



Manual de Litigación en Juicios Orales

Andrés Baytelman

Mauricio Duce

Versión borrador exclusiva preparada para el

**Centro de Estudios de Justicia de las Américas
Programa de Interamericano de Formación de Capacitadores
para la Reforma Procesal Penal
2004**

**Curso Avanzado
“Destrezas de Litigación en un Sistema Acusatorio Oral”
13 al 17 de Septiembre de 2004
Santiago, Chile**

Tabla de Contenidos

Introducción.....	1
Capítulo II	
Teoría del Caso.....	11
Capítulo III	
Examen directo de testigos.....	27
Capítulo IV	
Contraexamen.....	59
Capítulo V	
Objeciones (Límites a la posibilidad de examinar y contraexaminar testigos y peritos).....	89
Capítulo VI	
El uso de declaraciones previas en el juicio.....	113
Capítulo VII	
Prueba Material (Objetos y documentos).....	131
Capítulo VIII	
Examen y contraexamen de peritos y testigos expertos.....	149
Capítulo IX	
El alegato de Apertura.....	169
Capítulo X	
El alegato final.....	183
Bibliografía.....	207
Casos.....	211

INTRODUCCION

Al igual que casi todo el resto de América Latina, Chile ha estado inmerso en una reforma muy significativa de su sistema de justicia criminal. Dicha reforma tiene componentes similares a los que configuran el cambio en el resto de la región: el intento de sustituir un sistema inquisitivo por uno de raigambre acusatoria, la separación de funciones entre la investigación y el juzgamiento, la radicación de la investigación en el Ministerio Público, la creación de tribunales de control de la investigación como cosa distinta de los tribunales de juzgamiento, y la instauración de juicios orales.

Más allá de los cambios estructurales a los cuales se han visto sometidas nuestras leyes e instituciones que participan del sistema de justicia criminal, la reforma procesal penal está produciendo un efecto secundario que comienza a presentarse como una importante transformación adicional de la cultura jurídica chilena: las exigencias de la reforma en materia de capacitación están desarrollando un nuevo paradigma de enseñanza legal, que lentamente ha empezado a desplazar al tradicional sistema de enseñanza del derecho, al menos en el área procesal penal.

Tradicionalmente, luego de la enseñanza de pregrado, los operadores del sistema de justicia criminal tenían una preparación más o menos artesanal, que, puesto en relación con las evidentes y superabundantes necesidades de capacitación de la justicia criminal en nuestra región, equivale bastante a afirmar que la cultura jurídica tradicional no se tomó realmente en serio la capacitación de estos operadores. Algo similar ocurrió tratándose de los actores del sistema. En el caso de los jueces, la capacitación sistemática empezó sólo recientemente en nuestro país con la creación de Academia Judicial en el año 1996. La Defensoría Penal Pública y el Ministerio Público, a su turno, son instituciones nuevas y quienes antes cumplían sus funciones no eran sometidos a procesos de capacitación específicos para el cumplimiento de tales roles. Los abogados penalistas, por su parte, no habían contado en el área más que con un muy precario y desarticulado mercado de capacitación de postgrado.

Tal vez el elemento que más contribuya a entender este estado de cosas anterior al proceso de reforma sea la idea de que, en un sistema de justicia criminal de corte inquisitivo, hay pocas razones estructurales para tomarse en serio la preparación tanto de jueces como abogados, al menos en el sentido más consistente con la imagen que tenemos de la profesión jurídica¹. Los incentivos simplemente no apuntaban en esa dirección y todo más bien parecía invitar a que el sistema se comportara exactamente del modo en que tradicionalmente lo ha hecho respecto de este tema en nuestra región. Nos parece que hay

¹ Digamos, la de profesionales en quienes las personas confían sus más preciados bienes y derechos, que actúan bajo pautas más o menos rigurosas de desempeño profesional, capaces de responder a controles más o menos estrictos respecto de la dedicación que le confieren a los casos de los que se hacen cargo, del tiempo que le destinan a prepararlos, y del grado de improvisación con que actúan en ellos; profesionales responsables ante el cliente y la sociedad por sus fracasos y errores; profesionales razonablemente al día en su dominio de la ley penal y de su procedimiento, entrenados en un conjunto de destrezas analíticas y argumentativas para presentar su caso con efectividad en los tribunales o resolverlos, según se trate de abogados o jueces.

tres buenas razones por las cuales un profesional -digamos un juez o un abogado- quiere, en lugar de volver temprano a su casa y disfrutar a su familia o gozar de una buena obra de teatro, invertir en cambio esfuerzo, tiempo y energía -a veces dinero- para adquirir nuevos conocimientos, nuevas destrezas y, en general, para estar en la punta de su disciplina. Esas tres buenas razones son: Ingresos, ascenso y/o prestigio. La gente se perfecciona porque cree que de este modo va a poder aumentar sus ingresos, avanzar en su carrera obteniendo ascensos o promociones, o bien porque su prestigio se verá en jaque si no lo hace, allí donde su prestigio es también una herramienta de trabajo y, por ende, incide en su carrera y en sus ingresos². De esta manera, si dicha relación no existe -es decir, si mi perfeccionamiento profesional no tiene mayor relevancia respecto de mi carrera, mis ingresos o mi prestigio-, es perfectamente natural que prefiera conformarme con los conocimientos que actualmente domino, volver a mi casa tan temprano como pueda, disfrutar a la familia y gozar del teatro.

El sistema inquisitivo vigente en Chile hasta antes del proceso de reforma es un buen ejemplo de un entorno profesional en donde un mayor perfeccionamiento profesional no es realmente 'rentable', o lo es muy marginalmente. Este sistema procesal penal no premia necesariamente una mayor preparación de los operadores -jueces y abogados- ni castiga su ausencia. Lo que un abogado necesita para ganar un caso y lo que un juez necesita para resolverlo corren por cuerdas muy separadas de lo que, se pudiera suponer, es la mayor preparación profesional que ambos oficios suponen, al menos en una gran cantidad de situaciones. En ambos casos, la mayor perfección profesional probablemente agregue de manera tan marginal al éxito o competitividad de cada cual que haga del todo razonable que ni uno ni otro derrochen recursos, tiempo y energía en perfeccionarse. Al contrario, el sistema inquisitivo es sobrecogedoramente indulgente con la ineptitud, la ignorancia y la falta de destreza de abogados y jueces. Principalmente favorecido por la escrituración y el secreto, un abogado puede perfectamente encontrarse en el tribunal con resoluciones que no entiende pero que puede responder en la calma de su oficina tras consultar un manual o conferenciar con un colega (ni hablar de la racionalidad de la conclusión de que probablemente la destreza que más le otorgue competitividad sea desarrollar su habilidad para establecer buenas "redes" de funcionarios en los tribunales -y de policías fuera de ellos-, antes que privilegiar su capacidad de análisis jurídico o su conocimiento de la ley). Los jueces, por su parte, gozan del refugio de su despacho y escasamente deben rendir cuenta por sus decisiones; así, pueden con total impunidad rechazar el más perfecto argumento jurídico sin haber jamás llegado a entenderlo, simplemente poniendo 'no ha lugar' al final de la página u ofreciendo fundamentaciones puramente formales que no se hacen cargo realmente de los argumentos presentados.

