A.C., 2017.
- Curso básico sobre Sistema Acusatorio. Ciudad de México: Centro de Estudios Jurídicos Carbonell A.C., 2016.



## CAPÍTULO VIII:

### PRUEBA MATERIAL Y DOCUMENTAL

*Felipe Marín Verdugo<sup>364</sup> (Chile)*

#### 1. Concepto

De acuerdo a la regulación del CPP, entendemos por prueba documental todo tipo de soporte en el que se encuentre registrado algún suceso, imagen, voz, palabras, números u otros similares<sup>365</sup>. Así, por ejemplo, son documentos las fotografías, los videos, radiografías, cartas o un libro de contabilidad. Por su parte, entendemos por prueba material a cualquier otro objeto tangible que pueda servir como medio de prueba. Es el caso de una pistola, una camisa, una llave, una billetera o una bicicleta. Ambos, documentos y prueba material, son cosas. Como veremos, las cosas tienen ciertas características comunes que determinan cómo deben ser incorporadas y usadas en la audiencia de juicio.

#### 2. Prueba documental y material como medios de prueba

En los sistemas procesales donde el juicio se desarrolla en una audiencia (sistemas orales), es un valor fundamental que la prueba se practique con inmediación y contradicción. Así es también el en CPP, donde se reconocen expresamente ambos principios como valores especialmente relevantes de la prueba<sup>366</sup>. Por su propia naturaleza, sin embargo, las cosas presentan importantes deficiencias para el cumplimiento de ambos valores, especialmente si se comparan con la prueba que consiste en personas que concurren al juicio a declarar (testigos, peritos, imputados). A continuación, explicaremos en qué consisten estas deficiencias.

---

[ 364 ] Director Ejecutivo de la Academia Nacional de Litigación en Chile. Académico y docente especializado en materia de reforma a los procesos judiciales. Entrenador en destrezas de litigación para Ministerios Públicos, Defensorías y abogados privados de diversos países de América Latina. Abogado litigante privado.

[ 365 ] Artículo 185.- Clases de documentos. Son documentos los manuscritos, impresos, fotocopias, fax, disquetes, películas, fotografías, radiografías, representaciones gráficas, dibujos, grabaciones magnetofónicas y medios que contienen registro de sucesos, imágenes, voces; y, otros similares.

[ 366 ] El artículo 356.1 del CPP dispone que "El juicio es la etapa principal del proceso. Se realiza sobre la base de la acusación. Sin perjuicio de las garantías procesales reconocidas por la Constitución y los Tratados de Derecho Internacional de Derechos Humanos aprobados y ratificados por el Perú, rigen especialmente la oralidad, la publicidad, la inmediación y la contradicción en la actuación probatoria. Asimismo, en su desarrollo se observan los principios de continuidad del juzgamiento, concentración de los actos del juicio, identidad física del juzgador y presencia obligatoria del imputado y su defensor".

## 2.1 Deficiencias en intermediación

Usemos una fotografía como ejemplo. ¿Puede un juez apreciar durante la audiencia de juicio una fotografía con intermediación? Si el fiscal incorpora una fotografía al juicio y la exhibe, el juez podrá verla con sus propios ojos. Podremos pensar, entonces, que el juez ha tenido contacto directo con la prueba (sin intermediarios) y, por tanto, que lo ha hecho con intermediación. Y esto será cierto, pero solo en parte. Será cierto en la parte donde la intermediación significa que está prohibido delegar la función de percibir la prueba en otra persona distinta al juez que dictará sentencia. En nuestro ejemplo, nadie le “contó” al juez que había una fotografía en la que se veía tal o cual cosa, sino que el juez la vio personalmente, por lo que habría intermediación. Sin embargo, a pesar de cumplir con esta parte de la intermediación, no se habrá cumplido con otra de sus facetas: el juez no habrá presenciado las circunstancias en que se produjo ese medio de prueba. En el caso de la fotografía, esto significa que el juez no estuvo presente cuando las imágenes fueron captadas y, por lo tanto, no estuvo ahí para controlar, ni siquiera mínimamente, que la información que la fotografía contiene fue producida sin los vicios que la ley intenta evitar en general en la producción de la prueba: capciosidad, engaño, sugestividad, entre otros<sup>367</sup>. Esto mismo, en cambio, sí puede hacerlo cuando recibe la declaración de una persona en la audiencia: el juez estará presente cuando la declaración se produzca en el juicio y atestiguará la forma en la que esta se produce, pudiendo percibir directamente si hay capciosidad, engaño, sugestividad o coacción en su desarrollo. Podrá también intervenir para evitarlo y, finalmente, podrá tomar en consideración estas circunstancias al momento de asignarle peso probatorio en la sentencia.

Nada de lo dicho anteriormente sirve para sostener que en los sistemas orales la declaración de las personas tiene un mayor peso probatorio que el de los documentos o el de la prueba material. El peso o valor probatorio de un medio de prueba no puede ser determinado en abstracto por categorías generales, sino que solo en concreto dependiendo de las particularidades y circunstancias del caso específico. En algunos casos podrá preferirse una declaración por sobre un documento, y viceversa. Lo señalado, en cambio, solo significa que la naturaleza de las cosas limita la posibilidad de detectar sus defectos pues el juez no estuvo presente cuando esa cosa se convirtió en una fuente probatoria y, como consecuencia, no sabremos si cumple con las características que esperamos de los medios de prueba para ser confiables.

---

[ 367 ] Ver artículo 378.4 del CPP: El Juez moderará el interrogatorio y evitará que el declarante conteste preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes, y procurará que el interrogatorio se conduzca sin presiones indebidas y sin ofender la dignidad de las personas. Las partes, en ese mismo acto, podrán solicitar la reposición de las decisiones de quien dirige el debate, cuando limiten el interrogatorio, u objetar las preguntas que se formulen.

Por último, es importante resaltar que todas las cosas presentan esta deficiencia de intermediación. Ellas siempre se habrán convertido en lo que son en otro momento (antes del juicio) y en otro lugar (fuera de la audiencia de juicio y de la vista del juez).

## **2.2 Deficiencias en contradicción**

El problema de las cosas como medios de prueba se agrava si se considera que ellas no son capaces, por su propia naturaleza, de interactuar con el juez, ni con nadie, de la forma en que lo hacen las personas. Así, cuando tenemos alguna duda sobre el significado de las afirmaciones de una persona, le preguntaríamos sobre ello. Sus respuestas podrán servir para aclarar el sentido y alcance de la información que entrega. Esta interacción es especialmente importante en el contraexamen, donde la contraparte puede defenderse de las afirmaciones de los declarantes sometiéndolas a un “control de calidad”, con el cual podrá develar sus defectos en beneficio propio y de la justicia. Nada de esto es posible con las cosas: no pueden ser controladas a través del mecanismo más potente que conocemos para ello, el contraexamen. Esto dificulta defenderse de ellas y facilita aún más sus defectos queden ocultos y las dudas sin resolver. ¿Es realmente esa foto una representación del lugar en que ocurrió el delito? Y si lo fuera, ¿es una representación fiel del lugar? ¿Nos estará induciendo a un error? No podremos saber nada de esto solo teniendo la fotografía a la vista.

## **3. Autenticación**

En este contexto, ¿qué hacer con las cosas para usarlas como medios de prueba confiables en el juicio? ¿Es posible suplir sus deficiencias de alguna manera? ¿Es posible aumentar la intermediación del juez respecto de su forma de producción? ¿Es posible aumentar las posibilidades de contraexaminar a una prueba que no responde preguntas?

La solución a este problema no está en lo que pueda decir el abogado que pretende usar este tipo de pruebas en el juicio. Siguiendo con nuestro ejemplo, si el abogado que ofrece la fotografía afirmara en la audiencia de juicio que esta representa “el lugar donde ocurrió el delito”, no avanzaríamos en nada. Su propia palabra como abogado de uno de los intervinientes no serviría para dar por acreditada esa afirmación. Para hacerlo tendría que declarar en tal sentido, como un testigo más, lo que sería incompatible con su función de abogado en el juicio y probablemente imposible ya que los abogados, al igual que los jueces, entramos en la historia después de que los hechos han ocurrido, por lo que no los hemos presenciado.

La solución, en cambio, consiste en probar que los documentos o la prueba material que cada litigante presenta en el juicio son lo que afirma que son. Este proceso probatorio se denomina “autenticación” de la prueba documental y material. Usualmente se materializa en la declaración de una persona en la audiencia de juicio, que usualmente ha sido llamada también a declarar como testigo o perito sobre el fondo del asunto, a quien se le preguntará, frente al juez, qué es la cosa cuya autenticación se intenta y cómo lo sabe.

¿Cómo la autenticación permite aliviar las deficiencias de la prueba documental y material? ¿Cómo mejora la inmediación y la contradicción? Lo hace pues la declaración de la persona que la auténtica se producirá con la misma inmediación y posibilidades de contraexamen que la de cualquier otro declarante. En otras palabras, al reconocer la cosa, el declarante la hará suya, y la cosa producirá ahora la información que posee a través de la persona que declara. Lo que diga esa persona respecto de la cosa lo hará directamente frente al juez en un interrogatorio cuyas características también serán presenciadas por el juez (con inmediación) y lo que diga esa persona respecto de la cosa podrá luego ser contra examinado por la contraria (contradicción). A lo anterior habría que agregar la ventaja del juramento o promesa de decir la verdad como desincentivo de las declaraciones falsas.

#### **4. Fundamento normativo**

El artículo 382<sup>368</sup> del CPP dispone, en resumen, que la prueba material podrá ser exhibida a los declarantes en la audiencia de juicio durante sus declaraciones. Respecto de la prueba documental, el artículo 384 del CPP indica que será percibida de acuerdo a su forma de reproducción habitual: un documento escrito será leído, un video será visto en una pantalla, un audio será escuchado en algún sistema de sonido, etc.

A pesar de existir buenos argumentos para interpretarlo así, no es claro que el CPP exija la autenticación de la prueba documental y material en la audiencia de juicio como requisito de su admisibilidad, es decir, que estas deban ser autenticadas para estar en condiciones siquiera de incorporarse al juicio y, con ello, de formar parte del conjunto de medios de prueba que podrán ser tomados en consideración por el juez al adoptar su decisión definitiva. Sin embargo, al menos desde el punto de vista de la litigación estratégica que los abogados deben desplegar en juicio, realizar la

---

[ 368 ] Artículo 382. - Prueba material.

1. Los instrumentos o efectos del delito, y los objetos o vestigios incautados o recogidos, que obren o hayan sido incorporados con anterioridad al juicio, siempre que sea materialmente posible, serán exhibidos en el debate y podrán ser examinados por las partes.
2. La prueba material podrá ser presentada a los acusados, testigos y peritos durante sus declaraciones, a fin de que la reconozcan o informen sobre ella.

autenticación es un requisito indispensable: de no hacerlo, se exponen a que las cosas que hayan llevado al juicio no produzcan la confianza suficiente para acreditar los hechos y, por consiguiente, que la contraparte explote esta debilidad y convenga al juez de restarle valor al ponderar la prueba. A fin de cuentas, un documento no autenticado en juicio es solo un pedazo de papel que pudo haber salido de cualquier parte, respecto del cual el juez carece de intermediación y la contraparte de posibilidades reales de contradicción. Por lo anterior, independientemente de que la autenticación sea o no un requisito de admisibilidad de la prueba, sí es un requisito para una litigación eficaz.

Hay que considerar que existen cierto tipo de documentos que no requieren autenticación. Son documentos que, ya sea por su forma de producción estandarizada, sus mecanismos de creación seguros u otra razón análoga, generan la confianza necesaria para dar por entendido que son lo que parece que son. En otras palabras, se trata de documentos que se auto-autentican. En estos casos no será necesario solicitarle a ningún declarante que los autentique y podrán ser incorporados al juicio simplemente a través de su lectura. De todas formas, sigue siendo conveniente exhibirle estos documentos a las personas que declaren en el juicio, no para autenticarlos, sino para enriquecer y fortalecer el caso de la parte respectiva. Esto se logra al hacer interactuar ambas pruebas (declarante y documento) pues, en primer lugar, muestra que lo que señala el declarante tiene prueba más allá de su propia palabra (prueba extrínseca) y, en segundo lugar, permite comprender mejor el aporte probatorio del documento al ser insertado dentro del relato de la persona que declara, dándole contexto.

## **5. Recomendaciones y sugerencias**

### **5.1 Cómo practicar la autenticación**

Para autenticar la prueba documental y material en la audiencia de juicio no existen pasos definidos en la ley. Sin embargo, es muy útil seguir ciertos pasos para poder ejecutarla de una manera fluida y que no interrumpa la litigación, logrando un trabajo limpio que facilite la persuasión.

Paso 1:

En primer lugar, es necesario identificar con antelación quiénes de los declarantes en el juicio están en condiciones de contestar las preguntas de autenticación: qué es la cosa y cómo lo sabe. En un mismo juicio podremos tener varios documentos y objetos que autenticar, como también varios declarantes que están en condiciones de identificar una misma cosa, por lo que realizar adecuadamente este paso se hace más importante. Podemos autenticar nuestra prueba con nuestros propios

declarantes, pero también es posible hacerlo con los declarantes de la contraria. Si esto último es posible, entonces ganaremos puntos en credibilidad pues es la misma prueba de la contraparte la que está de acuerdo con nosotros en que nuestra prueba es o que nosotros afirmamos que es.

#### Paso 2:

Una vez que ya estamos interrogando al declarante que autenticará la cosa, debemos elegir el momento preciso de su declaración en el que le solicitaremos la autenticación. La elección del momento es una decisión estratégica importante. La autenticación no solo servirá para darle mayor credibilidad a la prueba documental o material autenticada, sino que también nos servirá para aumentar la comprensión y sustento de nuestra versión de los hechos. Por ello, es recomendable que la autenticación sea realizada siguiendo los mismos criterios para el orden en las preguntas del examen directo y contraexamen.

#### Paso 3:

Llegado el momento elegido, le exhibiremos la prueba al declarante, preguntándole qué es y cómo lo sabe. Si esto ocurre durante un examen directo, serán aplicables sus normas a la forma de preguntar, lo que básicamente significa que las preguntas de autenticación no podrán ser sugestivas. Es posible también mejorar la fuerza y calidad de la autenticación preguntando al declarante por las características de la cosa antes de exhibírsela. De esta manera, una vez que la describa y luego le sea exhibida una cosa que tiene las mismas características anunciadas, será más claro que esa persona efectivamente sabe de lo que habla.

Las preguntas de autenticación pueden terminar transformándose en un ejercicio mecánico sin contenido si se olvida su objetivo. Así, por ejemplo, si al declarante se le pregunta qué es esto y quedamos conformes si contesta “una pistola”. Que eso sea una pistola probablemente sea evidente por sí mismo y la declaración de alguien al respecto sea innecesaria. La autenticación es necesaria porque requiere algo más: “esa es la pistola encontrada en el lugar del crimen” o “esa es la pistola que tenía en sus manos el acusado” serán el tipo de afirmaciones relevantes para la autenticación. Y por ello también la pregunta sobre cómo lo sabe debe estar dirigida a obtener información creíble sobre los atributos que hacen a esa cosa específica pertinente para el juicio: ¿cómo sabe que esa es la misma pistola encontrada en el lugar del crimen y no se trata de otra similar? ¿Cómo sabe que ésta es la misma pistola que tenía el acusado en sus manos? “Esa es el arma encontrada en el lugar porque fue levantada por mí y puesta en cadena de custodia según el procedimiento...”, “reconozco ésta como el arma que tenía el acusado porque es mía, yo la tenía en mis manos y él me la quitó...”.

#### Paso 4:

Una vez que el declarante ha respondido satisfactoriamente a las preguntas de autenticación, será el momento de usar la cosa: si es un documento escrito se le podrá pedir al declarante que lea alguna parte del mismo, se podrá exhibir alguna parte de una filmación y que el declarante explique lo que ahí aparece, se podrá pedir al declarante que se ponga de pie y muestre al juez cómo el acusado empuñó el arma, etc. Es decir, en este momento podremos incorporar la información que la cosa posee en el contexto del relato del declarante.

### 5.2 Distinción entre documentos y declaraciones previas

Como ya hemos señalado, la inmediación y la contradicción son dos valores probatorios fundamentales de un juicio realizado en audiencia. Ambos son reconocidos expresamente en el CPP. Su protección es vital. De su respeto depende que la audiencia de juicio no se transforme en una pantomima donde, en lugar de presentarse la prueba, solo se lea el expediente del Ministerio Público, pretendiendo que con eso basta para que el juicio sea “oral” pues la lectura se hace en voz alta.

Para evitar ese peligro, el CPP dispone que los testigos deben presentarse a declarar personalmente en la audiencia, como así también lo deben hacer los peritos. También la declaración del imputado debe producirse en el juicio de esa manera. En general, entonces, puede afirmarse que, salvo las excepciones expresamente establecidas en la ley, las personas que tienen algo que aportar al juicio como medios de prueba deben comparecer a la audiencia y decir lo que saben de cara a los jueces. Y esta es, salvo las excepciones expresamente establecidas en la ley, la única forma en que las personas, como medios de prueba, pueden incorporar la información que poseen al juicio. Las partes ni el tribunal pueden disponer algo distinto, pues no hay libertad en la forma de practicar o producir la prueba en el juicio. La prueba debe ser producida en conformidad a la ley.

Si, de acuerdo a la ley, la declaración de las personas solo puede practicarse de manera personal en la audiencia de juicio, surge como una consecuencia natural que las declaraciones que hayan prestado antes y fuera de la audiencia de juicio no pueden ser usadas en lugar de su declaración personal en la audiencia de juicio. Es decir, de la obligación de declarar personalmente en la audiencia de juicio surge una prohibición general de sustitución: las declaraciones prestadas fuera de la audiencia de juicio no pueden ser usadas en lugar sus declaraciones personales prestadas en la audiencia de juicio (de lo contrario no habría inmediación ni posibilidad de contraexamen). Esta prohibición general es aplicable a cualquier tipo de declarante y a cualquier tipo de soporte en el que pueda encontrarse la declaración prestada fuera de juicio (video, papel, audio, etc.).

De esta regla probatoria y su consecuencia surgen algunos problemas: muchos de los medios de prueba que consideramos como “documentos” no son otra cosa que declaraciones de personas prestadas fuera y antes del juicio. Así, por ejemplo, los contratos, las facturas, las cartas, los correos electrónicos, entre muchos otros. Si son declaraciones prestadas antes y fuera del juicio, entonces en principio no podrían ser utilizadas como medios de prueba autónomos en la audiencia, pues estarían siendo usadas en lugar del declarante, sustituyéndolo. Por ende, la única manera de producir la información que contienen estos soportes sería a través del declarante en persona, quien podrá producir la información que tiene directamente frente al juez (inmediación) y ser contraexaminado por la otra parte (contradicción).