No queremos señalar que los abogados y los jueces sean ineptos, poco profesionales o ignorantes, de hecho está lleno de ejemplos de abogados y jueces virtuosos en nuestro país. Lo que queremos relevar es sólo que, en el entorno de incentivos construido por el sistema inquisitivo, un abogado o un juez puede ser inepto, poco profesional o ignorante, y aún así

² Hay que hacer una precisión en torno a estas razones. No se trata de que no haya razones más nobles que éstas para querer perfeccionarse. Pero, desde el punto de vista del sistema en su conjunto y del modo en que se modela la conducta de la generalidad de las personas al interior de él -lo cual equivale a decir el modo en que se diseñan políticas públicas- éstas son, las razones que configuran la estructura de incentivos dentro del mundo profesional para capacitarse.

ser perfectamente exitoso y competitivo. A su turno, un abogado o un juez inteligente, instruido o hábil -amén de honesto- no tiene para nada asegurada una mayor competitividad o éxito dentro del sistema. Al contrario, muchas veces una o algunas de estas cualidades puede perfectamente -aunque, por supuesto, no necesariamente- jugar en contra del éxito profesional de jueces y abogados: jueces con mayor conocimiento del derecho que los jueces de sus respectivos tribunales superiores que ven sus decisiones frecuentemente revocadas; abogados que confían ingenuamente en sus conocimientos jurídicos litigando contra los empleados del tribunal sin ninguna preparación jurídica o incluso, en casos extremos, con compromisos con la contraparte. El punto es que, en el entorno de incentivos del sistema inquisitivo, la mayor preparación profesional no parece hacer gran diferencia; no parece ser lo suficientemente rentable como para que valga la pena, desde el punto de vista de los actores, invertir en ella, en desmedro de más bien ocupar tiempo, energía y recursos en las otras destrezas que el sistema sí parece recompensar (pero que no necesariamente pertenecen a nuestro imaginario colectivo acerca de en qué consiste la profesión jurídica).

El sistema acusatorio establecido en el nuevo Código Procesal Penal -al igual que en el resto de los países latinoamericanos que están llevando adelante similares reformas- está cambiando de manera significativa y profunda este entorno de incentivos.

Nos parece que hay tres elementos adosados al sistema acusatorio que tienen el poder de producir este cambio: en primer lugar, la publicidad de los procedimientos, especialmente del juicio oral. La apertura de los tribunales a la ciudadanía (y a la prensa) suele producir un fenómeno que supera la mera publicidad: los procesos judiciales -especialmente los juicios penales- capturan la atención de la comunidad, catalizan la discusión social, moral y política, se convierten en una vía de comunicación entre el Estado y los ciudadanos a través del cual se afirman valores, se instalan simbologías y se envían y reciben mensajes entre la comunidad y el Estado; en una frase, la publicidad de los procedimientos judiciales instala la vida de los tribunales dentro de la convivencia social. Una vez allí, los abogados y jueces se encuentran con que su trabajo pasa a estar bajo el escrutinio público, en todos los niveles; las discusiones tienen lugar en salas con otros abogados y fiscales esperando su propio turno, ante miembros de la comunidad que están esperando la audiencia de algún familiar detenido el día anterior (por ejemplo en una sala ante un juez de garantía en donde se realizan controles de detención o se formalizan investigaciones), en ocasiones con prensa presente si algún caso importante esta en la agenda; los abogados tendrán que argumentar - y los jueces tendrán que tomar decisiones y justificarlas- instantáneamente y en público, en un contexto en que toda la comunidad estará al tanto de -y dispuesta a- discutir los pormenores de un caso que convoque su atención. Este contexto, como salta a la vista, ofrece bastante menos misericordia para con la falta de preparación de jueces y abogados: todo ocurre vertiginosamente y no hay demasiado espacio para abogados y jueces que no sepan exactamente qué hacer y cómo hacerlo con efectividad.

El segundo elemento a través del cual el nuevo sistema acusatorio se encuentra alterando importantemente la estructura de incentivos de los operadores jurídicos respecto de la capacitación es la lógica competitiva. El sistema acusatorio contenido en el nuevo Código Procesal Penal está diseñado sobre la base de una importante confianza en la competencia

adversarial; esto es, en la idea de que el proceso -y especialmente el juicio- promueve el enfrentamiento intenso entre las partes y apuesta a que dicho enfrentamiento arrojará la mayor cantidad de información sobre el caso, a la vez que depurará la calidad de dicha información. Este modelo -en el que entraremos más adelante con mayor profundidad- ha desarrollado toda una nueva metodología de enseñanza y es probable que exija a los estudios jurídicos alterar substancialmente la organización de su trabajo penal; lo que interesa aquí, sin embargo, es que la situación pública en la que se encuentran abogados y jueces incentiva la confrontación: el sistema incentiva que, en un entorno de juego justo, los abogados exploren todas las armas legales disponibles, investiguen todos los hechos, desconfíen de toda la información (y por lo tanto la verifiquen), detecten todas y cada una de las debilidades en el caso de la contraparte (argumentación y prueba), construyan su propio caso sobre la base de que la contraparte hará lo mismo y que, en consecuencia, cada defecto del caso propio implicará un mayor riesgo de perder. Esto es lo que abogados y jueces hacen en público. Por cierto, esto no quiere decir que necesariamente todos los casos sean trabajados por todos los operadores con todo este rigor; pero ésta es la manera de trabajar un caso penal en un sistema acusatorio, y esto es lo que el sistema necesita y exige de los abogados, no como actos de buena voluntad profesional o de filantropía gremial, sino en el más crudo sentido de mercado: litigar juicios orales -y dirigirlos- es un arte complejo y exigente, y no hay demasiado espacio -por no decir ninguno- para la improvisación: si los abogados no están preparados, los casos se pierden y se pierden ante los ojos de todo el mundo; si los jueces no están preparados, las injusticias que ello genera se cometen ante los ojos de todo el mundo.

El tercer elemento que juega en favor de la transformación de la cultura de capacitación de los operadores jurídicos del sistema penal es menos tangible y acaso menos “técnico”, pero poderoso a su turno: el sistema de juicios orales hace el ejercicio de la profesión de abogado y de juez algo extraordinariamente atractivo; profesionalmente más digno y más estimulante, allí donde el sistema inquisitivo ha hecho de la profesión algo más tedioso e indigno. Digamos, el sistema inquisitivo ha convertido en una medida importante el ejercicio de la profesión en un trabajo de papelería y en el abandono de mayores pretensiones de excelencia jurídica en la litigación penal, ante el hecho, por una parte, de que los escritos que se apartan de las formas estandarizadas e intentan profundizar en la argumentación, el análisis o el conocimiento tienen altas posibilidades de no ser siquiera leídos por los tribunales, mucho menos asumidos por éste en la argumentación judicial; y, por la otra, ante el hecho de que mucho más valioso que la excelencia profesional parece ser la capacidad para desarrollar redes y contactos con actuarios de baja formación que detentan, sin embargo, un poder de facto sobre los abogados y los casos. Si a esto le sumamos la rigidez y la formulación ritual del sistema, el resultado es un entorno profesional poco atractivo, tedioso, poco estimulante y de bastante menos dignidad que el que seguramente formó alguna vez la fantasía vocacional del abogado penalista. A los jueces no les va mejor: también su trabajo los aparta de las personas que conforman las causas que están llamados a juzgar; sus casos son resueltos sin que ellos hayan visto realmente toda la prueba, muchas veces sin siquiera conocer al imputado o a la víctima; dependen de un sistema de empleados que ha demostrado tener cuotas importantes de corrupción, muchas veces a espaldas del juez con abuso de cuyo nombre están corrompiendo la administración de justicia; el trabajo de juez consiste en buena medida en

leer lo que estos empleados han escrito y sancionar ese trabajo con pocas posibilidades de control; los jueces -llamados a investigar y resolver- casi nunca investigan realmente y casi siempre resuelven en condiciones precarias respecto de la información que necesitarían para tomar el tipo de decisiones que les hemos confiado.

En este escenario nuevo, la capacitación de los actores del sistema en la nueva lógica y destrezas que impone el sistema juega un rol clave en la implementación y en el éxito de la reforma. Para estos efectos, estos materiales intentan traspasar a los alumnos los aspectos básicos para desarrollar y ejercitar las destrezas requeridas por el nuevo sistema procesal penal en la litigación de audiencias, particularmente las de juicio oral.

La premisa sustantiva de estos materiales consiste en que litigar y dirigir juicios orales es, redundancia aparte, una disciplina: no es en absoluto una cuestión entregada al talento intuitivo de los participantes. Abandonar la litigación o la dirección de juicios orales a la pura improvisación artesanal de jueces y abogados -por talentosos que sean- no es más que una total falta de profesionalismo y, desde luego, un riesgo tan extremo como absurdo desde el punto de vista del desempeño y el resultado de estos profesionales. En cambio, existe una metodología que puede aprenderse y entrenarse básicamente por cualquier persona.

Esta disciplina está lejos de consistir en técnicas de oratoria o desarrollos de la capacidad histriónica, como los prejuicios de nuestra comunidad jurídica suelen creer. En cambio, la idea que le subyace es que el juicio es un ejercicio profundamente estratégico y que, en consecuencia, comportarse profesionalmente respecto de él consiste -particularmente para los abogados, pero esta visión altera también radicalmente la actuación de los jueces- en construir una teoría del caso adecuada y dominar la técnica para ejecutarla con efectividad. Esta visión del juicio y del trabajo de abogados y jueces en él es radicalmente distinta al modo en que la actual cultura jurídica percibe esta instancia. Nuestra actual cultura en torno al juicio se espanta con facilidad ante la idea de que el juicio sea algo “estratégico”: “la verdad no es estratégica -dirían nuestras ideas culturales- la verdad es la verdad, y los avances estratégicos no son sino un intento por distorsionarla... la verdad ‘verdadera’ lo único que requiere es ser revelada, tal cual ella es... así, completa y simplemente, sin estrategias de por medio...”. Esta idea tan presente en la cultura jurídica de América Latina, sin embargo, no comprende qué quiere decir que el juicio sea un ejercicio estratégico. Desde luego, no quiere decir que haya que enseñarle a los abogados como distorsionar la realidad de manera de poder engañar a los jueces, ni que éstos últimos tengan que ser siquiera mínimamente tolerantes con esta clase de artimañas. En cambio, la imagen del juicio como un ejercicio estratégico asume dos ideas, ambas distantes de nuestra actual visión acerca del juicio penal.

La primera idea es ésta: LA PRUEBA NO HABLA POR SÍ SOLA. A veces una porción de su valor es auto-evidente, pero prácticamente nunca lo es en todo el aporte que la prueba puede hacer al caso de una parte; de un lado, la prueba siempre consiste en versiones, relatos subjetivos y parciales, compuestos por un conjunto de información heterogénea en cuanto a su origen, amplitud y calidad (de manera que no hay tal cosa como asumir que la prueba simplemente ‘revela la verdad’); de otra parte, la prueba tiene su máximo aporte de

información y de peso probatorio en relación con la totalidad del caso y con el resto de la evidencia, de manera que sólo en la medida que esas relaciones sean relevadas la prueba aporta al caso toda la extensión -en cantidad y calidad- de la información que posee. Como contracara, no importa qué tan deliciosa sea la información que una prueba contiene en relación con el caso, si dicha información es entregada de una forma tan estratégicamente torpe y defectuosa que su contribución disminuya ostensiblemente, allí donde dicha información realmente ayudaba a reconstruir los hechos. Concebir al juicio como un ejercicio estratégico no consiste en distorsionar la realidad, sino en presentar la prueba del modo que más efectivamente contribuya a reconstruir 'lo que realmente ocurrió'. Lo que nos interesa destacar a estas alturas es que concebir al juicio estratégicamente importa asumir que la prueba no habla por sí sola, sino a través de los litigantes; y los litigantes pueden presentarla de manera que ella revele en toda su plenitud la información que posee, o bien pueden hacerlo de un modo que dicha información naufrague en un mar de detalles insignificantes, pase inadvertida por otras miles de razones, pierda credibilidad, omita información o la entregue de un modo que no convoque adecuadamente la atención del tribunal.