¿Sería razonable prescindir de todos los documentos que contienen declaraciones anteriores como medios de prueba autónomos (separados del declarante) para acreditar la existencia de los hechos que afirmamos? ¿Estamos dispuestos a perder toda esta información que podría resultar tan valiosa para determinar los hechos? Si aceptáramos que la prohibición de sustitución tiene este alcance tan amplio, finalmente no habría muchos documentos que podríamos usar además de los declarantes.

¿Cómo distinguir cuándo tiene sentido aplicar la prohibición de sustitución y cuándo no? En otras palabras, ¿qué es un documento y qué es una declaración previa? Este es un problema probatorio especialmente complejo en los sistemas orales. Su solución requiere de la identificación del problema probatorio subyacente y, a partir de allí, de la creación de ciertos criterios que nos ayuden a distinguir.

La respuesta a qué es un documento y qué una declaración previa no la encontraremos en su materialidad. Sea el soporte en el que se encuentren (papel, grabaciones de audio o video, etc.), lo que importa es su contenido: todas siguen siendo afirmaciones realizadas por una persona antes y fuera del juicio. Y la respuesta no la podríamos encontrar en la materialidad de estas pruebas porque la distinción entre una y otra no surge de ahí, sino que de una decisión de política probatoria: ¿hasta qué punto estamos dispuestos a permitir que se incorpore al juicio información proveniente de personas que no han venido a declarar personalmente, frente a los jueces, bajo juramento y sometidos a contraexamen? ¿Hasta dónde estamos dispuestos a permitir que los jueces usen declaraciones producidas sin intermediación ni contraexamen para tomar sus decisiones? ¿Hasta dónde estamos dispuestos a correr el riesgo de que un litigante inescrupuloso preconstituya prueba falsa, la incorpore al juicio y no tengamos mecanismos eficaces para detectarla pues esa prueba se produce sin intermediación ni contraexamen?

Desde el punto de vista de los valores probatorios, entonces, la pregunta no es “¿qué es un documento?” sino “¿qué estamos dispuestos a considerar como

documento?”. Y desde esta idea podemos comenzar a identificar ciertos criterios que nos permitan distinguir.

#### a. Momento

Si las afirmaciones de una persona contenidas en el soporte fueron realizadas antes de que ocurrieran los hechos o en el *momento mismo* en que estos ocurrieron, entonces disminuye enormemente el peligro de prefabricación. Es menos probable que esas declaraciones hayan sido realizadas acomodaticamente para beneficiar posteriormente a la parte que las ofrece, pues en ese momento no se conoce aún el conflicto y ni sus contornos específicos. Imaginemos a un testigo que acaba de ver un accidente de tránsito y que es grabado por otro transeúnte en el momento. En el video aparece gritando “¡el bus pasó con luz roja, el bus pasó con luz roja!” y luego corre a ayudar a las personas accidentadas. Esta grabación sería un medio de prueba que podría usarse autónomamente debido al momento en que fueron realizadas las afirmaciones contenidas en ella. Lo contrario ocurre a la inversa: si las afirmaciones fueron expresadas después de saber que existe un conflicto, conociendo ya sus contornos y manifestaciones específicas, el riesgo de prefabricación de prueba es mayor. Imaginemos ahora un video en el que aparece otra persona, en el mismo lugar de los hechos, pero un tiempo después de ocurridos. Frente a la cámara afirma “sí, yo estaba aquí el día del accidente... vi pasar al bus con luz verde... yo estaba justo de pie en esta esquina, desde donde pueden verse perfectamente las luces del semáforo...”. Esta grabación sería una declaración testimonial encubierta cuya práctica estaría prohibida en el juicio.

#### b. Finalidad

El criterio anterior puede ser complementado con el de la finalidad. Si las afirmaciones de una persona sobre los hechos fueron realizadas *porque* habrá un juicio, entonces se tratará de una declaración prestada fuera de juicio a la que deberá aplicarse la prohibición de sustitución por el alto riesgo de prefabricación sin control que acarrearía recibirla. Este sería típicamente el caso de las declaraciones prestadas ante el Ministerio Público o la Policía.

Por el contrario, si las afirmaciones fueron prestadas con otra finalidad, antes o después de conocer que existe una controversia, entonces el riesgo de prefabricación de información específicamente beneficiosa para la disputa concreta disminuye. Imaginemos que una vez que la acusación ya fue presentada, una de las partes presentó su declaración de impuestos en la que detallaba los ingresos que recibió durante el año, detallando su origen. Como esta sería una declaración realizada con otro fin distinto que fijar la declaración para el juicio, podría ser usada autónomamente y no vulneraría la prohibición de sustitución.

### c. Afirmaciones exculpatorias o incriminatorias de las partes

Por último, los dos criterios anteriores podrán ser complementados con un tercer criterio: si la información contenida en el medio de prueba contiene afirmaciones realizadas por una de las partes, habrá que estar a si ella sirve para inculparla o exculparla. Cuando la declaración ha sido realizada fuera del juicio por una de las partes, cuando ya se sabe que existe un conflicto, con la finalidad de fijar su declaración porque habrá un juicio y contiene afirmaciones que la exculpan, estamos frente al peor escenario: el peligro de prefabricación es evidente. Permitir la incorporación del documento, video o soporte en que se encuentre la declaración queda claramente cubierto por la prohibición de sustitución. Por el contrario, si la declaración fuera de juicio de la parte es prestada incluso cuando ya se sabe que existe un conflicto, incluso con la finalidad de fijar su declaración porque habrá un juicio, pero contiene afirmaciones que la inculpan, entonces el peligro de que haya sido prefabricada para beneficiarse desaparece o, al menos, disminuye ostensiblemente y su uso estaría permitido (por supuesto, el interesado en presentarla sería la contraparte).

Estos tres criterios podrán ser utilizados en conjunto para determinar si el medio de prueba es efectivamente un documento o se trata de una declaración previa que vulnera la prohibición de sustitución y, por ende, debe ser rechazado como un medio de prueba autónomo para acreditar la existencia de los hechos de fondo que son debatidos.

### Bibliografía

- Baytelman, Andrés y Duce, Mauricio, "Litigación Penal, Juicio Oral y Prueba", Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, 2004.
- Blanco, Rafael y otros, "Litigación estratégica en el proceso penal", LexisNexis, Santiago, Chile, 2004.
- Duce, Mauricio, Marín, Felipe y Riego, Cristián, "Reforma a los procesos civiles orales: consideraciones desde el debido proceso y calidad de la información", en "Justicia Civil: Perspectivas para una Reforma en América Latina", Centro de Justicia de las Américas (CEJA), Santiago 2008, páginas 13 a 94.
- Marín Verdugo, Felipe, "Manual de Litigación de Audiencias Orales en la Nueva Justicia Civil de Costa Rica", Centro de Estudios de la Justicia de Las Américas, Santiago, Chile, 2018.



## CAPÍTULO IX:

### ALEGATOS DE CLAUSURA

María Celeste Jiménez Riveros<sup>369</sup> (Chile)

#### 1. Concepto

El alegato de clausura marca el último contacto del abogado con el Tribunal, para exponer su teoría del caso.

A la luz de los principios de la oralidad y la inmediatez que rigen el actual sistema procesal penal, es que resulta imprescindible que el Tribunal conozca de este alegato de forma directa e ininterrumpida.

El alegato de clausura es la última intervención de los litigantes durante la audiencia de juicio oral, que se produce luego de rendida la totalidad de la prueba, cuya finalidad es demostrar argumentando ante los jueces, que la teoría del caso anunciada en el alegato de apertura tiene total sentido y sustento en los medios de prueba.

El objetivo es proponer conclusiones sobre los hechos que se han presentado durante el juicio oral. No agregaremos hechos nuevos, ni medios de prueba, no sorprenderemos con algo inesperado, sin embargo, usando la estrategia podremos, al hilar los argumentos, dar valor a hechos o circunstancias públicas y notorios, que forman parte de la lógica y las máximas de la experiencia.

En palabras de la jurista Leticia Lorenzo, “la mejor forma de definir un alegato de clausura es considerándolo como un proyecto de sentencia: los litigantes dirán al Tribunal *“si yo estuviera en su lugar, fallaría de esta forma por estas razones”*<sup>370</sup>.

No debemos olvidar que todo hecho materia de un juicio ocurre en medio de un contexto socio cultural, y que, a la hora de fundamentar en la sentencia, nada debiera darse por sentado, pero de hacerlo, el Tribunal tendrá que justificar aquel conocimiento dentro del ámbito de ocurrencia del juicio. Por ello es importante que el litigante, durante el proceso penal incorpore al caso todo aquello que debería ser expuesto en el juicio y que sea importante para su teoría del caso, sin perjuicio de que se pueda arribar a convenciones probatorias que faciliten la incorporación para el juicio.

[ 369 ] Máster en Derecho Penal y Procesal Penal Universidad Pompeu Fabra y Universidad de Talca. LLM en Litigación Civil y Penal por California Western School of Law, San Diego, California, EEUU. Forma parte del selecto equipo de Instructores de Litigación de la Alianza Interamericana de Abogacía Oral, San Diego, California.

[ 370 ] Lorenzo, Leticia. Manual de Litigación. Ediciones Didot. 2014. Pág. 241.

Durante todo el proceso, desde el minuto en que se entrevista el abogado con su cliente, o el fiscal con la policía, se está construyendo un alegato de clausura. Por tanto, es importante trabajar los casos en todo momento con miras a un juicio y particularmente con miras a la construcción de un alegato de clausura.

El alegato de clausura versa sobre el contenido del juicio, es una fotografía de autor sobre aquello que ha ocurrido en la sala de audiencia, todo lo que puede ser percibido por los sentidos y comprendido por los jueces, y público. En este sentido, merece destacar el esfuerzo que la judicatura ha realizado en algunos países como Chile para un uso de lenguaje claro y de fácil comprensión por parte de los jueces en la redacción de fallos, y en el desarrollo de audiencias.

## **2. Principios orientadores**

### **2.1. La verdad procesal**

Cualquiera sea la vereda en que se encuentre el litigante, debe recordar que el objetivo del juicio no es establecer la verdad de lo ocurrido en los hechos, sino una verdad procesal que servirá para que quien debe decidir, logre fundamentar aquella decisión en la prueba expuesta. No se trata, por tanto, de un ejercicio de búsqueda de la verdad para la tranquilidad emocional del cliente o de la opinión pública. Grandes y pequeños juicios han tenido vuelcos tremendos en base a una prueba nueva que puede cambiar el curso de la “verdad procesal”. Es así como en los Proyectos Inocente, la búsqueda de la verdad puede tardar años y hasta décadas, con personas privadas de libertad que pudieron tener otra suerte de haber vivido otro juicio, pero por, sobre todo, de haber vivido otro proceso completo. Porque, recordemos, el juicio es el corolario de una denuncia a la que sigue una investigación en objetividad, con actuaciones y diligencias, y finalmente, en el juicio es aquello lo que se expone, el producto de meses y años de investigación responsable.

### **2.2. El principio de inocencia y la duda razonable**

Éticamente los alegatos son un momento importantísimo, conectan a los jueces o jurados con el fin último de lo que nos convoca, son el momento en que los seres humanos que decidirán sobre la libertad y decide un acusado lo harán en justicia, conforme una serie de reglas que hemos trabajado en este manual.

En el alegato de apertura, la consigna es anunciar lo que viene, hechos, información, y recordar siempre al Tribunal o Jurado que quien tienen en frente es un ser humano que nació libre, y que a ellos se les ha entregado el honor de decidir sobre la futura libertad o no del sujeto.

Todo litigante debe tener claro que toda persona que enfrenta un proceso es inocente hasta que se demuestre lo contrario, y como tal debe ser tratado por todos los intervinientes. Detenerse a recordar esto en los alegatos no es redundar en algo conocido, es parte del proceso necesario de aterrizaje de quienes están honrados de fallar el caso, y recordar que deben ponderar en su análisis las pruebas tal como ponderan con certeza cada día de su propia vida.

Los efectos de una sentencia condenatoria, en muchos casos significan la privación de libertad, y siempre la restricción de derechos y la anotación en su hoja de vida para el acusado. Cuando me corresponde alegar, comienzo recordando esto a los jueces, no podemos pedir certezas, pero si verdades procesales, y tan cierto como es el encierro, debe ser el valor de cada medio probatorio y los argumentos con que se podría construir una condena.

Este principio pone en jaque todo el proceso, pues obliga a la reflexión, en el alegato de clausura, sobre el origen de la investigación que nos convoca, y los esfuerzos reales de los operadores del sistema en llegar a un resultado justo. Así es que le recomiendo a todo litigante, que siempre realice el valioso ejercicio de cotejar las horas de investigación y trabajo real de los policías, testigos, peritos, documentos, y el contenido de los medios de prueba versus la cuantía de la pena a que se enfrenta el encartado.

Desde el punto de vista del persecutor, este mismo principio de inocencia enfrentado a la capacidad estatal de investigar, debiera exponerse como el valor de la especialización de los oficiales y testigos, la experiencia de peritos, y, en fin, durante el juicio mismo, trabajar arduamente en la acreditación de sus medios de prueba, para hacerlos dignos de la pena que pretenden sustentar.

### **2.3. Se trata de hechos, no de una “idea de los hechos”**

En el sistema procesal penal adversarial, el principio de seguridad jurídica nos lleva a que debemos conocer desde el inicio del caso los hechos que forman parte de la investigación en contra del encartado. Y, en todo caso, el abogado debe conocer la descripción del hecho, y sus circunstancias, lo que en definitiva constituye la sustancia del caso.

Con frecuencia se ve en Tribunales a las partes litigando durante el proceso alejadas del tenor literal del hecho. La descripción fáctica es lo que nos convoca, los conflictos coetáneos de las partes, o las interpretaciones secundarias que puede dar cualquiera de los intervinientes provocan un efecto adverso en el jurado o jueces, confunden, y pueden llevar a escenarios inciertos.

En definitiva, se trata de que todos enfrentemos el mismo juicio, que todos los intervinientes conengamos en la razón concreta que nos convoca en el juicio, en el detalle de la discusión, siempre veraz sobre lo vertido en el juicio oral<sup>371</sup>.

Es importantísimo aquello a la luz del filtro de ejemplo y origen del sistema adversarial, el sistema de Estados Unidos, en que se limita la prueba de carácter y aquella que pueda distraer y contaminar al jurado de lo que se pretende establecer o no. Todo lo que es una opinión infundada, un parecer, un hecho coetáneo que no podremos someter a prueba, se evita que siquiera aparezca en el juicio. Con mayor razón, debiera dejarse de lado aquello en un alegato de clausura que se pretende sea impecable.

La recomendación desde ya, adelantándome al acápite en que las desarrollaré con mayor detalle, es que en todo momento se mantenga a la vista el texto del hecho de la acusación, y en la clausura se realice un chequeo de cada uno de sus elementos. Se sorprenderán de cuantos juicios se pueden ganar o perder simplemente con ese chequeo.

De ahí surge el aprendizaje para el persecutor, en cuanto desarrolle hechos con una redacción que haga posible su prueba. No pretender probar redacciones de hechos que son imposibles.

Un ejemplo claro es el de los delitos sexuales contra menores de edad, en que la fiscalía debe buscar la forma de redactar el hecho que persigue.

#### 2.4. El alegato de clausura es un prospecto de la sentencia

El alegato de clausura es un cumplimiento de una promesa, ya sea la de haber probado aquello que se anunció en el alegato de apertura, o de que aquello que se prometió por el persecutor, no fue probado, sembrando así la duda razonable para las pretensiones de la defensa.

En esta etapa del juicio el mensaje hacia los jueces o el jurado es directo: si yo estuviera en su lugar, yo fallaría de esta forma. Por tanto, a la hora de construir el alegato debemos hacernos cargo prácticamente, y de manera verbal, de la construcción de una sentencia en su parte medular. La empatía hacia los jueces es fundamental, en ella radica el entendimiento de su trabajo, la importancia de la visión objetiva y no contaminada que a veces nubla a las partes.

---

[ 371 ] Blanco Suarez y otros señalan que “en el discurso de clausura jamás el litigante debe exagerar la prueba que no ha sido rendida. No puede caerse en la tentación de imaginar expresiones que no han sido declaradas por los testigos y peritos”. En: Blanco Suarez y otros. Litigación Estratégica en el Nuevo Proceso Penal. Lexis Nexis. Chile. 2005. P. 246.

En ese orden de ideas, pensar en el lugar de un juez es un ejercicio sabio, como también pedir a terceros, que no tienen idea alguna de derecho o de un caso, que lo conozcan y formulen preguntas. Muy probablemente esas mismas preguntas son las que un juez desearía le sean resueltas en el alegato de clausura, con sus fundamentos en la prueba rendida.

## 2.5. La carga de la prueba

En el sistema adversarial, la carga de la prueba permanece en el Fiscal, es quien acusa y quien instala hechos sobre la causa. El fiscal es quien presenta una acusación, a veces siendo coadyuvado por querellantes o abogados de las víctimas. Dicho de otra forma, antes de la aparición del Fiscal, no hay cargos ni imputado, debe dirigirse una investigación por el que está facultado, y precisamente en ello radica la importancia de recordar a los jueces que quien nos trae a estrados son en primer lugar los fiscales, y en segundo lugar los defensores.

A ese respecto vale señalar que, siendo la investigación dirigida por el Fiscal, es de esperar que cumpla con un estándar de prueba del que hemos referido en párrafos anteriores, y de que aquella verse sobre cada punto de su acusación, y su teoría del caso.

Al enfrentarnos en un juicio, se barajan teorías variadas sobre las cargas de la prueba en los hechos que presenta la defensa como parte de su teoría del caso, y que algunas veces no han sido investigados por el Fiscal. La respuesta debiera ser que quien pretende, debe probar. Así, si una persona pretende su defensa asilándose en la legítima defensa, debiera tener responsabilidad de aportar prueba, pero por sobre ello, debiera el Fiscal demostrar que investigó esa arista del caso responsablemente y pudo desecharla para llegar a sostener que no hay legítima defensa.