En este contexto, la disciplina de litigación provee herramientas para aproximarse estratégicamente al juicio: le enseña a los alumnos cómo construir una 'teoría del caso' adecuada; cómo examinar a los testigos propios, extraer de ellos la información que dicha teoría del caso requiere y fortalecer su credibilidad; cómo contraexaminar a los testigos de la contraparte y relevar los defectos de su testimonio; cómo examinar y contraexaminar peritos; cómo utilizar prueba material y documental; cómo utilizar el alegato de apertura y el alegato final y, en fin, cómo proveer al tribunal de un 'punto de vista' desde el cual analizar toda la prueba. Lejos de engañar a los jueces, la aproximación estratégica al juicio los provee con más y mejor información, situándolos en una mejor posición para resolver el caso.

La segunda idea que subyace a la idea del juicio como un ejercicio estratégico está íntimamente vinculada a la anterior: si el juzgamiento penal y la construcción de 'lo que realmente ocurrió' es algo complejo, lleno de versiones, ángulos, interpretaciones y prejuicios, entonces la mejor manera de producir la mayor cantidad posible de información, a la par que depurar 'el grano de la paja', testeando la calidad de la información con arreglo a la cual el caso se va a juzgar, es a través de un modelo que estimule la competencia entre las partes, en un entorno de juego justo garantizado por el tribunal. De la mano con esto y como consecuencia natural, la estricta separación de roles. Las partes, a través de la competencia, aportarán cada una toda la información que la otra haya decidido omitir, a la vez que relevarán todos los defectos de la información contenida en la prueba de la contraparte a través del contraexamen, las objeciones y los alegatos. Esta comprensión del juicio supone hacerse cargo -como la disciplina de litigación lo hace- de cada rol específico y de los distintos intereses, poderes y funciones que concurren en cada uno de ellos.

La premisa metodológica tras la disciplina de litigación, a su turno, consiste en desplazar la imagen de capacitación como '*instrucción*' hacia la imagen de capacitación como '*entrenamiento*'. Consistente con esto, la capacitación en destrezas de litigación está estructurado sobre la base de simulaciones. Este modelo de enseñanza, más que a la

filosofía, se parece al fútbol: para aprender a jugar, hay que jugar. Y hay que jugar mucho. Por supuesto que un jugador de fútbol debe tener cierta información: debe conocer las reglas del juego, debe conocer a sus compañeros de equipo y sus capacidades, debe conocer las instrucciones del director técnico, los acuerdos estratégicos del equipo y las jugadas practicadas en los entrenamientos. Pero nadie es realmente un jugador de fútbol por ser capaz de repetir de memoria las reglas de la FIFA. El modelo de litigación se hace cargo de esta idea, y pone a los alumnos a litigar casos simulados sobre la base de una cierta técnica que el curso enseña y que los alumnos -lo mismo que los jugadores respecto de las reglas de la FIFA- deben conocer. Igual que en el fútbol, la técnica está escrita y probada, pero no es posible aprender nada de ella -absolutamente nada- sino a través de un entrenamiento intenso en su utilización. La pizarra es sin duda útil, pero el verdadero entrenamiento para el partido se hace en la cancha; solo allí el jugador sabe si es capaz de tomar parte en las jugadas que le han asignado en el camarín.

A la luz de estas reflexiones, el presente texto intenta entregar al alumno las reglas básicas de la FIFA y traspasar algunas herramientas mínimas para poner en acción dichas reglas. Así, el texto aborda, en primer lugar, una cierta concepción del juicio y la idea que le subyace: que todo juicio es un relato y que, ineludiblemente, la tarea de litigar puede traducirse en la de proveer al juzgador de un relato verosímil, que le dé fundamento a una decisión en nuestro favor. A continuación, vamos sobre el tema de los testigos, y dedicamos buena parte del trabajo a analizar qué es lo que debe hacerse con ellos, la más crucial evidencia del juicio penal; revisamos, entonces, qué debe hacerse con los testigos propios (examen directo), de qué manera el tratamiento de los testigos de la contraparte es completamente diverso (contraexamen), cuáles son las particularidades que presenta el examen directo y el contraexamen de testigos expertos, y, en fin, cuáles son los límites que encuentran las partes en su capacidad de examinar y contraexaminar en el juicio y qué podemos hacer cuando un testigo declara en juicio algo inconsistente con declaraciones previas o tiene problemas de memoria en la audiencia. Con esto, habremos cubierto el campo de los testigos. Pero el relato penal requiere también de evidencia material, de manera que iremos sobre eso en un capítulo aparte. Por último, la evidencia requiere ser analizada y argumentada. Esa es la función de los dos alegatos que contiene el procedimiento, el alegato de apertura y el alegato final. Antes de revisar los temas señalados, el texto se detiene en forma preliminar al análisis general del modelo de juicio oral regulado en el nuevo Código Procesal Penal con el fin de dar información básica acerca del marco normativo en el que se desenvuelven las destrezas de litigación que este texto intenta explicar.

Desde otro punto de vista, los temas que cubren estos materiales pueden fraccionarse en tres tipos de destrezas requeridas para litigar efectivamente en juicios orales. La primera de ellas está vinculada al desarrollo de una capacidad para planificar estratégicamente el juicio y su preparación ("Teoría del Caso"). La segunda destreza tiene que ver con la capacidad para obtener e introducir información de manera efectiva en juicio (exámenes y contraexámenes de testigos y peritos y las demás actividades asociadas a tales cuestiones). Finalmente, un tercer nivel de destrezas está en el uso efectivo de la información que se producirá o que ya se ha producido en juicio (alegatos de apertura y clausura). En la contracara, el lector no encontrará en estos materiales ninguna idea acerca del tono de voz que debe tener el litigante, su postura

gestual en la sala de audiencia, u otras vinculadas a destrezas que, si bien pueden ser relevantes para ser un comunicador más eficaz, no se vinculan estrictamente con la visión estratégica del juicio que hemos descrito. Esas destrezas quedan entregadas a otras disciplinas que no manejamos y en las cuales, creemos, la experiencia comparada resulta mucho menos aplicable sin un esfuerzo muy importante de adaptación en nuestro país.

Estos materiales se han elaborado sobre la base de nuestro trabajo de enseñanza de pre y postgrado desarrollado, fundamentalmente, en la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales desde el año 1997. Además, ellos se han visto enriquecidos por nuestra experiencia en la utilización de esta metodología de manera muy intensa durante los años 1999 a 2003 en la capacitación de abogados, jueces, fiscales y defensores en el contexto de la implementación de la Reforma Procesal Penal en Chile. A su vez, también hemos tenido la posibilidad de aplicarla en otros países como Argentina, Ecuador, México, Paraguay y Perú en la capacitación de abogados, fiscales, jueces y defensores.

Los materiales corresponden a una edición sustancialmente modificada de un texto originalmente publicado en enero del año 2000 por la Universidad Diego Portales como materiales de apoyo docente. La primera edición constituyó un primer esfuerzo por introducir materiales muy simples sobre la materia, inexistentes en Chile, y que nos permitían trabajar con esta metodología de enseñanza en un escenario en que era requerido en forma urgente material de trabajo. Es por eso que buena parte de los textos correspondía a un trabajo de selección de lecturas especializadas, algunos de cuyos desarrollos fueron seguidos muy de cerca, otros adaptados a la realidad de lo que era en esa época la propuesta de reforma chilena, todos ellos complementados con nuestra experiencia en el diseño y tramitación de los proyectos que integraban la reforma chilena. Las referencias normativas en dicho texto se hacían a los proyectos que se encontraban en estado de tramitación legislativa en el Congreso Nacional.

En esta nueva edición hemos introducido cambios importantes al texto original, que creemos transforman al texto en uno prácticamente nuevo, por lo mismo hemos cambiado el título de la primera versión con el propósito de marcar esa diferencia. Estos cambios se deben fundamentalmente a dos factores. Por una parte, hoy contamos con un texto normativo definitivo que nos permite darle un sustento legal a varias de las destrezas explicadas en los diversos capítulos. Si bien estos materiales no tienen la aspiración de ser un trabajo dogmático sobre el nuevo Código, si es necesario detenerse en el análisis e interpretación de algunas normas que guían o establecen pautas acerca de cómo debe litigarse en los juicios. Una segunda razón a los cambios obedece al natural proceso de aprendizaje que hemos experimentado en el período transcurrido. La misma utilización de la metodología en Chile y otros países nos ha permitido ir perfeccionando nuestra aproximación al tema, generando un discurso mucho más propio que el de la primera edición. Como decíamos recientemente, en dicha edición seguíamos muy de cerca la experiencia de otros países con mayor experiencia en estos temas, particularmente la norteamericana, en donde fuimos formados originariamente en esta materia. La utilización de esta metodología de trabajo y la observación de su funcionamiento práctico en la realidad del sistema nos ha permitido construir una visión propia que, siguiendo todavía la experiencia de países con más tradición en estos temas, creemos se hace cargo en forma muy específica y concreta de los problemas que se presentan

para su desarrollo en nuestro país y que son muy difíciles de resolver leyendo la literatura comparada existente.

Al igual que en la primera edición de estos materiales, por razones pedagógicas se han omitido en general las remisiones detalladas a los autores, sólo hacemos remisiones generales a los capítulos relevantes de los mismos que permiten al lector acceder a la información necesaria para complementar sus estudios y en aquellas porciones en donde resulta necesario hacer una referencia específica. No se trata de un texto dogmático, por lo que intentamos evitar que adquiriera un tono académico y, en cambio, privilegiamos una orientación eminentemente práctica y de fácil lectura. Con todo, en las páginas finales se ofrece un listado de la bibliografía que sirvió de base a estos materiales, así como la indicación de bibliografía complementaria.

CAPITULO II

TEORÍA DEL CASO

1. El juicio: una cuestión estratégica

Como hemos señalado en la introducción de este libro, litigar juicios orales es un ejercicio profundamente estratégico. Esta es una idea incómoda para nuestra cultura jurídica tradicional, pues siempre hemos concebido al juicio penal como un ejercicio de averiguación de la verdad; y siendo así, ¿cómo podría el juicio ser una cuestión estratégica? No hay nada estratégico acerca de la verdad, diría un clásico: o el imputado mató a la víctima, o no la mató; o robó el banco, o no lo robó; ¿qué lugar tiene aquí la estrategia como no sea más bien un intento por, precisamente, ocultar o distorsionar la verdad? Esta es, más o menos, la postura que subyace a nuestra cultura tradicional.

Sin embargo, incluso cuando uno concuerda con que el mejor valor del juicio penal es distinguir quién es culpable de quién es inocente -descubrir la verdad, dirían algunos- lo cierto es que esa verdad se encuentra en un pasado que, lamentablemente, nadie puede visitar. Los hechos que componen el delito y sus circunstancias suelen ser de enorme complejidad y, entre lo uno y lo otro, para un gran número de causas lo más probable es que nunca sepamos realmente qué fue exactamente lo que ocurrió. Incluso en aquellos casos que parecen simples o respecto de los cuales hay pruebas muy poderosas, hay zonas de la “verdad” que probablemente nunca lleguemos a conocer: qué estaba exactamente en la mente de las personas cuando realizaron esas conductas; cuáles fueron sus motivaciones; qué factores ocultos a la prueba determinaron los hechos tal y como ocurrieron.

Lo cierto es que respecto del delito y sus circunstancias lo mejor que tenemos son un conjunto de versiones acerca de lo que “realmente ocurrió”. El imputado tiene una versión, la víctima tiene la suya, la policía hace lo propio, y lo mismo cada uno de los testigos. En ocasiones se trata de versiones completas, en ocasiones se trata de versiones parciales; en ocasiones dichas versiones se construyen sobre la base de información ‘dura’, en ocasiones sólo sobre la base del prejuicio o el error. Esta parece ser una realidad difícil de evitar cuando se trata del juicio penal: cuando se trata de averiguar qué fue lo que ocurrió en un caso penal lo máximo que tenemos es un conjunto de versiones en competencia, heterogéneas, fragmentadas, parciales y disímiles. Todos querríamos que fuera distinto, porque nos gustaría pensar que a través del juicio podemos suprimir el error y distinguir siempre claramente al culpable del inocente. Pero, de hecho, cuando los jueces fallan hacen esto mismo: construyen una versión acerca de lo que “verdaderamente ocurrió” y aceptamos esa versión como la versión oficial. En ocasiones hacen esto adoptando completamente la versión de una de las partes, en ocasiones lo hacen tomando porciones de las versiones de cada una de las partes. Pero, desde luego, nadie pretendería que cuando el juez dicta una sentencia ella ha descubierto necesariamente la verdad; los no pocos casos en que hemos condenado a inocentes o liberado culpables parecen hablar alto en contra de esa idea.