Algunos abogados opinan que la defensa tiene una carga de la prueba, que consiste en demostrar que hay “duda razonable”, sin embargo, dependerá del contenido de su teoría del caso, si es pasiva o más bien activa, como en la legítima defensa o en la demencia. En la práctica, la dificultad de las defensas para producir su propia prueba, evacuar investigaciones y peritajes, hace depender de la actuación de los fiscales y agentes del Estado, y llega la defensa a juicio con la sola herramienta de la litigación estratégica en el interrogatorio y contrainterrogatorio, para preguntar lo que no se ha despejado por el propio fiscal durante la investigación. No debiera ocurrir aquello, jamás debiéramos llegar a un juicio para “despejar” la verdad de un caso, sino para exponerla, ya conocida.

Los defectos de un sistema procesal insuficiente y viciado se miden por juicios con estas características, en que nos preguntamos por qué llegamos a juicio si este asunto pudo esclarecerse antes.

En este mismo punto me referiré al tratamiento de la **Prueba de refutación** en el alegato de clausura. Sabemos que en ese último instante el litigante quisiera ser el más estratégico, y el que dispare más certeramente. Pues el gran error de muchos es destinar tiempo en demasía a hacerse cargo de lo que la contraria aun no dice, o destinar minutos valiosos en refutar argumentos más que en construir los propios.

Es bueno anticiparse, es bueno tener prueba de refutación, es parte del ejercicio del valioso principio de la bilateralidad de la audiencia, pero el llamado es a **no actuar a la defensiva, sino defendiendo**. Quien directamente solo ataca, demuestra que algo teme.

En el ejercicio final planteo la importancia del análisis probatorio para la refutación y la necesidad de incluirlo en los alegatos ordenadamente, pero no como un objetivo central del proceso.

## 2.6. Las garantías de un debido proceso

Comenzando un juicio, años atrás, en mi rol de defensora, en el alegato de apertura, le recordé a los jueces que esa audiencia se trataba de garantías infringidas, y que debían volver a ser jueces de garantías por un día. Ante eso se extrañaron, pero pusieron atención en lo que vino después: el juicio fue un desfile de ilegalidades cometidas por el fiscal y agentes del estado en la investigación, y que no se logró que no llegaran a exponerse ante el Tribunal de juicio oral, luego de intentar excluir prueba contaminada en el proceso. En el alegato de clausura, retomé mis palabras de la apertura con más fuerza que nunca, porque efectivamente la promesa de la defensa se cumplía, y era un recordatorio de que toda la judicatura, cualquiera sea su jerarquía o competencia está llamada a sancionar desde el ámbito de sus funciones toda ilegalidad que llegue a su conocimiento. En el alegato de clausura desarrollé argumentativamente cada uno de los elementos de prueba vertidos en juicio que sostenían ilegalidades que llamaban a una absolución, pues vinculaban actuaciones irregulares con medios de prueba falsos.

Esta breve historia nos acerca a algo que jamás un litigante debe olvidar sea cual sea su lugar en la sala de juicio: el abogado que permite pasar ante sus ojos una infracción de garantías del debido proceso y no lo hace ver por el juez, se hace cómplice de una injusticia. Por eso es que creo imprescindible incorporar este filtro en la construcción de todo alegato de clausura. El filtro de legalidad que ha sido bien recibido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el fallo Ruano Torres versus El Salvador, en que impone un castigo por el incumplimiento del debido proceso en el juicio. En el fallo destacan que en el proceso penal no se recibió prueba testimonial de descargo y no se contrainterrogó a testigos por parte de la defensa, derechos que debe ejercer el litigante en resguardo de su defendido.

### 3. Estructura de los alegatos de clausura

Desde el alegato de Apertura se explica al Tribunal o al Jurado que pretendemos pintar un cuadro, pues bien, durante el juicio oral se ha expuesto este cuadro en forma desordenada, con colores y formas en cuanto se fue presentando la prueba.

No hay una receta perfecta para un alegato de clausura, pero si, existen absolutos que no pueden dejar de abarcarse en ese momento procesal, como los hechos versus el principio de inocencia.

Ante la necesidad de ordenar las ideas y los hechos, cobra sentido el diagrama de teoría del caso que todo litigante debiera elaborar y manejar desde el inicio de su caso. Si no lo ha realizado, es su última oportunidad de introducir el orden que se ha perdido en las emociones de la inmediatez, y que los juzgadores esperan con ansias.

En el sistema adversarial, la forma de presentación de prueba comienza en la prueba de cargo y luego la prueba de la defensa. No hay forma de que la defensa pueda controlar el orden en que el fiscal introduce sus medios de prueba, y por eso es necesario que el litigante abandone su propio orden de ideas y comience a llenar su cuadro de teoría del caso con atención y empatizando con los juzgadores, que nada saben del caso hasta que va apareciendo la prueba. Es un trabajo de estrategia y de capacidad probatoria, el decidir cómo se introduce la prueba material y audiovisual para causar un mejor impacto en los jueces, o el momento en que prestará declaración la víctima, o si prescindirá de algún medio de prueba.

Para mejor comprensión de los ejemplos y análisis que siguen, se plantea el siguiente hecho de la acusación:

**Hecho acusado:** *El día 20 de marzo del año 2019 en el domicilio de calle Santa Juana número 456, ciudad de Lima, el acusado Daniel Faúndez, premunido de un cuchillo, ingresó al lugar, llegando al dormitorio de la víctima doña Elisa Rodríguez, a quien procedió a amenazar con el cuchillo, para luego accederla carnalmente por vía anal y vaginal reiteradamente, y luego intentar darle muerte con el arma, no logrando su cometido, y finalmente lesionarla gravemente con el mismo cuchillo en el brazo derecho, para luego huir siendo detenido en su domicilio horas más tarde.*

#### 3.1. Revisión del hecho de la acusación

Una vez terminada la exposición de toda la prueba, lo primero que debe hacer el litigante es **abandonar las ideas y centrarse en lo concreto de los hechos**

**que fueron materia de la acusación.** Es posible que, en el fragor de la lucha testimonial, entre objeciones y preguntas compuestas, todos los testigos hubieran olvidado detenerse a señalar el lugar y la hora en que ocurren los hechos, y en base a algo tan simple, pueda alegarse una absolución por falta de prueba.

Una vez efectuado ese chequeo se sorprenderá que no hay un solo juicio en que la prueba calce como un guante en el hecho que se ha pretendido probar. Quien es Fiscal, aprenderá que debe redactar el hecho de la acusación sobre seguro en cuanto a la prueba que puede ofrecer. Generalmente los errores apuntan a consideraciones subjetivas, el dolo, circunstancias que rodean el núcleo fáctico, que tienen dificultades probatorias en sí mismas. Por tanto, con el tiempo se forja un fiscal hábil en la construcción del hecho, y una defensa que incluso antes de comenzar el juicio ya pueda detectar aquello del hecho en que puede fallar el persecutor.

El compromiso en el litigio es que, para poder condenar, debe probarse el hecho tal como se ha presentado en la acusación. La razón es la seguridad jurídica, que debe reinar dentro del proceso, que el acusado y su defensa sepan en todo momento los hechos de que se acusa, y, por tanto, a que están convocados a controvertir.

### 3.2. Petición concreta y uso del lema y tema

Desde el inicio de todo curso de litigación el abogado se ha conectado con dos elementos importantísimos que suelen ser escasos en las aulas: la humanización de la justicia, y la comunicación efectiva.

La mejor forma de conjugar estos elementos es mediante la construcción clara de un lema, una idea fuerza, un motivo, un tema central, o como quiera llamarle, que logre una conexión inolvidable de su discurso con su destinatario, que son tanto los juzgadores como el público.

La comunicación efectiva y consciente juega un rol importantísimo en el juicio oral, porque “la oralidad” no es solo hablar, sino estructurar una forma de comunicación, llevar un ritmo al expresarse, utilizar el lenguaje corporal, los silencios, las pausas, la velocidad, y con ello, mantener la atención en su discurso. Debemos considerar que en frente se encuentran jueces o jurados que desean tomar nota de nuestros argumentos y peticiones y vincularlas con su propia forma de ver el asunto, por eso, leer sus reacciones mientras se alega es fundamental para medir el rumbo del alegato.

La petición concreta que se efectúa en el alegato de clausura debiera ir tanto al principio como al final, y el lema reiterarse vinculado al bien jurídico protegido por el hecho materia del caso.

El alegato de clausura debe comenzar con algo fuerte y dramático, que capte la atención de los juzgadores, para luego introducir la argumentación y sus conclusiones a la luz de la teoría del caso.

### 3.3. Teoría del caso, conclusiones y proposiciones fácticas

En el diagrama de la Teoría del caso, el litigante ha utilizado criterios para ordenar tanto el hecho acusado, luego separando las proposiciones fácticas, y finalmente organizando la evidencia que se esperaba ver en el juicio. Nada es perfecto, algo pudo faltar, fallar o no ocurrir como se esperaba, y lo único que puede salvar al litigante es regresar a su diagrama y evaluar cómo puede jugar con las evidencias a la hora de concluir, y como defender aquello que pudo quedar en vilo, en base a la misma evidencia con que cuenta.

Al preparar el alegato de clausura, en honor al tiempo, se recomienda agrupar la prueba conforme las proposiciones fácticas, desde la más relevante a la menos importante para el fin del caso. Luego al ejecutar el alegato, comenzar con una conclusión poderosa e indiscutible, basada en hechos claros y concretos, y terminar con algún argumento que sorprenda y cierre sin dejar muchas opciones a los juzgadores de pensar distinto.

La estructura nunca debe ser la de la lista de testigos, se recomienda seguir una estructura de **storytelling cronológica**, o bien, **temática**<sup>372</sup>. En muchos casos penales en que la cronología de los hechos está clara, es útil separar el alegato por temas. En cambio, si se trata de un hecho complejo y la cronología no es muy clara, resulta útil una estructura cronológica en que cada momento se va llenando con la enunciación de la prueba más importante que lo aclara.

Contar la historia con los ojos de sus conclusiones es muy útil, pues va llenando los posibles vacíos de inmediato y con ello previene el aprovechamiento de la contraparte. Una **conclusión** es una visión precisa sobre qué proposición fáctica resulta acreditada por los medios de prueba vertidos en el juicio, y de qué modo debiera ser valorada.

La forma adecuada es **presentar una conclusión y luego los hechos que la fundan**, que fueron materia del juicio.

---

[ 372 ] Lubet, Steven, explica las formas que puede utilizar el litigante para exponer la historia, ya desde un arco continuo, una estructura cronológica, o la lista de los testigos que han declarado. En: Lubet, Steven. *Modern trial advocacy, Análisis and Práctica. 5ta Ed.* . EEUU: National Institute for Trial Advocacy. 2015. p. 435 y siguientes.

Ejemplo: Una conclusión: Elisa fue violada por Daniel.

Hechos:

- Se encontró espermatozoides de Daniel en la cama de Elisa.
- Se encontró huellas de Daniel en diversos lugares de la habitación de Elisa.
- Elisa relata el hecho del acceso carnal por vía vaginal, mediante fuerza y amenazas.

Pero hay algo importante en este ejemplo. Es el **Principio de Corroboración**, que es el gran error del litigante que cree estar seguro solo con los dichos de una víctima creíble.

La jurisprudencia ha avanzado seriamente en este principio, estableciendo que no basta con que una persona diga que algo le ha ocurrido, y parezca creíble, debe haber algo más que corrobore sus dichos, porque cualquiera podría denunciar a otro de hechos gravísimos y esperar una condena. Lo que se requiere a la hora de la argumentación es precisamente dar con la suficiencia de la corroboración.

En los delitos sexuales no suele haber testigos presenciales. Por eso es tan importante dar valor dentro del juicio y en la teoría del caso a los medios de prueba de corroboración y la validez de los métodos utilizados para llegar a conclusiones científicas.

En el sistema chileno, por ejemplo, por mandato legal, el estándar de la convicción requiere que el fallo se fundamente en las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia, y los conocimientos científicamente afianzados.

Se trata finalmente de construir un argumento, no de hacer un resumen de hechos, y hacer un análisis de esos hechos, concluyendo irrefutablemente mientras se va llenando la cronología, o las temáticas que completan el cuadro de la teoría del caso.

Durante todo el proceso, desde el minuto en que se entrevista el abogado con su cliente, o el fiscal con la policía, se está construyendo un alegato de clausura. Por tanto, es importante trabajar los casos en todo momento con miras a un juicio y particularmente con miras a la construcción de un alegato de clausura.

El litigante debe administrar la prueba al ordenar su alegato, porque deberá hacerse cargo de todas las proposiciones fácticas, anticiparse a las conclusiones de la contraparte y hacerse cargo de refutarlas.

### 3.4. Prueba indiciaria y prueba directa

Siguiendo la construcción a la luz de la teoría del caso, es menester desarrollar la diferencia entre la prueba directa y la prueba indiciaria.

La prueba directa es fácilmente reconocible, es aquella que se basta a sí misma, no exige proceso de razonamiento alguno para concluir la proposición fáctica, y no requiere de otro medio de autenticación para lograr validarse. Es una ruta directa y limpia en sí misma.

No podemos imaginar que solo se requiere de prueba directa para lograr un fallo favorable, es posible que de mucha prueba indiciaria se logre una convicción, en la medida que se justifique por el juzgador<sup>373</sup>.

La prueba indiciaria (indirecta, circunstancial), es aquella que no se basta a sí misma para un razonamiento judicial, viene a acompañar a otra para validarla, o bien, cobra valor cuando se une a otro medio de prueba y se potencian para establecer una proposición fáctica. Esta prueba requiere de una inferencia lógica, o de una compañía probatoria que la valide.

La inferencia lógica es un aporte que hace el litigante en su argumentación, que a su vez recoge el juzgador, lo hace suyo, y con eso valida el medio probatorio para la proposición fáctica. Ahí radica la importancia de que en los fallos no solo se enumeren medios de prueba, sino cómo se van hilando con la cultura actual y la lógica para fundar una sentencia.

Un claro ejemplo:

Prueba 1: Declaración de la víctima que relata una violación por vía vaginal en su cama por parte del imputado. (prueba indiciaria).

Prueba 2: Prueba pericial que señala contenido de espermatozoides del imputado en la cama de la víctima. (prueba indiciaria).

Prueba 3: Informe pericial de lesiones de la víctima compatibles con la fuerza ejercida por un tercero que describe en su declaración. (prueba indiciaria)

---

[ 373 ] En este sentido, lo explica Andrés Baytelman y Mauricio Duce: "Prueba directa y prueba indiciaria imponen exigencias distintas a la argumentación en el alegato final, pero cuidado con esas típicas frases que se suelen escuchar de "la fiscalía tiene prueba puramente indiciaria", porque nadie ha dicho que el estándar probatorio -culpable más allá de toda duda razonable- no pueda ser alcanzado, superado y completamente avasallado por la fuerza de la prueba meramente indiciaria". En: Baytelman, Andrés y Duce J., Mauricio. Litigio Penal, Juicio Oral y Prueba. Sed. Edición. Santiago de Chile. 2004. P. 370.

Tres indicios pueden construir un argumento, potenciarse y dar lugar a una conclusión. Un medio hace creíble a los otros. Sobre la declaración de la víctima, a la luz del principio de corroboración debiera considerarse un indicio, no una prueba directa. Ya que la propia víctima que denuncia no valida sus dichos, sino con otra prueba directa o indiciera que la acompañe.

Un testigo presencial del momento en que el imputado de este caso ingresa al domicilio de la víctima puede ser **prueba directa** de la **proposición fáctica de su ingreso al lugar**. Pero la forma de ingreso, con una llave, puede dar lugar a dos interpretaciones o conclusiones, desde que se conocían y había suficiente confianza para su ingreso y pernoctación, hasta que utilizó una llave falsa o sustraída. Todo cambia drásticamente si se agrega un medio de prueba al solo ingreso con una llave. Por ejemplo, si la hermana de la víctima relata que perdió la llave el día anterior, o bien, si la propia víctima relata que el sujeto tenía desde antes una llave.

Este relato es plausible y lógico desde ambos puntos de vista, pero no necesariamente sostenible ante la aparición de un medio de prueba indiciario que incline la balanza hacia un lado. Así es como llegamos a que, en algunos procesos, una pequeña prueba puede fundar la decisión sobre el caso mediante una buena inferencia lógica.

Es importante siempre tener presente lo que nos acompaña en el juicio, **el momento histórico y socio cultural**, y aquello que directamente se establece como **hechos no controvertidos**, eventualmente en **convenciones probatorias**, porque de ahí pueden emanar las inferencias lógicas.

Otro elemento relevante es la **“no contradicción”** entre medios de prueba. Ocurrirá a menudo que dos medios de prueba directos o indiciarios aportan información antagónica sobre una misma proposición fáctica. A primera vista no se anulan, sino que deben ser valorados en concordancia con el resto de la prueba. Y de haber un medio de prueba que lo valide, cobrará mayor peso una determinada versión. Es trabajo del litigante fortalecer su prueba débil vinculándola con otras que le aporten valor.

Al construir nuestro alegato **resulta útil comenzar el proceso de razonamiento de adelante hacia atrás: desde las conclusiones hacia la prueba de los hechos**. El modelo de **coaching integrativo** es ilustrador de este camino: la conexión con la **meta o conclusión** ilumina la búsqueda de un **plan** de construcción, examino los **recursos**, a partir de lo que quiero concluir, busco los ingredientes con que cuento luego del juicio. Si este modelo se mantiene en la mentalidad del litigante le garantiza éxito, porque mantiene el foco en sus metas probatorias durante cada interrogatorio, **ejecuta tareas**, objeta con inteligencia, y no hace perder el tiempo a los intervinientes desviando el objeto final del juicio.

### 3.5. La aplicación del derecho

Es evidente que detrás de los hechos se encuentra el derecho. ¿Como incorporarlo? En el acápite de recomendaciones se entregan algunas luces. En cuanto a la ubicación en la estructura del alegato de clausura, es útil y sutil acercarse al bien jurídico protegido vulnerado. En cada ocasión que sea posible, ya sea como persecutor o como defensor es una buena idea interpretar los hechos a la luz del sentido del derecho, para, sin ser tan obvios ni hablar del tipo penal, introducir poco a poco en la memoria de los juzgadores el sentido último de todo el cuadro que se ha pintado en el juicio, un afán de justicia sobre un interés que como ciudadanos compartimos, como el derecho a la vida, a la indemnidad sexual, a la propiedad<sup>374</sup>.

## 4. Recomendaciones y/o sugerencias

Las sugerencias al litigante abarcan desde la forma hasta el fondo del alegato de clausura. Es importante no olvidar que este momento procesal no está regulado en detalle en ningún sistema procesal, no tiene formas ni reglas que se deben seguir, como el interrogatorio y el contrainterrogatorio, no hay tiempos preestablecidos ni límites. La forma la dará el propio litigante, y los límites temporales muy probablemente los marcará el juez que dirige la audiencia. El alegato de clausura el único momento en que el litigante podrá libremente expresar sus argumentos sobre el juicio que han presenciado.

### a. Racionalidad, proporcionalidad y coherencia de las conclusiones en la construcción del alegato de clausura

El alegato de clausura es un momento procesal valioso y de vital importancia, que, de ser inteligentemente utilizado, servirá para dar el enfoque deseado a los hechos vertidos en la prueba.

Debiera ser obvio, pero nunca es tarde para recordar al litigante, que es de tal valor lo que se discute en un juicio, que toda persona debiera ser capaz de entender lo que está alegando, con total racionalidad y coherencia. No debe el litigante, por tanto, emitir conclusiones imposibles o ilógicas, como que el supuesto violador tropezó y se cayó encima de la víctima y que por esa razón es hallado sobre ella con los pantalones desabrochados y a media rodilla. Una alegación de ese calibre resta total credibilidad a cualquier dicho posterior. Por tanto, observar con racionalidad el contenido de sus dichos, desde un observador independiente y externo, le ayudará a descartar frases o propuestas que solo sepultarían su credibilidad.

---

[ 374 ] Hesbert Benavente desarrolla ampliamente la estructura de la teoría del delito en su propuesta de alegatos de clausura. En: Benavente Chorres, Hesbert. La Construcción del Interrogatorio desde la Teoría del Caso. Boch. 2015. P. 331 y sgtes.

## **b. El alegato de clausura no es un ejercicio de retórica, es un trabajo de argumentación**

Con la llegada de la litigación oral a los sistemas de justicia latinoamericanos, muchos abogados han visto aquello como una oportunidad para visibilizarse y validarse como litigantes a partir de la construcción de un estilo, de una imagen, que se traduce en una forma de desarrollar su discurso. Pues bien, es la oportunidad, pero también es la responsabilidad de no perder la importancia del fondo en medio de los adornos de la forma.

Me refiero a que la retórica está al servicio de la argumentación, y las habilidades de un orador deben ponerse al servicio de una construcción que tiene una organización y un sentido. Es posible ver litigantes que alzan la voz con profunda convicción, pero sin sentido, sin una estructura y sin un fin, y claro está, quienes los vean, dirán “que bonito habla”, pero no necesariamente se convencerán de que aquella es la mejor versión que puede fundar una sentencia, mucho menos, que aquel ejercicio retórico puede marcar la diferencia entre la culpabilidad o la inocencia de un ser humano.

Las habilidades retóricas de un litigante deben trabajarse y practicarse, pero deben ponerse al servicio de una causa. Muchos litigantes confunden sus momentos de alegación como un escenario en el que pueden brillar por 5 minutos captando la atención de los oyentes. Sin embargo, jamás se debe olvidar que el ego mata la causa, y lo que se pretende es precisamente entregar a los jueces o jurado el mayor poder de decisión, enalteciendo su rol y responsabilidad, validándolos por sobre todo interviniente en la sala.

*Las preguntas retóricas* son una herramienta útil, pero debemos ser capaces de entregar la respuesta en forma segura, de lo contrario podemos estar entregando una herramienta útil a la otra parte para hacer su propio alegato, con una mejor respuesta.

## **c. El Litigante debe administrar el tiempo de forma hábil**

En la letra de la ley no hay limitaciones de tiempo, pero en la experiencia no hay alegatos eternos, y ningún alegato debiera extenderse por menos de 1 minuto ni por más de 3 horas. La razón es cognitiva: un ser humano promedio pierde paulatinamente la atención en un alegato o disertación que supera los 45 minutos.

En la experiencia, un alegato promedio de buena calidad debiera extenderse entre 10 a 30 minutos. El tribunal debiera fijar a las partes un tiempo para igualdad de armas, y, en definitiva, dar mismas condiciones de tiempos y espacios. A

primera vista parece muy poco tiempo, pero en la práctica es el tiempo correcto para introducir en la memoria de los jueces eficientemente los argumentos con los que debieran tomar una decisión. Pensemos en un juicio que ha transcurrido durante unos 5 días, en que han declarado unos 15 testigos, unos 4 peritos, se ha presentado unas 100 fotografías, un video y unas 5 evidencias materiales. Pareciera poco pensar en 15 minutos, pero el litigante debe comprender que el alegato de clausura no es una recreación del juicio, sino una argumentación en base a la prueba.

Tomaremos por ejemplo un alegato de 15 minutos. Una forma inteligente de administrar el tiempo en un alegato es distribuir en base a prioridades, primero los minutos en lo infaltable, y luego lo que expondremos como parte central, finalmente aquello que otorga un bálsamo y une las piezas del puzzle.

Un minuto al inicio y al final en reiterar la idea fuerza de la petición concreta. Luego separar unos 5 minutos para un chequeo de los hechos de la acusación que fueron probados, o no probados. Unos 3 minutos para hacernos cargo de la construcción argumentativa a partir de aquella prueba, y un par de minutos para abordar el derecho. Y dentro de la estructura no podemos olvidar al menos 2 minutos para humanizar al cliente, ya sea la víctima, o el acusado.

Visto sea así, es posible administrar cualquier extensión de tiempo en forma eficiente bajo el método de “lo que no se puede dejar fuera” y “lo indiscutible”, que es aquello que podría hacer al litigante ganar el juicio.

#### **d. Humanizar al cliente**

En toda alegación ante un Tribunal, desde los hechos que se anuncian en el alegato de apertura, hasta el alegato de clausura es importante recordar a los juzgadores que estamos ante un juicio en que se conculcan los derechos de personas. Desde el derecho a establecer la verdad procesal y requerir un castigo, por parte de la víctima, hasta el derecho a no recibir un castigo o pena, sea cual sea la naturaleza de aquella. Ambas posiciones deben defenderse con altura de miras y con elementos que debieron exponerse durante el juicio. Se trata de incorporar a la decisión una carga humana, y que no sea simplemente emocional, sino capaz de ser probada y descrita en el fallo por quien juzga.

De igual forma, si es necesario y la teoría del caso radica en la credibilidad o falta de ella por parte de víctima, imputado o testigos, es materia de desarrollo en el alegato de clausura, pero siempre con objetividad. En el sistema norteamericano se limita muchísimo la “prueba de carácter” precisamente porque contamina a los que juzgan. Esto en los sistemas latinoamericanos aún no se desarrolla en orden, los intentos de un proceso libre de subjetividad radican en los jueces, que

deben poner un coto a las partes en sus alegaciones y en la incorporación de pruebas sobre la vida de las personas más allá del hecho materia de juicio.

#### **e. No reiterar un alegato de apertura**

Pudiera parecer obvio, pero no está de más recordar que el alegato de clausura no es una retrospectiva del alegato de apertura, no es un “les dije que...”, sino una construcción discursiva diferente, basada en la argumentación y en conclusiones, con una actitud de seguridad basada en la evidencia vista y no anunciada.

Es por eso que, más allá de la economía procesal que ronda en algunos sistemas procesales, se recomienda que siempre se permita a las partes efectuar por separado, al inicio el alegato de apertura y al final del juicio el alegato de clausura.

#### **f. No reiterar el contenido íntegro de medios de prueba durante el alegato de clausura**

En el desarrollo del alegato de clausura el litigante debe centrarse en “concluir” y hacer recordar pasajes de la prueba con precisión.

Es frecuente ver litigantes que confunden este momento con una revisión de toda la prueba rendida al punto de releer textos extensos de declaraciones de los testigos y peritos, con eso incomodando a los juzgadores, que ya quieren y esperan esta etapa de argumentación. La consigna para filtrar es “todos hemos visto y oído el mismo juicio”, y ahora lo interpretaremos. Basta enunciar y remarcar lo indiscutible, relevante y decisivo para su teoría del caso.

#### **g. Destacar lo indiscutible y construir sobre aquello**

Cuando un abogado pregunta ¿cómo se ganan los juicios? La respuesta es más simple de lo que se espera, se ganan con prueba indiscutible.

Nuestro mejor argumento se construirá en base a ese detalle, o momento probatorio en que surge la limpieza de un hecho indiscutible. Para eso el litigante durante el juicio no solo debió lograr un buen interrogatorio o contrainterrogatorio sobre un hecho, sino que debió trabajar en la verdad que lo sustenta.

En los 5 minutos que a veces otorgan a un litigante para un alegato, debiera ser capaz de elegir entre todo lo que se expuso, uno o dos hechos indiscutibles y construir su argumento para la teoría del caso. Por eso al esquematizar el alegato de clausura debiera comenzar por rescatar y no olvidar “lo indiscutible” y luego, dentro de esa construcción destacarlo en el momento preciso, y poner en aprietos al juzgador al entregarle la obligación de hacerse cargo de su argumento en su fallo.

## **h. El juicio es el juicio, no el expediente**

En el sistema adversarial, el juicio es el momento en que el expediente pasa a ser un recuerdo de una investigación, que puede usarse solo si es estrictamente necesario.

Cada sistema procesal lo ha adecuado a sus propias costumbres, pero en común podemos afirmar que los jueces o jurados resuelven conforme “lo que ocurre” en la audiencia de juicio, y sin la previa lectura de un expediente. Dado que ese expediente es testimonio de la investigación que hizo el persecutor, con -generalmente- escasas construcciones probatorias por la defensa. Una de las razones de la instauración del nuevo sistema adversarial y de la oralidad es precisamente cambiar la lectura de los medios de prueba, en que por el principio de inmediación los juzgadores perciben por sus sentidos cada palabra, gesto y emoción de los testigos, lo que puede ser decisivo, y que jamás hubiera ocurrido con la lectura.

En este capítulo se trata de recordar al litigante que no haga mención a partes del expediente, básicamente porque estaría restando sentido al juicio mismo.

## **i. Hacer la conexión con el derecho, no teorizar en exceso**

Es evidente que los juicios versan sobre los hechos y el derecho, sin embargo, el litigante debe comprender que en su alegato de clausura debe priorizar los hechos en su argumentación y no desarrollar una clase magistral sobre doctrina.

La justa medida está dada en la simple mirada del origen del sistema adversarial, y en la construcción de la teoría del caso, es decir, la lucha sobre la verdad procesal, basada en los hechos.

A saber, el sentido del sistema es ejercer el derecho a controvertir una situación determinada. Al ser resuelta esa situación se afecta directamente el derecho, si es que aquella reviste los caracteres de delito. Por otra parte, si la teoría del caso del litigante defensor se basa en perseguir una recalificación, nuevamente habrá que fundar los argumentos en los hechos, y así construir proposiciones fácticas que, finalmente den sustento a una nueva interpretación jurídica.

Finalmente, el litigante debe cuidarse ante los jueces de no pecar de pretencioso por su amplio conocimiento del derecho y sus interpretaciones. Lo más valioso en cualquier época y lugar es el tiempo, y sin duda su mayor valor en cuanto a la exposición de su conocimiento jurídico será la precisión, breve, tal como un médico que por su experiencia en pocos minutos es capaz de dar un diagnóstico.

En el juicio los juzgadores esperan eso, soluciones y no problemas por parte de los litigantes.

## **j. No tergiversar la prueba**

En este punto regresamos a lo que ya se ha dicho: “el juicio es lo que ha ocurrido en la sala de juicio”, no es la idea que unos u otros tengan de lo que se ha observado. Hay una delgada línea roja entre argumentar y tergiversar, y aquello puede estar basado en la honestidad del litigante. Pretender engañar a partir de interpretaciones no es el objetivo en la argumentación, sino construir proposiciones fácticas que cualquier ciudadano pueda comprender viendo el mismo juicio. De eso se trata la litigación, de inteligencia y no de tergiversación.

El litigante de mala fe se expone a una dura sanción, que es la falta de credibilidad de sus futuras argumentaciones. Mantenerse incólume ante el foro de la justicia debe ser un pilar en la construcción del carácter de un buen litigante. Es lo que se llama “goodwill”, o su marca, su buen nombre, aquello que hace que cuando se abre la puerta de la sala y se descubre su presencia, ya lo rodea un halo de credibilidad.

## **k. El alegato de clausura no es un ejercicio de improvisación**

El alegato de clausura se construye durante todo el juicio oral. En cuanto termina el alegato de apertura y comienza el flujo de la prueba, el litigante debe poner atención en cada elemento probatorio que va llenando sus proposiciones fácticas según el plan que tiene trazado en su teoría del caso. En la marcha puede ocurrir que las partes desechen prueba por estimarla innecesaria o sobre abundante, y ese plan se modifique, o bien se acelere el resultado. En todo momento puede surgir lo necesario para el producto que desea el litigante. Se recomienda en lo posible tomar nota de aquello imprescindible, y con ello evitar olvidos imperdonables en la clausura.

Generalmente los tribunales otorgan un tiempo para que las partes preparen sus alegatos de clausura. En ese tiempo es posible que el litigante aproveche de revisar los medios de prueba uno a uno para ver si tiene sustento su teoría del caso, pero la verdad, a esas alturas ya debiera tener claras sus posibilidades, y más que un chequeo, trabajar en afinar su construcción argumentativa y la forma en que logrará convencer a los jueces o jurados, basándose en herramientas de comunicación verbal y no verbal que ha observado tanto en ellos como en los testigos durante el juicio.

En el momento del alegato de clausura todos los ojos están puestos en el litigante, por tanto, no vale improvisar, si recordar, y mostrarse seguro y entero ante los juzgadores.

Se recomienda dejar de lado las convicciones personales, sin expresarlo directamente, pero una forma eficaz de comunicar aquello es no usar la frase “yo creo que...”, ya que el juicio no se resuelve conforme las creencias de un abogado, sino de acuerdo con los criterios de valoración de la prueba. También debiera dejar de lado papeles y multillas, el alegato es un acto de comunicación directa, esperado y acumulado durante todo el juicio, por tanto, debiera desarrollarse con naturalidad.

## 5. Modelo de alegato de clausura (caso práctico)

En esta sección trabajaremos un ejemplo de construcción de un alegato de clausura basado en una hipótesis de hecho acusado, en que se debe considerar la administración del tiempo, el uso de lemas e ideas fuerza, las conclusiones y los hechos que las fundan, y la estrategia de argumentación de fondo del asunto. También se recomienda enunciar los medios de prueba más importantes que fundan cada teoría, a fin de darles un repaso previo al alegato, o recordar alguna frase notable de las declaraciones. Se trata de dar una recomendación del esquema que debiera seguir el litigante para asegurar un alegato coherente, más allá del estilo particular que desee imprimir en su exposición.

**Hecho acusado:** El día 20 de marzo del año 2019 en el domicilio de calle Santa Juana número 456, ciudad de Lima, el acusado Daniel Faúndez, premunido de un cuchillo, ingresó al lugar, llegando al dormitorio de la víctima doña Elisa Rodríguez, a quien procedió a amenazar con el cuchillo, para luego accederla carnalmente por vía anal y vaginal reiteradamente, y luego intentar darle muerte con el arma, no logrando su cometido, y finalmente lesionarla gravemente con el mismo cuchillo en el brazo derecho, para luego huir siendo detenido en su domicilio horas más tarde.

### 5.1. Estructura del alegato para fiscalía

Frase o Lema: Elisa no pudo defenderse, a puertas cerradas fue violada.

Dominio del tiempo: Se recomienda organizar los tiempos de sus argumentos, conclusiones y peticiones concretas.

Prueba más relevante: La declaración de la víctima. Declaración de la testigo que recoge la develación de la víctima, La prueba pericial psicológica, informe sexológico forense, informe de lesiones de víctima y acusado.

Teoría del caso: Elisa fue violada por Daniel, y por temor denunció al día siguiente, después de develar el hecho a su familia.

Humanización del cliente: Elisa tiene 20 años, Daniel ha destruido su integridad con este hecho que la marcará por siempre.

Prueba de refutación de que debe hacerse cargo: La prueba de la defensa es una testigo que ve como Daniel ingresa y sale con llaves y sin mediar gritos ni

violencia, y Elisa no pide ayuda en las 24 horas siguientes al hecho. Se incorpora prueba de la condena por perjurio de la testigo de la defensa.

Peticiones concretas: Condena por violación y homicidio frustrado.

## 5.2. Estructura del alegato para defensa

Frase o Lema: los vaivenes de la relación de una pareja no son fuente de una violación.

Dominio del tiempo: Se recomienda organizar los tiempos de sus argumentos, conclusiones y peticiones concretas, pero además destinar unos minutos a hacerse cargo de los postulados precisos del persecutor que le hubieren sorprendido.

Prueba más relevante: La declaración de la víctima. La prueba pericial psicológica, informe sexológico forense, testigo que vio entrar y salir al acusado con una llave y que conoce a ambos.

Teoría del caso: Elisa denuncia una falsa violación de Daniel, por despecho, al descubrir que Daniel la engañó con su hermana, que está embarazada.

Humanización del cliente: Daniel es un joven de 23 años, estudia y trabaja, está próximo a ser padre de un hijo con la hermana de la víctima.

Prueba de refutación de que debe hacerse cargo: La credibilidad sobre su cliente y la víctima. La víctima miente por ganancias secundarias que consisten en la venganza contra el acusado por su infidelidad. Debe incorporar en su alegato la argumentación sobre esas ganancias secundarias basada en prueba objetiva: el embarazo de su hermana.

Peticiones concretas: Absolución de todos los cargos.

## Bibliografía

- Baytelman, Andrés y Duce J., Mauricio. *Litigación Penal, Juicio Oral y Prueba, 2da Edición*. Santiago, Chile: Editorial Universidad Diego Portales. 2004
- Benavente Chorres, Hesbert. *La construcción de los interrogatorios desde la teoría del caso*. España: J.M. Bosch Editor. 2015.
- Blanco Suárez, Rafael - Decap Fernández Mauricio, Moreno Holman Leonardo -Rojas Corral Hugo. *Litigación estratégica en el nuevo proceso penal*. Santiago, Chile: Lexis Nexis. 2005.
- Lorenzo, Leticia. *Manual de Litigación*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Didot. 2014
- Lubet, Steven. *Modern trial advocacy, Analysis and Practice. 5th Ed.* EE. UU.: National Institute for Trial Advocacy. 2015.