Si esto es así, entonces, el juicio es un ejercicio profundamente estratégico, en un específico sentido: la prueba no habla por sí sola. La prueba debe ser presentada y puesta al servicio de nuestro relato, nuestra versión acerca de qué fue lo que realmente ocurrió. Nuestra cultura jurídica, desde siempre fuertemente influenciada por una idea más bien simplista de “la verdad” asociada al procedimiento inquisitivo, ha operado tradicionalmente como si la prueba

‘hablara por sí misma’. Eso, en el proceso inquisitivo, se refleja en todo el modo de presentar la prueba. Por ejemplo, en la forma en que declaran los testigos -espontáneamente y no bajo las preguntas de alguien, al menos inicialmente- como si los testigos no tuvieran más que ‘contar la verdad’ acerca de lo que percibieron y como si eso que percibieron no estuviera al servicio de una particular versión de las muchas en competencia; lo mismo ocurre cuando los objetos y documentos ingresan al debate simplemente por ser recolectados, sin que nadie los ponga en el contexto de un relato.

La prueba debe ser presentada. Debe ser ofrecida al interior de un relato. Debe ordenarse al servicio de la versión para la cual está siendo ofrecida. No estamos diciendo que haya que inventarla, fabricarla o tergiversarla. Cuando decimos que la litigación de juicios es un ejercicio estratégico no queremos implicar ninguna versión de ‘diez recetas para engañar al tribunal’. Todo lo contrario: queremos decir que si ese tribunal tiene alguna chance de dar con lo que realmente ocurrió -de dar con la verdad- ello depende de que las partes puedan presentarle un relato coherente, claro, completo y creíble acerca de los hechos. Decimos que este es el método del sistema acusatorio. Sería una fortuna que pudiéramos contar con mejor información para decidir si una persona cometió o no el delito; sería una fortuna que para cada juicio pudiéramos tener información objetiva, imparcial, completa, una cámara de video que grabe claramente cada delito y el estado mental de todos los participantes en él. Pero no tenemos eso. Lo que tenemos son versiones en competencia. Siendo así, resulta completamente determinante que podamos mostrar al tribunal con toda claridad y credibilidad nuestra versión de los hechos, y eso es una cuestión estratégica en términos de cómo obtener de la prueba la información -real- que la prueba contiene y como estructurar esa información de modo que los jueces obtengan lo que necesitan de ella para fallar correctamente. El abogado es en este sentido un mensajero de cierta información; y no importa qué tan bueno sea el mensaje, ni qué tan significativo: si el mensajero es malo, el mensaje no llega. La información más determinante de un testigo puede naufragar en un mar de datos irrelevantes, superabundancia u hostilidades con el abogado; o, al contrario, este detalle que habría hecho que los jueces se convencieran acerca de la culpabilidad o inocencia, puede pasar completamente desapercibido. Tal vez es posible que el testigo llegue a mencionar dicho detalle, pero para entonces tal vez los jueces ya no estén escuchando.

La labor del abogado es, pues, hacer que llegue el mensaje, y el mecanismo natural de transmisión es el relato. Pero al litigante no le bastará -para ser bueno- tan sólo que su historia sea entretenida o interesante, sino que ella deberá transmitir al tribunal que se trata de la versión más fidedigna de los hechos y la interpretación de la teoría más adecuada y justa.

El litigante en el juicio oral, en fin, debe narrar. Narrar y persuadir. Esa será su principal tarea y su más primordial objetivo. Está tarea no está entregada nada más al talento intuitivo y personal de cada litigante, y demostrar eso será precisamente la labor de las páginas que siguen. Sin duda los juicios orales imponen exigencias fuertes a la intuición del litigante: por muy exhaustiva que sea nuestra preparación, jamás podremos anticipar con precisión lo que ocurrirá durante el juicio, las respuestas inesperadas de los testigos, las maniobras de la contraparte, las observaciones de los jueces o la aparición de nueva evidencia. Sin embargo, la importancia atribuida al instinto y al carácter histriónico de los abogados no se corresponde con lo que comúnmente ocurre en un juicio oral, y más bien contribuye a que descuidemos el

Imprescindible esfuerzo por una preparación meticulosa. La intuición y el talento escénico de los litigantes está sometido a una larga lista de restricciones que, partiendo con las mismísimas reglas del ritual procesal, pasan por la valoración de la prueba, los esfuerzos competitivos de la contraparte por acusar las carencias o excesos en que uno vaya a incurrir, los esfuerzos por transmitir a los jueces la idea de que se tiene un verdadero caso y que la información es fidedigna.

El juicio oral es vertiginoso y no reserva ninguna piedad para los abogados que no sepan exactamente qué deben hacer en el momento oportuno. Confiar y abandonarse a la intuición y al talento es un error, que por lo general acaba en una sentencia desfavorable para el abogado que confió en que podría improvisar sobre la marcha. Gran parte del "arte" del litigio en juicio oral consiste en técnicas que pueden aprenderse del mismo modo en que se aprende cualquier otra disciplina. Es cierto que sus resultados no siempre gozan de la misma precisión, pero ello no desmiente el hecho de que el arte de ser un buen litigante pueda ser adquirido y transmitido. Conocer y utilizar estas técnicas nos proporcionará una base sólida para formular las decisiones intuitivas que el juicio oral de todos modos demandará de nosotros.

2. La narración de historias en juicio: proposiciones fácticas vs. teorías jurídicas.

El juicio oral puede ser caracterizado como la construcción de un relato, en que cada uno de los actores va aportando su trozo de historia. Pero los litigantes, además de hechos, trabajan con -por decirlo de algún modo- teorías jurídicas. Saber distinguir qué encaja en cuál parte del juicio oral -hechos o derecho- no es inocuo, y hará la diferencia entre un buen y un mal litigante. El derecho es importante pero, si se desea perder el caso, no hay más que invadir las preguntas a los testigos con complejas construcciones jurídicas; el testimonio se perderá, el testigo habrá sido inútil y nosotros nos habremos desacreditado ante un tribunal lleno de tedio con nuestra actuación.

2.1.- La distancia entre la narración de hechos y las conclusiones legales.

Cuando perseguimos que se condene o se absuelva a una persona, lo hacemos vestidos de una herramienta particular: la ley³. Para el juzgador, serán buenas o malas las razones que demos en favor de nuestro cliente en la medida que obedezcan -y lo obliguen a obedecer- los mandatos de la ley. ...

La ley, a su turno, es un gran enjambre de teorías jurídicas, entendiendo por éstas proposiciones abstractas y generales que buscan un correlato en la realidad de los casos a los que se las pretende aplicar. Una de las principales dificultades que presenta el juicio es que éste consiste en satisfacer ciertas teorías jurídicas, y éstas suelen ser abstracciones casi siempre lejanas algunos metros de los hechos que presenta la prueba. La ley nos ofrece teorías jurídicas acerca de las más disímiles cosas: cuándo se perfecciona un contrato, cuándo se forma la

³ Sí, de acuerdo, no sólo la ley, sino todos los recursos normativos y dogmáticos que surgen más bien del derecho como disciplina, del cual la ley no es más que una parte restringida. No nos pongamos quisquillosos, se trata de un curso preeminentemente práctico.

voluntad, cuándo la voluntad está viciada, cuándo la responsabilidad por un delito debe ser atenuada, cuándo un homicidio está exento de responsabilidad penal o cuándo se configura, por ejemplo, una figura penal agravada. En fin, el listado resultaría prácticamente infinito; se trata de las construcciones teóricas que hace la ley y que constituyen el catálogo de "razones" plausibles de ser esgrimidas en un tribunal para respaldar nuestra pretensión. Estas teorías jurídicas suelen ser complejas, generales y abstractas.

Cuando decimos que las teorías jurídicas son complejas, nos referimos, en primer lugar, a que la mayoría de ellas están constituidas por grupos de elementos. Por ejemplo, la "tipicidad del robo" consiste en: a) apoderarse de una cosa; b) mueble; c) ajena; d) mediante fuerza o intimidación; e) con ánimo de lucro... etc. En consecuencia, cuando queremos pedirle al tribunal que considere esta específica teoría que estamos invocando -la tipicidad del robo- le deberemos estar diciendo que todos estos elementos deben darse por satisfechos.

En segundo lugar, los elementos -en tanto abstractos y generales- se refieren a categorías de conductas y a grupos de sujetos, por lo que constituyen proposiciones que no pueden ser probadas como tales. Más bien son conclusiones que el juzgador debe extraer de los hechos que presenta la prueba. En general, los testigos no pueden prestar testimonio en el lenguaje técnico de los elementos que componen las teorías jurídicas. Por ejemplo, un testigo no puede decir "el acusado desplegó una representación dolosa que me indujo a error a resultas del cual dispuse de mi patrimonio con perjuicios", pues la mayoría de estos elementos están fuera de la percepción de sus sentidos, incluso fuera de su conocimiento vulgar. Qué sea una representación, la concurrencia del dolo, el error, son más bien cuestiones que el tribunal deberá concluir a resultas del testimonio de este testigo.

Lo cierto es que las teorías jurídicas -porque son abstractas y generales- no se refieren a una historia concreta, sino que pueden superponerse a un número infinito de historias de la vida real. En un caso la representación de la estafa consistirá en haber hecho pasar bronce por oro, en otro consistirá en que un pelafustán se habrá presentado como un gran señor... En un caso el engaño habrá inducido a la víctima a pagar una suma de dinero, en otro la habrá inducido a celebrar un contrato que de otro modo no habría celebrado. En todos los casos se trata de alegar una representación, un error, y el resto de los elementos, pero cada uno de ellos puede tomar la forma de una multiplicidad de historias concretas. El resultado, entonces, es una distancia entre el testimonio y los hechos que necesitamos para configurar la teoría jurídica que pretendemos invocar. De un lado están los relatos, desprovistos de conclusiones jurídicas; de otro, las teorías y sus elementos, desprovistas en principio de contenido fáctico específico. El modo de superar esta distancia es presentándole al tribunal proposiciones fácticas para cada uno de los elementos de nuestras teorías jurídicas, y de ellas hablaremos a continuación.

Veamos el siguiente caso:

El señor Edwards, próximo a cumplir 25 años de matrimonio, decide adquirir un valioso Dalí original, sabiendo que su esposa ha sido siempre fanática del pintor español. Para ello, se dirige a la galería de arte más prestigiosa de Santiago, la galería de Martita Subercasaux Matta Valdivieso. La galería ha anunciado repetidamente en los diarios su colección de cuadros de Dalí.

Conversando directamente con la señora Martita, ésta le muestra una obra de Dalí. Al momento de mostrarle el cuadro, le dice 'mire este precioso Dalí, su señora va a quedar encantada', exhibiéndole además un certificado de autenticidad extendido por el museo El Prado de Madrid. Mientras están negociando en la oficina, Martita recibe un llamado telefónico que pone en altoparlantes, en el que supuestamente el Director del Louvre le pide la pintura para una exposición. Edwards decide comprarlo y Martita le cobra 20 millones de pesos. Edwards acepta y paga en un solo cheque. Al llegar a su casa, Edwards le regala a su mujer el cuadro. Durante la fiesta, Edwards presenta el Dalí ante todos sus amigos, exhibido en un lugar especial de su casa que se llama "el salón de Dalí". Algunos días después, cuando pretende asegurarlo, un experto de la compañía de seguros le confirma que se trata de una reproducción de alta calidad. Edwards desea que la señora Martita Subercasaux Matta Valdivieso sea condenada como la más grande timadora de todos los tiempos y que se la obligue a indemnizarle los perjuicios sufridos (entre ellos, el daño moral producido por la amenaza de abstinencia de por vida a que lo sometió su esposa cuando se enteró que su marido le había regalado en sus bodas de plata una falsificación burda y barata).

El derecho tiene toda una teoría jurídica acerca de la estafa y su configuración. Dicha teoría está compuesta por una serie de elementos constitutivos: a) una representación; b) que dicha representación engañe o induzca al error de la víctima; c) que a consecuencia de dicho engaño o error la víctima haga una disposición patrimonial; d) que esta cause un perjuicio para la víctima; y e) nexo de causalidad entre los elementos anteriores. Reconocer en forma precisa cuáles son los elementos que constituyen la teoría de que queramos echar mano será fundamental, pues es lo que nos permitirá luego determinar cuáles son las proposiciones fácticas que deben constituir nuestra teoría del caso.

Ahora bien, por regla general los testigos no podrán atestiguar en el lenguaje específico de los elementos. En nuestro ejemplo, Edwards no podrá decir "Martita desplegó una representación dolosamente engañosa que me indujo a error".

Los elementos son abstractos y generales, y en ningún caso están relacionados con nuestro juicio en concreto; cuando uno acude a las normas de la estafa del código penal, allí no se dice nada acerca del señor Edwards, ni de la señora Martita, ni de pinturas, Dalíes o galerías de arte.