## CAPÍTULO X:

### LITIGACION ORAL EN AUDIENCIAS DE APELACION DE SENTENCIAS

*Giammpol Taboada Pilco<sup>375</sup> (Perú)*

#### 1. Derecho a la pluralidad de instancias

- 1.1. El art. 139.6 de la Constitución reconoce expresamente a la pluralidad de la instancia como un principio y derecho de la función jurisdiccional. Al respecto, el Tribunal Constitucional tiene expuesto, en uniforme y reiterada jurisprudencia, que el derecho de acceso a los recursos o las resoluciones judiciales es una manifestación implícita del derecho fundamental a la **pluralidad de la instancia**, reconocido en el artículo 139.6 de la Constitución, el cual, a su vez, forma parte del derecho fundamental al **debido proceso** reconocido en el artículo 139.3 de la Norma Fundamental (Sentencias N° 1243-2008-PHC/TC, fundamento 2; N° 5019-2009-PHC/TC, fundamento 2; N° 2596-2010-PA/TC, fundamento 4).
- 1.2. Se trata de un derecho fundamental que tiene por objeto garantizar que las personas, naturales o jurídicas, que participen en un proceso judicial tengan la oportunidad de que lo resuelto por un órgano jurisdiccional sea revisado por un órgano superior de la misma naturaleza, siempre que se haya hecho uso de los medios impugnatorios pertinentes, formulados **dentro del plazo legal** (Sentencias N° 3261-2005-PA/TC, fundamento 3; N° 5108-2008-PA/TC, fundamento 5; N° 5415-2008-PA/TC, fundamento 6; y N° 607-2009-PA/TC, fundamento 51). En esa medida, el derecho a la pluralidad de la instancia guarda también conexión estrecha con el derecho fundamental a la **defensa**, reconocido en el artículo 139.14 de la Constitución.
- 1.3. El derecho fundamental materia de análisis también denominado **derecho a los medios impugnatorios**, es uno de configuración legal, mediante el cual se posibilita que lo resuelto por un órgano jurisdiccional pueda ser revisado por un órgano jurisdiccional superior (Sentencias N° 5194-2005-PA/TC,

[ 375 ] Abogado con maestría y doctorado en Derecho. Docente de postgrado en Derecho Penal y Derecho Procesal Penal. Juez Superior Titular de Justicia de la Corte Superior de Justicia de La Libertad. Ex consejero del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial. Autor de diversos libros y publicaciones en temas de derecho penal y procesal penal.

fundamento 4; N° 10490-2006-PA/TC, fundamento 11; N° 6476-2008-PA/TC, fundamento 7). El hecho de que el derecho a la pluralidad de la instancia ostente un **contenido esencial**, y, a su vez —en tanto derecho fundamental de configuración legal—, un **contenido delimitable** por el legislador democrático, genera, entre otras, una consecuencia inevitable, a saber, que el referido derecho no implica un derecho del justiciable de recurrir todas y cada una de las resoluciones que se emitan al interior de un proceso (Sentencias N° 1243-2008-PHC/TC, fundamento 3; N° 5019-2009-PHC/TC, fundamento 3; N° 2596-2010-PA/TC; fundamento 5, N° 4235-2010-PHC/TC, fundamento 13).

- 1.4. El derecho a la pluralidad de instancias también se encuentra consagrado en normas internacionales ratificados por el Estado Peruano y que, por tanto, forman parte del Derecho interno, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuyo artículo 8.2.h prescribe que “durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: derecho de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior”; y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo artículo 14.5 señala que “toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”.
- 1.5. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha precisado que el derecho de toda persona a un **recurso sencillo y rápido** o a cualquier otro **recurso efectivo** ante los jueces o tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales constituye uno de los pilares básicos, no solo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención (caso Cantoral Benavides, Sentencia de 18/8/2000, párrafo 69; caso Durand y Ugarte, Sentencia de 16/8/2000, párrafo 101; caso Castillo Petruzzi y otros, Sentencia de 30/5/1990, párrafo 184). En nuestro país, el Código Procesal Penal del 2004 —en adelante CPP— en su art. 416.1.a ha reconocido el derecho a las partes a interponer recurso de apelación contra las sentencias, la cual atribuye a la Sala Penal Superior, dentro de los límites de la pretensión impugnatoria, examinar la resolución recurrida tanto en la declaración de hechos cuanto en la aplicación del derecho (art. 419.1 del CPP).
- 1.6. La Corte IDH ha indicado que no basta que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben ser resultados o respuestas a las violaciones de derechos humanos, para que estos puedan ser considerados efectivos. Es decir, que toda persona debe tener acceso a un recurso sencillo y rápido ante jueces o tribunales competentes que amparen sus derechos fundamentales (caso Cinco Pensionistas, Sentencia de 28/2/2003, párrafo 126; caso Cantos,

Sentencia de 28/11/2002, párrafo 52; caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, Sentencia de 31/8/2001, párrafo 112; caso Bámaca Velásquez, Sentencia de 25/11/2000, párrafo 191). No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios (caso Juan Humberto Sánchez, Sentencia de 7/6/2003, párrafo 121). La función de estos recursos, dentro del derecho interno, debe ser **idónea** para proteger la situación jurídica infringida y debe ser, además, **eficaz**, es decir, capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido (caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29/7/1988, párrafos 64 y 66).

- 1.7. 1.7. En la doctrina se señala que, de todos los medios de impugnación, el recurso de apelación es, sin duda alguna, el que con mayores garantías ofrece para las partes, debido fundamentalmente a su carácter de recurso ordinario: no necesita fundamentarse en causa legal preestablecida, y en el que pueden aducirse la totalidad de los errores judiciales o vicios, materiales y formales, sufridos en la sentencia o en las actuaciones de primera instancia<sup>376</sup>. La apelación es el recurso ordinario por excelencia, por cuanto con el mismo se trata de llevar a un órgano superior el conjunto de las cuestiones que fueron decididas en la resolución que se impugna<sup>377</sup>.

## 2. Recurso de apelación

- 2.1. La apelación es aquel recurso ordinario y vertical o de alzada formulado por quien se considera agraviado con una resolución judicial (auto o sentencia) que adolece de vicio o error y encaminada a lograr que el órgano jurisdiccional superior en grado al que la emitió la revise y proceda a anularla o revocarla, ya sea total o parcialmente dictando otra en su lugar u ordenando al juez *a quo*, que emita una nueva resolución de acuerdo a los considerandos de la decisión emanada del órgano revisor<sup>378</sup>. El recurso de apelación procede contra las sentencias (416.1.a del CPP), pero no se trata de un nuevo juicio, sino de un nuevo examen, y por tanto, en la apelación solo se puede fallar sobre lo que es materia del recurso. Pero es claro que al revisar la sentencia el tribunal o juez de apelación extiende su examen a los hechos y al derecho, actuando respecto de ellos con plena jurisdicción y competencia<sup>379</sup>.

---

[ 376 ] Gimeno Sendra, Vicente. La casación y el derecho a los recursos. BIMJ Nro. 1488. 1988, p. 120.

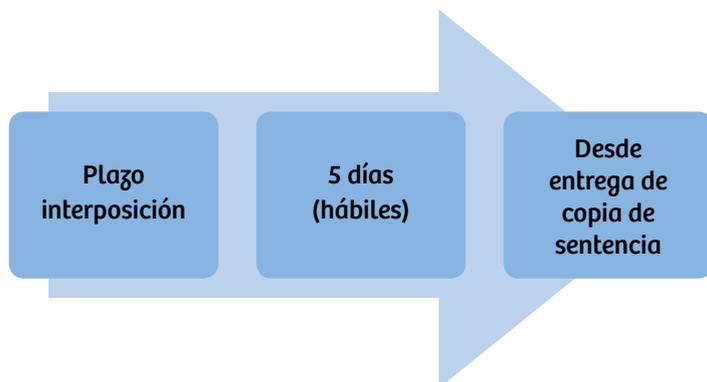
[ 377 ] Montero Aroca, Juan. Derecho Jurisdiccional III. El proceso penal. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia. 2003, p. 371.

[ 378 ] Hinojosa Minguez, Alberto. Medios impugnatorios. Gaceta Jurídica. Lima. 1999, p. 105.

[ 379 ] Monroy Cabra, Marco Gerardo. Principios de derecho procesal civil. Temis. Segunda edición. Bogotá. 1979, p. 336.

- 2.2. Para la admisión del recurso de apelación se requiere: a) Que sea presentado por quien resulte agraviado por la resolución, tenga interés directo y se halle facultado legalmente para ello. El Ministerio Público puede recurrir incluso a favor del imputado. b) Que sea interpuesto por escrito y en el plazo previsto por la Ley. También puede ser interpuesto en forma oral, cuando se trata de resoluciones expedidas en el curso de la audiencia, en cuyo caso el recurso se interpondrá en el mismo acto en que se lee la resolución que lo motiva. c) Que se precise las partes o puntos de la decisión a los que se refiere la impugnación, y se expresen los fundamentos, con indicación específica de los fundamentos de hecho y de derecho que lo apoyen. El recurso deberá concluir formulando una pretensión concreta (artículo 405.1 del CPP).
- 2.3. El recurso de apelación contra la sentencia debe ser interpuesto **por escrito**. No es viable impugnar oralmente una resolución escrita, pues la regla es que esta modalidad de resolución solo se recurre por escrito y en el plazo previsto por la ley. En el caso de decisiones expedidas oralmente o leídas en audiencia existen dos reglas clarísimas: a) acto de interposición oral en esa misma audiencia, y b) ulterior formalización escrita del recurso en fecha posterior. Solo en el caso de expedición de sentencias, por imperio del art. 401.1 del CPP, es posible la reserva del acto de interposición [fundamento 3]. Cuando se trata de decisiones orales, no basta decir **“no estando conforme”**, se requiere que la parte legitimada se pronuncie clara y contundentemente sobre la impugnación, si recurre o no recurre [Casación N° 33-2010-Puno, de 11/11/2010, fundamento 4.1].
- 2.4. El plazo de interposición del recurso de apelación contra sentencias es de **cinco (5) días**, pero en el caso del proceso especial inmediato el plazo es de tres (3) días (art. 414.1 del CPP). El plazo se computa por días hábiles (art. 141 del CPC aplicable supletoriamente). El art. 396.3 del CPP dispone que la sentencia quedará notificada con su lectura íntegra en audiencia pública. Este precepto, además, impone una obligación al Tribunal: debe entregar a las partes, inmediatamente, copia de la aludida sentencia. El acto procesal de comunicación de la sentencia se perfecciona, entonces, cuando se facilita a las partes copia de la sentencia leída en audiencia pública. En esta misma línea, aunque con mayores exigencias procesales, tratándose de las sentencias de vista, se requiere, copulativamente, su lectura y notificación -el acto de comunicación a las partes procesales se expresa, en este caso, a través de la notificación- (art. 425.6 del CPP). Por consiguiente, debe entenderse que la sentencia de primera instancia exige que se proporcione una copia de ella a las partes procesales. La copia en mención es indispensable para que pueda examinarse cuidadosamente el fallo y, en su mérito, para que se interponga un recurso debidamente fundamentado. En autos debe figurar

una constancia del secretario, titular de la fe pública judicial, que tal copia se entregó a todas las partes [Casación N° 799-2017-Callao de 30/01/2018, fundamento 3]<sup>380</sup>.



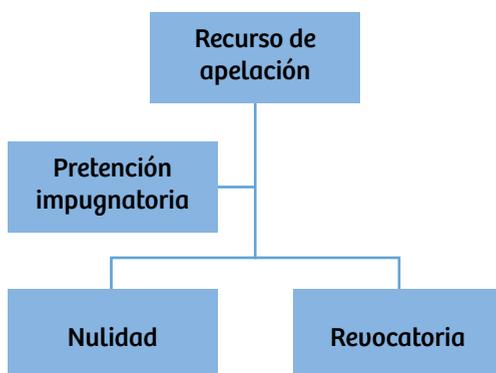
- 2.5. El recurso debe **especificar la pretensión impugnatoria**: pedir la nulidad o revocatoria de la sentencia, pudiendo ser propuesta en forma principal (cualquiera de ellas) o subordinada (ambas), correspondiendo en este último caso de acumulación de pretensiones ser fundamentada en el recurso en forma totalmente separada por tratarse de agravios, fundamento legal y de efectos jurídicos bastante diferenciados. Se trata en estricto de una **acumulación subordinada de pretensiones** definida por el artículo 87 del Código Procesal Civil –aplicable supletoriamente al proceso penal- cuando “la pretensión queda sujeta a la eventualidad de que la propuesta como principal sea desestimada”. Ergo, el pronunciamiento de la “subordinada” está claramente condicionada a la suerte de la pretensión planteada como principal: si la principal es estimada, el juez no debe ya pronunciarse sobre la otra (u otras), pues esta (o estas) justamente estaba “subordinada” en su pronunciamiento, a la desestimación de la principal. En cambio, si es que la principal no es estimada, el juez debe pronunciarse sobre la otra (u otras), estimándola o desestimándola. Esta forma de acumulación se llama correctamente **“eventual”**<sup>381</sup>.

---

[ 380 ] Acuerdo N° 7-2018-SPS-CSJLL, Acuerdo de Jueces Titulares de las Salas Penales Superiores de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, de 9/3/2018: Si las partes concurren a la audiencia de lectura de sentencia, se procederá a su lectura y se les entregará copia de la resolución, dejándose constancia en autos; pero, si las partes no concurren a la audiencia, además de la obligatoria lectura de la resolución, se les notificará en su domicilio procesal. El plazo de impugnación de la sentencia se computará a partir del día siguiente a la entrega de la copia de la sentencia leída en la audiencia (para las partes concurrentes), o a partir de la respectiva notificación (para las partes inconcurrentes).

[ 381 ] Ariano Deho, Eugenia. La acumulación de pretensiones y los dolores de cabeza de los justiciables. Revista Ius Et Veritas. N° 47. diciembre 2013, p. 204.

2.6. En el escrito de apelación, la pretensión subordinada siempre será la revocatoria, puesto que, si la pretensión de nulidad es declarada infundada por los Jueces *ad quem*, entonces se podrá emitir un pronunciamiento de fondo que permita revocar o confirmar la sentencia; contrario sensu, si la nulidad es declarada fundada, ya no será necesario emitir pronunciamiento jurisdiccional sobre la pretensión acumulada de revocatoria. La declaración de nulidad, puede ser en todo o en parte de la sentencia apelada y disponer se remitan los autos al juez que corresponda para la subsanación a que hubiere lugar (art. 425.3.a del CPP), aclarándose que no podrán intervenir -en el nuevo juicio- los jueces que conocieron el juicio anulado (art. 426.1 del CPP), ni podrá aplicarse una pena superior a la impuesta en el primero cuando el recurso fue a favor del imputado (art. 426.2 del CPP). Nada obsta, que el Tribunal Superior puede declarar –de oficio- la nulidad en caso de nulidades absolutas no advertidas por el impugnante (art. 409.1 del CPP).



2.7. La nulidad será **absoluta** cuando se halla inobservado el contenido esencial de los derechos y garantías previstos por la Constitución (art. 150 del CPP), entre ellos, el de **motivación** escrita de las resoluciones judiciales reconocido en el art. 139.5 de la Constitución. La finalidad de la motivación consiste en hacer conocer las razones, con apoyo en actos de prueba, que justifican la decisión adoptada, quedando así de manifiesto que no se actuó con arbitrariedad. La motivación ha de tener la extensión e intensidad adecuada para cubrir la esencial finalidad de la misma, que el juez explique suficientemente el proceso intelectual que le condujo a decidir de una determinada manera. El juez debe dar cuenta del porqué de haber llegado a una determinada conclusión sobre la hipótesis acusatoria, y que lo haga dejando constancia del rendimiento

de las diversas pruebas tomados en consideración al respecto [Casación N° 975-2016-Lambayeque de 27/12/2016, fundamento 6.2]<sup>382</sup>.

2.8. No todo defecto de motivación para un órgano de instancia, a través de un recurso ordinario, como es el de apelación, conlleva la sanción de nulidad<sup>383</sup>. La premisa es que el Tribunal de Apelación, luego de destacar el defecto y censurar la actuación del Juez de Primera Instancia, debe subsanar estas omisiones o, en su caso, errores de juicio, pues para eso se concibe un juicio de apelación. El Tribunal *ad quem* debe conocer del fondo del asunto, sin necesidad de **reenvío**<sup>384</sup>, lo que es coherente con la naturaleza ordinaria del recurso de apelación, en la que adquiere plena competencia, con idéntico poder y amplitud de conocimiento al tribunal de instancia, para conocer y resolver sobre las pretensiones de las partes, sin más límites que la prohibición de la *“reformatio in peius”* y el derivado del principio *“tantum devolutum quantum appellatum”* –efecto devolutivo del recurso-. De esta forma se respeta, además, la garantía del plazo razonable o interdicción de dilaciones indebidas y el principio de economía procesal [Casación N° 975-2016-Lambayeque, de 27/12/2016, fundamento 6.4].

2.9. Si el imputado es la parte recurrente, la pretensión será la revocatoria de la sentencia condenatoria con la consiguiente absolución de la acusación

---

[ 382 ] Casación N° 975-2016-Lambayeque de 27/12/2016: Declaró la nulidad de la sentencia de vista porque omitió un pronunciamiento necesario sobre respecto a las pretensiones impugnativas de uno de los apelantes sin la justificación correspondiente. Se trata de no solo de una infracción normativa, de las reglas de formación de la sentencia, sino que causo indefensión material al otro imputado recurrente puesto que su pedido de absolución no fue resuelto pese a que podría desprenderse del propio fallo de vista que estaba en condiciones de un pronunciamiento de mérito, aunque de resultado incierto. Es de aplicación el art. 150.d del CPP (nulidad insubsanable por vulneración de la garantía de tutela jurisdiccional por falta de motivación de un tema esencial e imprescindible del juicio –resolución judicial fundada en derecho-) [fundamento 3].

[ 383 ] Casación N° 499-2014/Arequipa de 16/3/2016: La solución de anular el fallo condenatorio dictado en primera y segunda instancia es excesiva, pues una de las facultades de la Sala de Apelaciones frente al recurso respecto a la sentencia absolutoria es confirmarla, conforme con el art. 425 del CPP [fundamento 13].

[ 384 ] Resolución Administrativa N° 2-2014-CE-PJ de 7/1/2014 que aprobó la Circular referida a la regulación del reenvío en los órganos jurisdiccionales revisores, en su artículo 1, instó a los Jueces Especializados, Mixtos y Superiores de la República a tomar en cuenta las siguientes reglas: **a) Como regla general**, si el órgano jurisdiccional competente para resolver el medio impugnatorio considera que existen errores de hecho o de derecho en la motivación de la resolución impugnada, deberá revocar y resolver el fondo del asunto jurídico, reservando solo para situaciones excepcionales su anulación. Los defectos meramente formales del proceso o la motivación insuficiente o indebida de la resolución impugnada, deben ser subsanados o corregidos por el órgano revisor. **b) Como excepción**, el órgano jurisdiccional competente para resolver el medio impugnatorio solo podrá anular la resolución impugnada, cuando se trate de vicios insubsanables que impidan un pronunciamiento válido sobre el fondo del asunto jurídico, que signifiquen un agravio real y concreto, lo cual corresponde ser invocado por la parte afectada y deberá estar acreditado en autos.

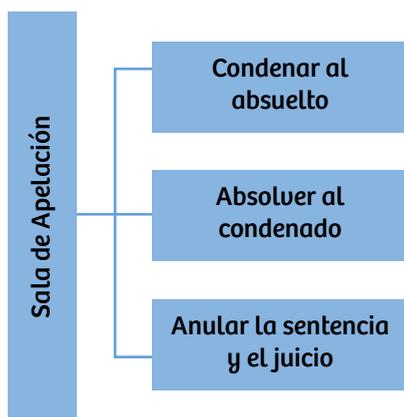
fiscal, por infracción procesal *in iudicando* o *in procedendo* (sin reenvío)<sup>385</sup>, pero si el Ministerio Público es el recurrente, la pretensión será la revocatoria de la sentencia absolutoria que conllevará la condena del imputado (art. 425.3.b del CPP). Sobre la posibilidad de la condena del absuelto, la Casación N° 648- 2018-La Libertad de 19/3/2019, apartándose de su jurisprudencia precedente<sup>386</sup>, ha señalado que siguiendo el fundamento 4 de la Casación N° 1379-2017/ Nacional de 28/8/2018 sobre la condena del absuelto; la legitimidad de esta posibilidad está en función, desde luego, a las notas características del recurso de apelación, a su estructura, dimensión y particularidades nacionales, así como a las situaciones procesales concretas que se presenten en la causa. Tal posibilidad, es aceptada en el derecho comparado, incluso en el Derecho Internacional –véase, por ejemplo, el Estatuto de la Corte Penal Internacional, art. 83.2– [fundamento 9].

- 2.10. Cuando se cuestiona el **juicio de hecho**, las exigencias del debido proceso, requiere, fundamentalmente, que el imputado que sostiene su inocencia tenga la **posibilidad de explicar** en defensa de su causa y de ser examinado directa y personalmente por el Tribunal de Apelación en una audiencia pública –con presencia de los demás interesados o partes adversas–, incluso de los testigos cuyo testimonio sirve de sustento al juicio de hecho, pues en todo momento se ha de respetar la posibilidad de contradicción. Es de tener presente que para cumplir esta exigencia se impone la presencia del imputado en la audiencia de apelación y, además, con fines de intermediación, autoriza la citación de testigos (art. 422.5 del CPP). No es suficiente, a estos efectos, la grabación del juicio de primera instancia [Casación 648-2018-La Libertad de

[ 385 ] Casación N° 975-2016-Lambayeque de 27/12/2016: A) Si la infracción procesal es *in iudicando* o al dictarse la sentencia de primera instancia (incluyéndose aquí no solo la infracción de las normas relativas directamente a la emisión de la sentencia sino también las que disciplinan la valoración de la prueba), el Tribunal *ad quem* revocará la sentencia apelada y dictará sentencia de fondo sobre las cuestiones objeto del proceso sin que quepa reenvío alguno al Tribunal a quo. B) Si la infracción procesal no se produjo en la sentencia de primera instancia (no por tanto *in iudicando* sino *in procedendo* –actos previos a la sentencia y vinculados al procedimiento correspondiente– el reenvío procede solo en los supuestos en los que dicha infracción hubiera sido generadora de nulidad radical de las actuaciones [fundamento 6.5].

[ 386 ] Véase la Casación N° 280-2013-Cajamarca de 13/11/2014, Casación N° 385-2013-San Martín de 5/5/2015, Casación N° 194-2014-Ancash de 27/5/2015, Casación N° 542-2014-Tacna de 14/10/2015, Casación N° 454-2014-Arequipa de 20/10/2015. En todas las sentencias se ha establecido la afectación que podría causar al derecho al recurso condenar al absuelto, pues, luego de la condena, la única posibilidad de impugnar que tiene el imputado es a través del recurso de casación, que es extraordinario, limitado al conocimiento de aspectos puntuales y tasados, que no posibilitan la revisión de la valoración probatoria [Casación N° 499-2014-Arequipa de 16/3/2016, fundamento 9].

19/3/2019, fundamento 9]<sup>387</sup>. La condena del absuelto es posible sobre la base de actuación y valoración de prueba nueva en la audiencia de apelación, ya que no afecta el derecho a recurrir, por la posibilidad de acudir en casación, además, que no afecta la inmediación. Asimismo, estableció supuestos por los cuales es posible condenar al absuelto: i) Cambio de valoración de prueba que no requiere inmediación. ii) Cambio de valoración de prueba personal por actuación de prueba en segunda instancia. iii) Corrección de errores de derecho [Casación N°195-2012-San Martín de 5/9/2013]<sup>388</sup>.



- 2.11. La impugnación del Ministerio Público permitirá revocar o modificar la resolución aún a favor del imputado, en tanto que, la impugnación interpuesta exclusivamente por el imputado no permite modificación en su perjuicio *-reformatio in peius-* (art. 409.3 del CPP). La prohibición de reforma peyorativa significa que la sentencia no puede ser modificada en

---

[ 387 ] Casación N° 648-2018-La Libertad de 19/3/2019: Ha llevado a tres sentencias absolutorias de primera instancia con sus subsecuentes nulidades por las Salas de Apelación; y para la última de las sentencias de vista el *Ad quem* no solo realizó el cuestionamiento al razonamiento judicial, sino que concluyó en la determinación de la materialidad de los hechos y la responsabilidad de los procesados, aunque se abstuvo de emitir una condena del absuelto, pese a que esta resulta una posibilidad legal y constitucionalmente válida [fundamento 20]. Este Colegiado Supremo estima pertinente dejar sin efecto y declarar la nulidad de la sentencia de vista recurrida, con la finalidad de que se lleve a cabo una nueva audiencia de apelación en la que se tomen en consideración los parámetros establecidos en la Casación N° 1379-2017/Nacional (en lo pertinente), a fin de que, luego de esta, la Sala de Apelaciones emita una sentencia definitiva en la que, si lo considera pertinente (y sobre el análisis adecuado de las pruebas con inmediación), se decante por la **condena de los acusados absueltos** o, en su defecto, ratifique la absolución de primera instancia, sin necesidad de que en ninguno de estos supuestos se continúe dilatando y difiriendo la causa de forma indeterminada [fundamento 21].

[ 388 ] En el mismo sentido, la Consulta N° 2491-2010-Arequipa de 14/9/2010 y la Casación N° 40-2012-Amazonas de 19/9/2013, reafirmaron la constitucionalidad de la condena del absuelto.

perjuicio del acusado, en la clase y extensión de sus consecuencias jurídicas, cuando solo ha recurrido el acusado o la Fiscalía a su favor. Como tal, esa limitación está conectada, de un lado, al derecho a la tutela jurisdiccional, y, de otro, al derecho de defensa, en su vertiente negativa de prohibición de la indefensión. Su incumplimiento no es otra cosa que una modalidad de incongruencia procesal; si el Tribunal Revisor modifica la sentencia de oficio, en perjuicio y sin audiencia y contradicción del recurrente, vulnera ostensiblemente no solo el derecho de defensa -se vulnera el principio de contradicción en la medida que se excede de los términos del debate recursal-, tergiversa el propio derecho al recurso e infringe el principio acusatorio, que exige que el Tribunal debe obrar con respeto y dentro del marco de las peticiones señaladas por el recurrente [Acuerdo Plenario N° 5-2007/CJ- 116 de 16/11/2007, fundamento 7]<sup>389</sup>.

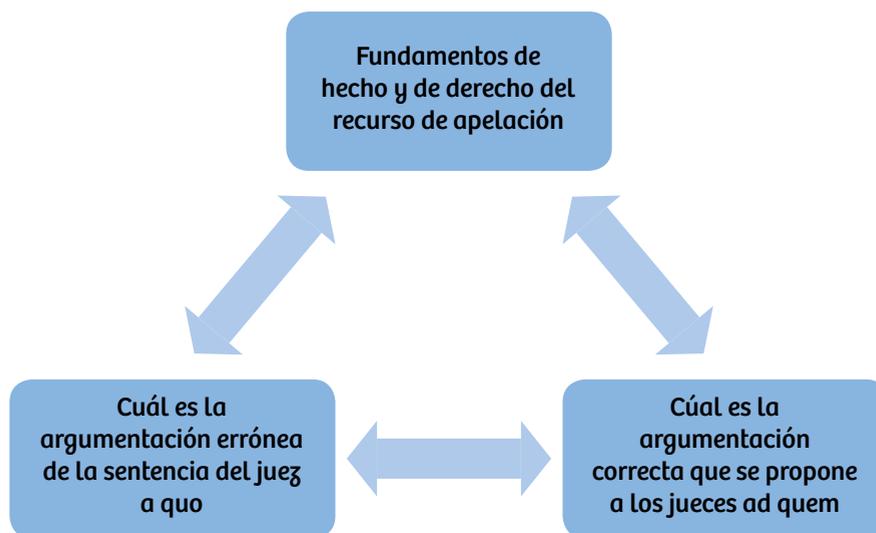
- 2.12. El fiscal y el imputado podrán impugnar indistintamente del objeto penal o del objeto civil de la resolución (art. 407.1 del CPP). El actor civil solo podrá recurrir respecto al **objeto civil** de la resolución (art. 407.2 del CPP). No obstante, emitida una sentencia absolutoria, cuando el **único impugnante sea el actor civil**, y el Fiscal Provincial exprese su conformidad con la misma, deberá verificarse si, el Fiscal Superior al momento de llevarse a cabo la audiencia de apelación, reitera su conformidad con la sentencia absolutoria [Casación N° 413-2014-Lambayeque de 7/4/2015, fundamento 21]. Siendo ello así, la Sala de Apelaciones no tiene más que **confirmar la absolución**, toda vez que, el art. 149.5 de la Constitución establece que corresponde al Ministerio Público ejercitar la acción penal [fundamento 22]. No puede sostenerse el cumplimiento del principio acusatorio cuando el Fiscal Superior en la audiencia de apelación –sin tener la condición de impugnante, sino parte en el proceso- discrepa con la sentencia absolutoria emitida en primera

[ 389 ] Acuerdo Plenario N° 5-2007/CJ-116 de 16/11/2007: Con esa premisa es del caso analizar si en el supuesto que el recurso impugnativo haya sido interpuesto solo por el imputado o por la Fiscalía en su defensa, la Sala revisora puede, según el caso: **A.** Variar el grado de consumación del delito (de tentativa a delito consumado). **B.** Variar el grado de participación (por ejemplo, de cómplice secundario a cómplice primario o instigador o autor). **C.** Variar la pena de principal a accesoria o viceversa. **D.** Integrar el fallo con una pena principal o accesoria prevista en la Ley y no impuesta en la sentencia. **E.** Integrar el fallo con el plazo de la pena de inhabilitación o el monto de la multa cuando la sentencia recurrida los ha omitido. **F.** Integración del fallo disponiendo el tratamiento terapéutico a que se refiere el artículo 178-A del Código Penal [fundamento 8]. En lo pertinente a los puntos A, B y C del fundamento jurídico anterior se tiene que tomar en cuenta que mientras no se modifique lesivamente el **quantum** de la pena, es posible variar el grado de consumación, el grado de participación del agente, así como la calificación de la pena de accesoria a principal o viceversa. Para ello se requiere que se establezca motivadamente la existencia de un error de apreciación jurídica en la sentencia recurrida. El único límite para el Tribunal de Revisión es que no se varíe negativamente la clase y extensión de las consecuencias jurídicas. La subsanación del error en que incurrió la sentencia impugnada no debe perjudicar la situación jurídica del imputado recurrente ni comprometer lesivamente el ámbito de la ejecución penal [fundamento 9].

instancia; en tal situación, el Tribunal de Apelación está expedito para analizar el fondo del asunto en los términos de los agravios expresados por las partes procesales recurrentes en su escrito impugnatorio [fundamento 23].

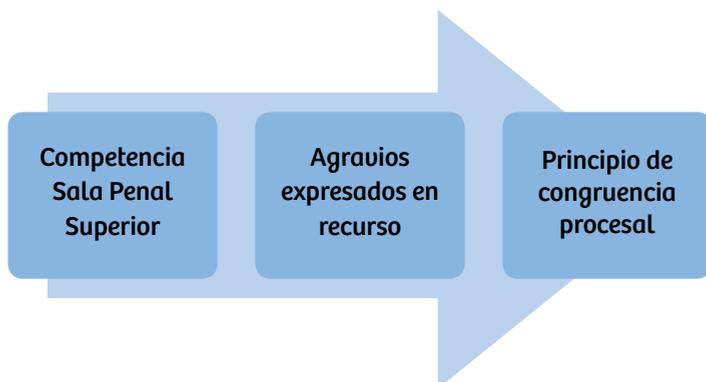


- 2.13. El Acuerdo N° 5-2017-SPS-CSJLL de Jueces Titulares de las Salas Penales Superiores de la Corte Superior de Justicia de La Libertad de 2/8/2017, al interpretar los requisitos previstos en el art. 405.1.c del CPP, consideró que el recurso debe señalar en forma expresa, clara y precisa en que consiste el perjuicio o agravio causado por la sentencia apelada. Si es un **error de hecho** por: a) errónea valoración de los medios de prueba actuados en juicio; b) ausencia de valoración de los medios de prueba actuados en juicio; c) invocación de hechos no probados en el juicio. Si es un **error de derecho** por: a) indebida aplicación o errónea interpretación de la norma, b) inaplicación de la norma, c) inaplicación o aplicación errónea de la jurisprudencia vinculante de la Corte Suprema de Justicia o del Tribunal Constitucional aplicable al caso. Recuérdese que conforme al art. 419.1 del CPP, la Sala Penal Superior, dentro de los límites de la pretensión impugnatoria, puede examinar la resolución recurrida tanto en la declaración de hechos cuanto en la aplicación del derecho. Asimismo, en el recurso debe identificarse el número del fundamento de la resolución, cuál es la argumentación que se considera errónea del Juez a quo y cuál sería la argumentación correcta que se propone sea acogida por el Juez *ad quem*.



- 2.14. Los agravios expresados en los recursos impugnatorios van a definir y delimitar el pronunciamiento del Tribunal Revisor, atendiendo al **principio de congruencia recursal**, concebido como encaje o ensamble entre lo impugnado y la sentencia, en el contexto de exigencia de concordancia o armonía que obliga establecer una correlación total entre los dos grandes elementos definidores: la **expresión de agravios** y la decisión judicial; por tanto, la expresión de agravios determina las cuestiones sometidas a decisión por los jueces ad quem, estando vedado pronunciarse fuera del alcance de las pretensiones impugnativas que no fueron oportunamente planteadas, en tanto la **congruencia** es una exigencia lógica que está presente en todo el proceso, del que dimana que en el presente solo se emitirá pronunciamiento respecto a los agravios expresados en los recursos que fueron concedidos. De ahí que, admitir y emitir pronunciamiento sobre **nuevos agravios** postulados con posterioridad los expresados en el escrito de impugnación sería vulnerar el **principio de preclusión y de igualdad** que debe existir entre las partes en un proceso, pues significaría modificar el orden preestablecido de los actos procesales e incorporar nuevas peticiones o argumentos que no podrán ser contradichos por los otros sujetos procesales [Casación 413-2014-Lambayeque de 7/4/2015, fundamento 34].
- 2.15. Las Salas de Apelaciones y los Tribunales Revisores deben circunscribir su pronunciamiento respecto a los agravios expresados en los recursos impugnatorios efectuados en el plazo legal y antes su concesorio y no los efectuados con posterioridad a ello, mucho menos, evaluar una prueba no invocada; pues de ocurrir ello, se está vulnerando el principio

de congruencia recursal con afectación al derecho de defensa [Casación 413-2014-Lambayeque de 7/4/2015, fundamento 35]. Es obligación de la parte recurrente esgrimir los agravios expresados en su escrito de fundamentación del recurso de apelación en la respectiva audiencia, para los efectos que la parte contraria pueda examinarla, discutirla o rebatirla en pleno ejercicio de su derecho de defensa, de esa manera no se le vulnerará sus derechos constitucionales y no se le dejará en indefensión [fundamento 42].



- 2.16. El órgano de apelación solo puede actuar dentro de las pretensiones de las partes y el material fáctico de la primera instancia, salvo la prueba en la segunda. No existe en nuestro sistema el “*novum iudicium*”. Sin embargo, la limitación no alcanza ni a los fundamentos de derecho, que pueden variarse tanto por las partes como por el tribunal (*iura novit curia*) ni tampoco a aquellas cuestiones que habiendo sido articuladas en la primera instancia no han sido consideradas por el juez a quo en la sentencia. Resulta importante esta precisión para que la afirmación de que la revisión de la segunda instancia lo es solo de la sentencia judicial impugnada, no implica encerrar el objeto de la segunda instancia dentro de lo decidido por el a quo, ya que el contenido de la sentencia no puede limitar el de apelación. Además, el tribunal puede analizar los hechos y las pruebas de la primera instancia, puesto que, si no, el vencedor que no apela (no lo puede hacer, pues carece de interés por no haber sufrido agravio) quedaría desamparado en algunos casos<sup>390</sup>.

---

[ 390 ] Vescovi, Enrique. Los recursos judiciales y demás medios impugnatorios en Iberoamérica. Depalma. Buenos Aires. 1988, pp. 157-158.

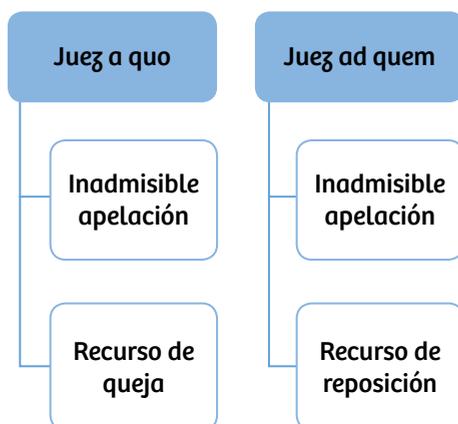
### 3. Fase escrita del trámite de apelación

- 3.1. Al concluir la lectura de la sentencia, el Juezador preguntará a quien corresponda si interpone recurso de apelación. No es necesario que en ese acto fundamente el recurso. También puede reservarse la decisión de impugnación (art. 401.1 del CPP). Para los acusados no concurrentes a la audiencia, el plazo empieza a correr desde el día siguiente de la notificación en su domicilio procesal (art. 401.2 del CPP). Situación distinta tiene lugar en el proceso especial inmediato en que el recurso se interpondrá en el mismo acto de lectura, salvo que el acusado no concurra a la audiencia (art. 401.3 del CPP); siendo así, cabe reiterar que cuando se trata de decisiones orales, no basta decir **“no estando conforme”**, se requiere que la parte legitimada se pronuncie clara y contundentemente sobre la impugnación, si recurre o no recurre [Casación N° 33-2010-Puno de 11/11/2010, fundamento 4.1].
- 3.2. El juez que emitió la resolución impugnada se pronunciará sobre la **admisión** del recurso y notificará su decisión a todas las partes, luego de lo cual inmediatamente elevará los actuados al órgano jurisdiccional competente. El juez que deba conocer la impugnación, aún de oficio, podrá controlar la admisibilidad del recurso y, en su caso, podrá anular el concesorio (art. 405.3 del CPP). Se trata de un **dobles control** de admisibilidad del recurso de apelación en primera y segunda instancia. El Acuerdo N° 5-2017-SPS-CSJLL de los Jueces Titulares de las Salas Penales Superiores de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, de 2/8/2017, señala que las partes legitimadas deben cumplir de manera estricta con los requisitos previstos en la ley, para que pueda admitirse el recurso impugnatorio interpuesto contra una resolución que le causa agravio, para tal efecto, los jueces de primera y de segunda instancia deberán efectuar un control riguroso del cumplimiento formal de los requisitos legales que permitan emitir un pronunciamiento válido sobre el fondo del recurso; en caso contrario, procederán a declararlo **inadmisible** al constituir el derecho a la pluralidad de la instancia uno de configuración legal<sup>391</sup>.
- 3.3. Si el juez a quo que dictó la sentencia declara inadmisibles el recurso de apelación de sentencia, el recurrente puede interponer **recurso de queja** (art.

---

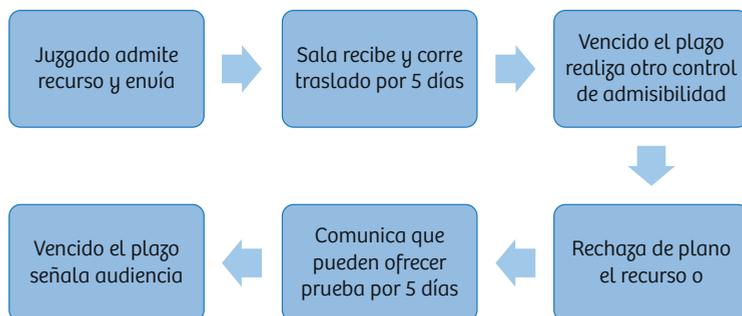
[391] STC N° 683-2014-PHC/TC de 28/11/2017: Del escrito de apelación de sentencia, este Tribunal advierte que, en realidad, el favorecido no precisa ni argumenta debidamente los agravios que la sentencia condenatoria le causarían; es decir, no expresa de forma clara y precisa cómo lo afectan los considerandos de la sentencia condenatoria. También resulta contradictoria la solicitud de absolución con respecto a la rebaja de la pena impuesta por debajo del mínimo legal (imposición de cinco años de pena privativa de la libertad), lo cual significa que se ha expresado un petitorio impreciso que no permite delimitar correctamente la materia impugnatoria, incumpliendo así un mandato contenido en una norma de carácter procesal (artículo 405.1.c), del Código Procesal Penal), por lo cual se ha rechazado correctamente el medio impugnatorio de apelación de sentencia [fundamento 16].

437.1 del CPP). El recurso de queja se interpone ante el órgano jurisdiccional superior del que denegó el recurso (art. 437.3 del CPP), esto es ante la Sala Penal Superior, la cual es competente para conocer las resoluciones expedida por el Juzgado Penal unipersonal o colegiado (art. 417.1 del CPP). La interposición del recurso no suspende la tramitación del principal, ni la eficacia de la resolución denegatoria (art. 437.4 del CPP). Si se declara fundada la queja, se concede el recurso y se ordena al Juez de la causa envíe el expediente o ejecute lo que corresponda (art. 438.4 del CPP). De otro lado, si el juez ad quem declaró inadmisibile el recurso de apelación en segunda instancia, el recurrente puede interponer **recurso de reposición** (art. 421.2 del CPP), con la finalidad que la Sala Penal Superior que lo dicto examine nuevamente la cuestión y dicte la resolución que corresponda (art. 415.1 del CPP), pudiendo corregir y declarar admisible el recurso.



3.4. Recibidos los autos, la Sala conferirá traslado del escrito de fundamentación del recurso de apelación por el plazo de cinco días (art. 421.2 del CPP). Cumplida la absolución de agravios o vencido el plazo para hacerlo, si la Sala Penal Superior estima inadmisibile el recurso podrá rechazarlo de plano. En caso contrario, comunicará a las partes que pueden ofrecer medios probatorios en el plazo de cinco días (art. 421.2 del CPP). Decidida la admisibilidad de la prueba ofrecida, en ese mismo auto se convocará a las partes, incluso a los imputados no recurrentes, para la audiencia de apelación (art. 423.1 del CPP). La fase escrita del recurso de apelación se notifica al domicilio procesal de las partes (art. 416.2 del CPP), siendo obligatoria el uso de la notificación electrónica a través de la casilla electrónica (art. 155 de la Ley Orgánica del

Poder Judicial) registrada en el Sistema de Notificaciones Electrónicas del Poder Judicial (SINOE)<sup>392</sup>.



3.5. El ofrecimiento y admisión de los medios probatorios está relacionado con el derecho a la libertad probatoria, pues cualquier medio probatorio ofrecido oportunamente mientras sea idóneo, pertinente y conducente para sustentar una circunstancia debe ser admitido por el Juezador; sin embargo, estas reglas generales de admisión de los medios probatorios no rigen para la admisión de los medios probatorios en segunda instancia, así lo señala el art. 422.2 del CPP [Casación N° 56-2010-La Libertad de 28/2/2011, fundamento 11]. El escrito de ofrecimiento de pruebas –en segunda instancia– deberá indicar específicamente, bajo sanción de inadmisibilidad, el aporte que espera de la prueba ofrecida (art. 422.1 del CPP). Solo se admitirán los siguientes medios de prueba: a) Los que no se pudo proponer en primera instancia por desconocimiento de su existencia; b) Los propuestos que fueron indebidamente denegados, siempre que hubiere formulado en su momento la oportuna reserva; y, c) Los admitidos que no fueron practicados por causas no imputables a él (art. 422.2 del CPP)<sup>393</sup>. Solo se admitirán medios de prueba cuando se impugne el juicio de culpabilidad o de inocencia. Si solo se cuestiona la determinación judicial de la sanción, las pruebas estarán referidas a ese único extremo (art. 422.3 del CPP).

[ 392 ] Acuerdo N° 4-2017-SPS-CSJLL de Jueces Titulares de las Salas Penales Superiores de La Corte Superior de Justicia de La Libertad de 15/6/2017: Los Jueces de primera y segunda instancia requerirán la casilla electrónica SINOE en todo requerimiento o disposición fiscal, así como en toda solicitud de las partes presentada al órgano jurisdiccional. Si se omite consignar la casilla electrónica, el Juez otorgará el plazo perentorio de veinticuatro (24) horas para la subsanación respectiva, bajo apercibimiento de tenerse por no presentado el escrito, aplicarse multa conforme al art. 292 de la LOPJ, y remitirse copias al Colegio de Abogados respectivo, al Órgano de Control del Ministerio Público y del Ministerio de Justicia, para fines disciplinarios, según sea la parte apercibida.

[ 393 ] Casación N° 56-2010-La Libertad de 28/2/2011: El Tribunal Superior declaró inadmisibles los medios probatorios ofrecidos, señalando que el ofrecimiento no se encontraba en ninguno de los supuestos de excepción regulados en el art. 422.2 del CPP. Corresponde decidir si lo resuelto por el Tribunal Superior resulta acorde a derecho. Del escrito de ofrecimiento de la testimonial de Maximina Lizárraga Ortiz presentado por el encausado no se advierte fundamentación alguna para encuadrar el ofrecimiento de prueba [en segunda instancia] en ninguno de los supuestos que habilita el ordenamiento procesal, esto es, que recién se tuvo conocimiento de su existencia, que haya sido indebidamente denegado en primera instancia o haya sido admitido y no actuado por causa no imputable a su persona; por lo que este extremo no vulnera la garantía de la defensa procesal [fundamento 12].

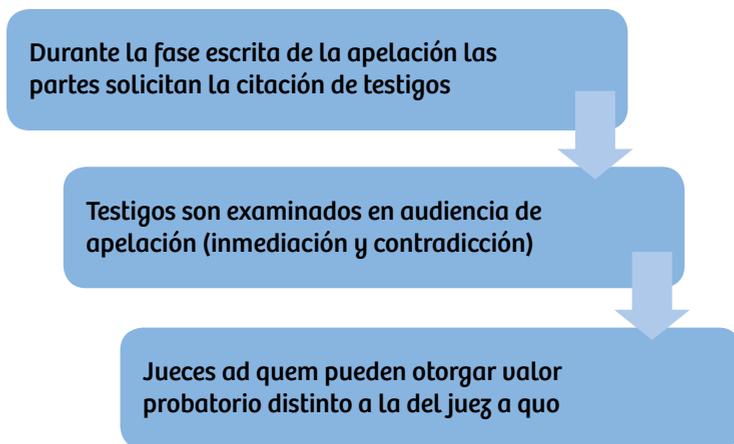
Admisión de pruebas en apelación		
No se propuso en primera instancia por desconocimiento de su existencia	Fueron indebidamente denegados formulando reserva de ello	Admitidos y no practicados por causas no imputables a oferente

- 3.6. Respecto a los medios de prueba que no se pudo proponer en primera instancia por **desconocimiento de su existencia**; se trata de pruebas cuya existencia no conocía el recurrente y, por tanto, no pudo solicitar se practicaran, o bien aquellas otras que, conociendo su existencia, no pudo proponerla, por carecer de disponibilidad sobre la misma. Se excluyen los medios probatorios que estaban disponibles en el momento del juicio. En rigor, dice Gimeno, se trata de supuestos de imposibilidad de proposición de prueba debiendo únicamente, bien a la aparición de hechos nuevos acaecidos con posterioridad al trámite procesal de prueba en el juicio (*nova producta*), bien a la existencia de hechos que, no obstante ser de fecha anterior a dicho trámite preclusivo, hubieren llegado a conocimiento del recurrente en un momento posterior (*nova reperta*) [Casación N° 458-2015-Cajamarca de 3/5/20117, fundamento 12].
- 3.7. Una primera regla general de admisibilidad de pruebas en segunda instancia estriba en que los medios de prueba ofrecidos tiendan a demostrar de forma directa la inocencia o culpabilidad del encausado, o que vayan dirigidas a la demostración de la veracidad de unos hechos que de forma indirecta supongan, por aplicación de criterios lógicos, la inocencia o culpabilidad del acusado. No se admitirá, fuera de ese período, nueva prueba documental, pues los supuestos tasados que incorpora el art. 422 del CPP no lo aceptan; su admisión supondría negar la contradicción a que tienen derecho las demás partes. En consecuencia, la existencia de hechos anteriores desconocidos **debe ser acreditados**, especialmente si son pruebas de hechos relevantes, admitir lo contrario sería aceptar nuevas pretensiones [Casación N° 458-2015-Cajamarca de 3/5/2017, fundamento 12]<sup>394</sup>.

[ 394 ] Casación N° 458-2015-Cajamarca de 3/5/2017. En mérito al art. 422.2.a del CPP, se debió establecer los criterios objetivos para poder demostrar el desconocimiento y advertir si la persona quien presentaba la prueba nueva, la desconocía en primera instancia [fundamento 13]. En el caso de autos no se ha demostrado ello. La actora civil pudo tener conocimiento anteriormente de los medios probatorios recién ofrecidos, pues solicitó con fecha 15/10/2014 a la empresa Horizons South América, las impresiones de fotografías de los años 2000 a 2011, presentadas recién en su escrito del 17/10/2014, y estando a la fecha que corresponde a cada uno de las fotos, que adjuntó con una Carta, su desconocimiento para haberlas propuesto en primera instancia se encuentra desacreditado, no habiendo vulneración alguna al derecho a la prueba [fundamento 14].

- 3.8. En cuanto a la admisión como pruebas en segunda instancia de aquellos propuestos que fueron indebidamente denegados, siempre que hubiere formulado en su momento la oportuna reserva. Es importante precisar que, en el juicio de primera instancia, excepcionalmente las partes pueden reiterar el ofrecimiento de medios de prueba inadmitidos en la audiencia de control de acusación dirigida por el Juez de Investigación Preparatoria, para lo cual se requiere especial argumentación de las partes (art. 373.2 del CPP). En consecuencia, la **reserva** de la prueba inadmitida debe constar en el acta de registro de la sesión de juicio respectiva, a efectos de poder ofrecer posteriormente como (nueva) prueba en la apelación de sentencia. Además de la reserva antes señalada, el oferente debe especificar el probable aporte a obtener para el mejor conocimiento el caso, esto es, su pertinencia, conducencia y utilidad (art. 352.5 del CPP).
- 3.9. Las pruebas admitidas en la audiencia preliminar de control de acusación o de manera excepcional en la audiencia de juicio, que no fueron practicados por causas no imputables a la parte oferente, pueden ser ofrecidas nuevamente en la apelación de sentencia. Se trata de la no actuación de una prueba válidamente admitida, sobre la cual preexiste un pronunciamiento jurisdiccional de su pertinencia, conducencia y utilidad al proceso. A modo de ejemplo, el art. 355.5 del CPP prescribe que “será obligación del Ministerio Público y de los demás sujetos procesales coadyuvar en la localización y comparecencia de los testigos o peritos que hayan propuesto”; lo cual debe entenderse como subsidiario y una forma de coadyuvar, cuando se agotó y son ineficaces las citaciones cursadas por el órgano administrativo judicial [Acuerdo Plenario N° 5-2012/CJ-116 de 29/1/2013, fundamento 15]. Entonces el fin de la norma no es que en todos los casos el Ministerio Público y las demás partes procesales citen a sus testigos y peritos, sino únicamente el que coadyuven a ese propósito [fundamento 16]. Por tanto, al oferente en segunda instancia de una prueba personal no actuada en juicio por incomparecencia del testigo, le corresponderá probar que cumplió oportunamente con su deber de coadyuvar a la citación.
- 3.10. La Sala mediante auto, en el plazo de tres (3) días, decidirá la admisibilidad de las pruebas ofrecidas en función a los puntos materia de discusión en la apelación. La resolución es inimpugnable (art. 422.4 de CPP). También serán citados aquellos testigos -incluidos los agraviados- que han declarado en primera instancia, siempre que la Sala por exigencias de inmediación y contradicción considere indispensable su concurrencia para sustentar el juicio de hecho de la sentencia, a menos que las partes no hayan insistido en su presencia, en cuyo caso se estará a lo que aparece transcrito en el acta del juicio (art. 422.5 de CPP). La concurrencia de los órganos de prueba a la audiencia de apelación de sentencia reside en el **principio dispositivo**, es decir, corresponde a la parte recurrente o recurrida según el diseño de su estrategia, pedir a la Sala Penal Superior que determinado testigo

nuevamente sea examinado en el juicio de apelación, a efectos de acreditar su respectiva teoría del caso o descartar la de la contraparte; de no hacerlo, se habrá desperdiciado la oportunidad de que los jueces *ad quem* adquieran inmediación y puedan incluso otorgarle un valor probatorio distinto a la del juez *a quo*.



- 3.11. La audiencia se realiza oralmente, pero se documenta en acta (art. 361.1 del CPP). El acta y en su caso la grabación demostrará cómo se desarrolló el juicio (art. 361.2 del CPP)<sup>395</sup>. Cuando las partes no solicitan a la Sala Penal Superior la citación de los testigos al juicio de apelación, se acudirá a lo que aparece transcrito en el acta de juicio, lo cual evidentemente resiente los principios de inmediación y contradicción de la prueba personal en el juicio de apelación, peor aún si los asistentes judiciales responsables de la grabación de la audiencia de juicio, no cumplen su deber de transcribir la declaración del testigo en el acta, elaborando en su lugar una suerte de resumen, con el riesgo de omitir información importante, así como tergiversar o descontextualizar la información consignada. Esta situación es más peligrosa cuando los asistentes judiciales omiten transcribir la declaración testimonial en la sesión de juicio en que tuvo lugar y recién en

---

[ 395 ] Casación N° 61-2009-La Libertad de 5/3/2010: Las actas deben ser suscritas por quien dirige la actuación procesal, que sin duda es el Juez o el Presidente del órgano colegiado, sin perjuicio de la intervención del auxiliar jurisdiccional que tiene reconocida la fe pública judicial [fundamento 5]. En consecuencia, la falta de transcripción de las declaraciones testimoniales en el acta de juicio faculta a la Sala Penal ordenar al Juggado emitido sentencia recurrida que cumpla con completar las actas respectivas de las audiencias llevadas a cabo incorporando en ellas la transcripción íntegra; sin perjuicio de que eleven los audios correspondientes, además, el acta debe ser suscrita por el Juez, como corresponde.

La sentencia aparece un resumen elaborado por el juez *a quo*, estructurado intencionalmente para respaldar su decisión, reproduciendo los defectos antes mencionados. Ello obliga a los jueces *ad quem* escuchar la grabación del audio del juicio, para contrastar “lo resumido” en el acta o la sentencia con lo declarado por el testigo de manera fidedigna a partir de sus propias palabras, para subsanar las omisiones y defectos causados por no transcribir las declaraciones testimoniales<sup>396</sup>.

#### 4. Fase oral del trámite de apelación

- 4.1. Para la realización de la audiencia de apelación es obligatoria la asistencia del Fiscal y del imputado recurrente, así como de todos los imputados recurridos en caso la impugnación fuere interpuesta por el Fiscal (art. 423.2 del CPP). Si el acusado recurrente no concurre injustificadamente a la audiencia, se declarará la **inadmisibilidad** del recurso que interpuso. De igual manera se procederá si no concurre el Fiscal cuando es parte recurrente (art. 423.3 del CPP). Si los imputados son partes recurridas, su inasistencia no impedirá la realización de la audiencia, sin perjuicio de disponer su conducción coactiva y declararlos reos contumaces (art. 423.4 del CPP).
- 4.2. En los casos de inasistencia del imputado recurrido a la audiencia de apelación, no existe impedimento alguno para que dicha diligencia se lleve a cabo, con la presencia de los otros sujetos procesales, incluso dicha ausencia puede ser convalidada con la asistencia de su abogado defensor, lo que asegura el resguardo de todas las garantías que nuestro ordenamiento jurídico procesal prevé a su favor, en consecuencia, la obligatoriedad en la asistencia del imputado recurrido tiene una aplicación relativa, pues existen mecanismos supletorios, como es la asistencia de su abogado defensor, que garantizan en pleno los derechos y garantías procesales, en consecuencia no es del caso considerar dicha inasistencia como vulneración de las normas legales de carácter procesal, debiendo interpretarse en forma sistemática lo dispuesto por el art. 423.2 del CPP [Casación N° 183-2011-Huaura de 5/9/2012, fundamento 4.1.4].
- 4.3. La facultad de disponer la conducción coactiva y declarar la contumacia del imputado inasistente a la audiencia de apelación de sentencia contenido en el art. 423.4 del CPP debe ser aplicado caso por caso y no en forma definitiva,

---

[ 396 ] La falta de transcripción de las declaraciones testimoniales en el acta de audiencia de juicio, faculta a la Sala Penal ordenar al Juggado que emitió la sentencia recurrida que cumpla con completar las actas respectivas de las audiencias llevadas a cabo incorporando en ellas la transcripción íntegra; sin perjuicio de que eleven los audios correspondientes, además, el acta debe ser suscrita por el Juez o Presidente del Colegiado, como corresponde.

general e indiscriminada, pues en algunos casos concretos la prueba de cargo conocida por el órgano jurisdiccional en segunda instancia puede ser tan débil e insuficiente para cuestionar una decisión absolutoria de primera instancia, que sería razonablemente inadecuado disponer la conducción compulsiva del imputado recurrido o su declaración de contumaz, cuando su presencia –que puede ser incluso convalidada con la asistencia de su abogado defensor– no sea determinante para definir la decisión judicial, entonces resulta adecuado precisar que en función a la naturaleza de los hechos y la prueba de cargo y de descargo que existan en cada caso particular, el juzgador podrá adoptar la decisión que considere pertinente, proporcional y razonable en cada uno de ellos, sin que la no imposición de las medidas anotadas, signifique per se afectación al debido proceso [Casación N° 183-2011-Huaura de 5/9/2012, fundamento 4.1.5].

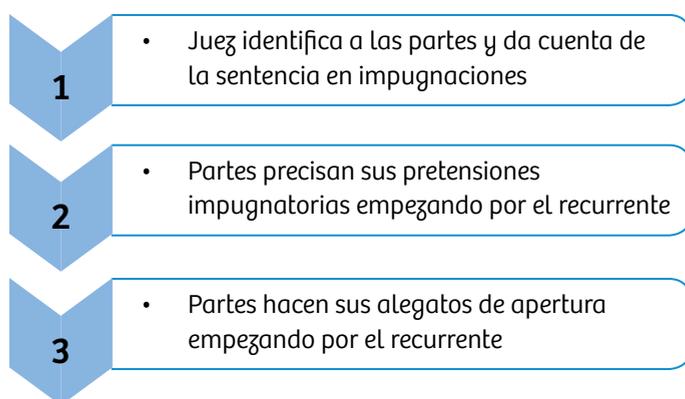
#### **Audiencia de apelación de sentencia. (presencia obligatoria)**



- 4.4. En la audiencia de apelación se observarán, en cuanto sean aplicables, las normas relativas al juicio de primera instancia (art. 424.1 del CPP). Al iniciar el debate se hará una relación de la sentencia recurrida y de las impugnaciones correspondientes. Acto seguido, se dará la oportunidad a las partes para desistirse total o parcialmente de la apelación interpuesta, así como para que ratifiquen los motivos de la apelación (art. 424.2 del CPP). La audiencia se instala en la fecha y hora citada, procediendo el Juez Superior ponente y director de debates a precisar los datos del proceso e identificar a las partes concurrentes. A continuación, preguntará a la parte recurrente que precise

su pretensión impugnatoria (nulidad y/o revocatoria), a las demás partes también se les preguntará cuál es su pretensión respecto a la resolución recurrida (confirme, revoque o anule), ello es importante, porque si el Fiscal Superior recurrido manifiesta, por ejemplo, su conformidad con la sentencia absolutoria apelada por el actor civil, la Sala Penal Superior conforme al principio acusatorio no tiene más que confirmar la absolución [Casación N° 413-2014-Lambayeque de 7/4/2015, fundamento 21].

- 4.5. En la medida que en la audiencia de apelación de sentencia se deben observar las normas relativas al juicio de primera instancia, la parte recurrente y las demás partes harán sus respectivos **alegatos preliminares** también llamados alegatos de apertura, que sirve para anunciar a los jueces *ad quem* qué es lo que están a punto de ver en el juicio -de apelación- que se inicia. El alegato de apertura es una actividad fundamental del litigante, pues constituye la oportunidad para presentar su teoría del caso impugnativa ante el tribunal, el cual evidentemente está relacionado con las partes o puntos de la decisión a los que se refiere la impugnación (principio de congruencia procesal). La teoría del caso es un ángulo, un punto de vista desde el cual mirar las infracciones procesales *in iudicando* o *in procedendo* de la sentencia recurrida, así como también mirar la prueba, en términos tales que, si el juez la mira desde allí, verá en ella lo que nosotros vemos. Los alegatos de apertura permiten crear en los jueces una primera impresión acerca del caso, siendo importante para ello humanizar o personalizar el conflicto para lograr la empatía de los jueces con la asignación de un “tema”. Es conveniente realizar el alegato de apertura tan breve como sea posible<sup>397</sup>.



[ 397 ] Baytelman, Andrés y Duce, Mauricio. Litigación penal, juicio oral y prueba. Instituto de Ciencia Procesal Penal. Lima. 2005, pp. 293-310.

- 4.6. Concluidos los alegatos de apertura, a continuación, se **actuarán las pruebas** admitidas. El **interrogatorio de los imputados** es un paso obligatorio cuando se discute el juicio de hecho de la sentencia de primera instancia, salvo que decidan abstenerse de declarar (art. 424.3 del CPP). El abogado defensor es quien debe iniciar el interrogatorio del acusado (su patrocinado), pues al manifestar su deseo de declarar se entiende que es un descargo frente a la imputación que le hace el Ministerio Público, por lo tanto, la información que brinde debe ser controlada por la defensa [Pleno Jurisdiccional Penal de la Corte Superior de Justicia de Tumbes de 20/6/2017].
- 4.7. Pueden darse lectura en la audiencia de apelación, aún de oficio, al informe pericial y al examen del perito, a las actuaciones del juicio de primera instancia no objetadas por las partes, así como, dentro de los límites previstos en el artículo 383 sobre la lectura de la prueba documental, a las actuaciones cumplidas en las etapas precedentes (art. 424.4 del CPP). La oralización tendrá lugar cuando, indistintamente, lo pida el Fiscal o los Defensores. Quien pida oralización indicará el folio o documentos y destacará la parte relevante ordenándose su lectura parcial (art. 384.1 del CPP). Cuando se trate de una grabación, se dará a conocer su contenido esencial ordenándose su reproducción parcial (art. 384.2 del CPP). Una vez que se concluya la lectura o reproducción de los documentos, el juzgador concederá la palabra por breve término a las partes para que, si consideran necesario, expliquen aclaren, refuten o se pronuncien sobre su contenido (art. 384.4 del CPP).
- 4.8. La Sala Penal Superior solo valorará independientemente la prueba actuada en la audiencia de apelación, y la prueba pericial, documental, preconstituida y anticipada. La Sala Penal Superior no puede otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal que fue objeto de intermediación por el Juez de primera instancia, salvo que su valor probatorio sea cuestionado por una prueba actuada en segunda instancia (art. 425.2 del CPP). El Tribunal de Alzada no está autorizado a variar la conclusión o valoración que de su contenido y atendibilidad realice el órgano jurisdiccional de primera instancia. Ello, desde luego reduce el criterio fiscalizador del Tribunal de Apelación, pero no lo elimina. En estos casos las denominadas zonas opacas, los datos expresados por los testigos estrechamente ligados a la intermediación (lenguaje, capacidad narrativa, expresividad de sus manifestaciones, precisiones en su discurso, etc.) no son susceptibles de supervisión y control en apelación; no pueden ser variados [Casación N° 541-2015-Lambayeque de 27/2/2017, fundamento 8].
- 4.9. Existen **zonas abiertas**, accesibles al control. Se trata de los aspectos relativos a la estructura racional del propio contenido de la prueba, ajenos

en sí mismos a la percepción sensorial del juzgador de primera instancia, que pueden ser fiscalizados a través de las reglas de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicos. En consecuencia, el relato fáctico que el tribunal de primera instancia asume como hecho probado, no siempre es incontestable, pues: a) puede ser entendido o apreciado con manifiesto error o de modo radicalmente inexacto –el testigo no dice lo que menciona el fallo-; b) puede ser oscuro, impreciso, dubitativo, ininteligible, incompleto, incongruente o contradictorio en sí mismo; o c) ha podido ser desvirtuado por pruebas de segunda instancia [Casación N° 541-2015-Lambayeque de 27/2/2017, fundamento 9]<sup>398</sup>.

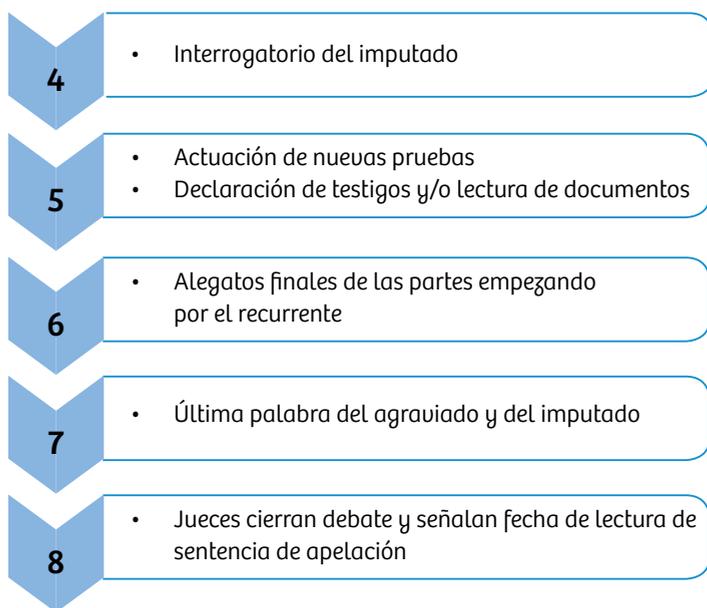
- 4.10. Al culminar la actuación de pruebas, las partes alegarán por su orden empezando por las recurrentes (art. 424.5 del CPP). Mientras en el alegato de apertura se anunciaba al tribunal lo que están a punto de ver en el juicio que se inicia, en el alegato final se hará ver al tribunal de qué manera nuestro anuncio se ha cumplido, allí mostraremos al tribunal de qué manera la prueba actuada e información ingresada en la audiencia de apelación demuestra la existencia de las infracciones procesales *in iudicando o in procedendo* de la sentencia, que fueran señaladas como agravios en el respectivo recurso escrito de apelación. El juez *ad quem* no necesita disertaciones en derecho, declaraciones poéticas, opiniones generales ni referencias vagas, necesita iluminación acerca de lo que el conjunto de la prueba dice. El alegato final es una historia persuasiva, que explica todos los hechos conocidos en las siguientes cuestiones: lo que ocurrió (los hechos que finalmente conocemos), por qué ocurrió (causa y motivos), por qué esta versión debe ser creída (la prueba verosímil) y, cómo podemos estar seguros (los detalles consistentes). Un buen alegato debiera ser un borrador de sentencia para los jueces<sup>399</sup>.
- 4.11. Concluidos los alegatos finales, si está presente el agraviado y desea exponer, se le concederá la palabra, aunque no haya intervenido en el proceso (art. 386.3 del CPP). El imputado tendrá derecho a la última palabra (art. 424.5 del CPP) como expresión del ejercicio a su derecho constitucional a la

---

[ 398 ] Casación N° 541-2015-Lambayeque de 27/2/2017. La Sala no fundamentó adecuadamente los motivos por lo que considera que el razonamiento del juzgado de primera instancia no es el correcto, pues a su criterio, no resulta adecuado a la lógica ni las reglas de la experiencia que la menor haya sido abusada en su salón de clases mientras el resto de sus compañeros se encontraba afuera de este en el recreo (existía una latencia de ingreso súbito). No obstante, no apoya dicha conclusión con un razonamiento mínimamente comprobado y solo se sustentaron en presunciones subjetivas, ya que el cuestionamiento sobre la posibilidad de desarrollo del acto sexual en condiciones diferentes a las regularmente dadas no imposibilita su comisión automáticamente, sino requiere de un apoyo objetivo que así lo compruebe [fundamento 10].

[ 399 ] Baytelman, Andrés y Duce, Mauricio. Ob. cit., pp. 311-339.

defensa material, no hacerlo generaría la nulidad del juicio de apelación<sup>400</sup>. Luego de ejercer positivamente (realizar su propia defensa) o negativamente (guardar silencio) su derecho a la última palabra, los jueces *ad quem* declararán cerrado el debate (art. 386.5 del CPP) y señalarán la fecha de expedición y lectura de sentencia de apelación dentro del plazo de diez (10) días, si se trata de proceso inmediato es plazo será de tres (3) días (art. 425.1 del CPP). Mediante Acuerdo N° 8-2017-SPS-CSJLL de Jueces Titulares de las Salas Penales Superiores de la Corte Superior de Justicia de La Libertad de 2/10/2017, se precisó que la audiencia de lectura de sentencia de apelación podrá ser presidida por el Juez Superior Ponente de la causa objeto de decisión, quién representará a toda la Sala Penal Superior de Apelación. El acta será suscrita por dicho magistrado.



---

[ 400 ] Recurso de Nulidad 851-2014-Lima Norte de 19/11/2015: Cuando se suspendió la penúltima sesión, sin oír la autodefensa, se convocó para lectura de sentencia, como si el fuero estuviera en aquel estado. En el acta de la última sesión, mediante resolución emitida en tal acto se decidió continuar con la lectura de sentencia, debido a que tanto el encausado como su patrocinado, a pesar de que se encontraban debidamente notificados no concurrieron a la audiencia, y consignaron que únicamente el encausado no concurrió para su defensa material y correspondiente lectura de sentencia. Es verdad que el acusado dejó de asistir, pero cierto es también que ello ocurrió antes de que el proceso estuviera expedito para emitir sentencia, generándose una situación que el Colegiado Superior causó [fundamento 2.4.]. El Colegiado Superior adoptó una actitud omisiva, sin encausar el desarrollo de la audiencia con sujeción a las normas procesales y principios jurídicos inherentes al juicio oral; existiendo en el caso concreto, violación del derecho de defensa del justiciable al no habersele concedido en su oportuno momento la palabra para que expusiera lo que estimara conveniente en su defensa, impidiéndosele, de esta forma, que ejerciera eficazmente su derecho; irregularidad que debe subsanarse por la grave vulneración que connota [fundamento 2.5].

## Bibliografía

- Acuerdo N° 4-2017-SPS-CSJLL de Jueces Titulares de las Salas Penales Superiores de La Corte Superior de Justicia de La Libertad de 15/6/2017.
- Acuerdo N° 7-2018-SPS-CSJLL, Acuerdo de Jueces Titulares de las Salas Penales Superiores de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, de 9/3/2018.
- Acuerdo Plenario N° 5-2007/CJ-116 de 16/11/2007.
- Baytelman, Andres y Duce, Mauricio. Litigación penal, juicio oral y prueba. Instituto de Ciencia Procesal Penal. Lima. 2005.
- Casación N° 499-2014/Arequipa de 16/3/2016.
- Casación N° 975-2016-Lambayeque de 27/12/2016.
- Casación N° 280-2013-Cajamarca de 13/11/2014.
- Casación N° 385-2013-San Martín de 5/5/2015.
- Casación N° 194-2014-Ancash de 27/5/2015.
- Casación N° 542-2014-Tacna de 14/10/2015.
- Casación N° 454-2014-Arequipa de 20/10/2015.
- Casación N° 499-2014-Arequipa de 16/3/2016.
- Casación N° 648-2018-La Libertad de 19/3/2019.
- Consulta N° 2491-2010-Arequipa de 14/9/2010.
- Casación N° 40-2012-Amazonas de 19/9/2013.
- Casación N° 56-2010-La Libertad de 28/2/2011.
- Casación N° 458-2015-Cajamarca de 3/5/2017.
- Casación N° 61-2009-La Libertad de 5/3/2010.
- Casación N° 541-2015-Lambayeque de 27/2/2017.
- Gimeno Sendra, Vicente. La casación y el derecho a los recursos. BIMJ Nro. 1488. 1988.
- Hinostroza Minguéz, Alberto. Medios impugnatorios. Gaceta Jurídica. Lima. 1999.
- Montero Aroca, Juan. Derecho Jurisdiccional III. El proceso penal. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia. 2003.
- Monroy Cabra, Marco Gerardo. Principios de derecho procesal civil. Temis. Segunda edición. Bogotá. 1979.
- Revista Ius Et Veritas. N° 47. diciembre 2013.
- Recurso de Nulidad 851-2014-Lima Norte de 19/11/2015.
- Resolución Administrativa N° 2-2014-CE-PJ de 7/1/2014.
- STC N° 683-2014-PHC/TC de 28/11/2017.
- Vescovi, Enrique. Los recursos judiciales y demás medios impugnatorios en Iberoamérica. Depalma. Buenos Aires. 1988.







## Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

Secretaría Técnica de la Comisión Especial  
de Implementación del Código Penal

Scipión Llona 350, Miraflores, Lima 18, Perú  
Teléfono (511)204-8020 (511)204-8076 – Anexos 1268 y 1397

**EL PERÚ PRIMERO**