2.2. Propositiones fácticas⁴

Una proposición fáctica es una afirmación de hecho, respecto de mi caso concreto, que si el juez la cree, tiende a satisfacer un elemento de la teoría jurídica. Dicho de otro modo, una proposición fáctica es un elemento legal reformulado en un lenguaje corriente, que se remite a

⁴ Tomamos el concepto de proposiciones fácticas del texto de Paul Bergman, *La Defensa en Juicio*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1989 págs. 23 y siguientes.

experiencias concretas del caso, sobre las que un testigo sí puede declarar. Por consiguiente, los relatos de nuestros testigos determinan finalmente el contenido de las proposiciones fácticas, a la vez que las proposiciones fácticas deben estar contenidas en el relato de los testigos. Aquí tenemos algunas de las proposiciones fácticas que el abogado de Edwards podría formular en el tribunal, para configurar la teoría de la estafa:

Elemento 1: Representación

- Proposición fáctica N°1:* La señora Marta le dijo al señor Edwards que las pinturas eran auténticas.
- Proposición fáctica N°2:* La señora Marta le mostró al señor Edwards un certificado falso de autenticidad, supuestamente expedido por el museo El Prado en Madrid.
- Proposición fáctica N°3:* Mientras el señor Edwards negociaba el precio con la señora Marta, ella recibió un llamado que puso en modalidad ambiental, en el cual su hermano se hizo pasar por el director del museo de Bellas Artes, y le solicitaba las pinturas para una exposición.
- Proposición fáctica N°4:* La galería de Martita es la galería más prestigiosa del país.

Elemento 2: Dolo

- Proposición fáctica N°1:* La señora Martita sabía -cuando le dijo al Sr. Edwards que la pintura era auténtica- que se trataba en realidad de una reproducción.
- Proposición fáctica N°2:* La señora Martita había ofrecido la misma pintura el día anterior a un familiar, señalándole que se trataba de una reproducción de alta calidad.

Elemento 3: Error de la víctima

- Proposición fáctica N°1:* El señor Edwards llegó a su casa con la pintura y se la regaló a su mujer, diciéndole que se trataba de un Dalí auténtico.
- Proposición fáctica N°2:* El señor Edwards fue a la semana siguiente a una compañía de seguros para tomar una póliza por riesgo de pérdida, daño o robo, de un Dalí auténtico.

Elemento 4: Disposición patrimonial.

- Proposición fáctica:* Edwards pagó a la Sra. Marta veinte millones de pesos.

Algunas observaciones respecto de las proposiciones fácticas:

En primer lugar, es sobre las proposiciones fácticas que recae la prueba. La prueba no recae sobre los elementos legales de las teorías jurídicas. En general, el testigo no podrá decir 'Martita desplegó una representación dolosa'; el testigo declarará la proposición fáctica 'Martita se hizo llamar por su hermano fingiendo ser el director de El Prado'. Los abogados con frecuencia confunden esta cuestión y, por lo tanto, pretenden hacer con la prueba algo que la prueba no puede hacer. Esto confunde el relato y debilita el poder informativo de dicha prueba.

Una segunda observación es que uno puede contar con múltiples proposiciones fácticas para cada uno de los elementos legales, o sólo con una.

Una tercera observación es que las proposiciones fácticas pueden ser fuertes o débiles. Son más fuertes en la medida en que más satisfacen el elemento legal para el que fueron ofrecidas. Hay proposiciones fácticas que son tan fuertes, que ellas solas satisfacen el elemento completamente. Así por ejemplo, en el caso del Dalí, si el tribunal cree que Edwards pagó a la Sra. Marta veinte millones de pesos, entonces ello satisface el elemento 'disposición patrimonial'. Nótese que la fortaleza o debilidad de una proposición fáctica no tiene que ver con que tengamos prueba para acreditarla. La prueba es crucial, pero es otro problema. Cuando analizamos la fortaleza o debilidad de una proposición fáctica lo hacemos quitando de en medio la pregunta de la prueba. Recuerden: "...una afirmación de hechos... que *si el juez la cree...*" Esto es, si hemos resuelto el problema de la prueba. La debilidad de una proposición fáctica, entonces, tiene que ver con su ineptitud para satisfacer el elemento legal para el que fue ofrecida. Tomemos por ejemplo la cuarta proposición fáctica ofrecida para el elemento 'representación': "La galería de Martita es la más prestigiosa del país". Incluso si uno tiene resuelto el tema de la prueba -supongamos que tenemos prueba abundante y no controvertida al respecto- esta proposición fáctica parece ser débil para satisfacer el elemento 'representación'; de este hecho no parece en principio poder seguirse demasiado acerca de que haya tenido lugar una representación.

¿Cuál es el test para evaluar la calidad de una proposición fáctica? El 'test de la superposición': mientras más esté mi contraparte en condiciones de superponer a esa misma proposición fáctica otra interpretación al menos igualmente razonable y creíble de esos hechos, más débil ella es. Volvamos sobre la proposición fáctica que revisábamos recién: "la galería de Martita es la más prestigiosa del país". La acusación propone que ese hecho debe interpretarse en el sentido de que una galería de arte prestigiosa sólo vende cuadros originales. Pues bien, la defensa tal vez quiera proponer que las galerías de arte, por prestigiosas que sean, venden tanto originales como reproducciones y que, en consecuencia, aun aceptando completamente la proposición fáctica del fiscal ("la galería de Martita es la más prestigiosa del país"), el defensor está en condiciones de preguntar: ¿Y QUÉ? Esto se traduce en un argumento más o menos del siguiente tenor (típicamente en el alegato final): "señores jueces, nos complace y nos halaga que el fiscal aprecie el prestigio de la galería de mi cliente; pero el fiscal pretende que el hecho de ser una galería muy prestigiosa hace automáticamente que sólo se puedan vender allí cuadros originales. Es un misterio para mí de dónde pueda haber sacado el fiscal esa idea, porque el hecho es que toda galería de arte

vende tanto originales como reproducciones, de manera que del puro hecho de que la galería sea muy prestigiosa no se sigue nada respecto de que haya habido aquí una representación...” Desde luego, los abogados necesitan sustentar sus versiones alternativas (en ese sentido deben ser al menos igualmente razonables y creíbles), lo cual muchas veces va a exigir prueba respecto de ellas, dependiendo de quién tenga la carga. El punto es que mientras más esté la contraparte en condiciones de ofrecer una versión igualmente creíble y razonable a esa misma proposición fáctica, más débil ella es.

Una última observación es que, desde luego, la fortaleza o debilidad de una proposición fáctica no puede evaluarse respecto de cada una de ellas individualmente considerada, sino de todas ellas sopesadas unas con otras, tanto las propias como en frente de las de la contraparte. Así, proposiciones fácticas que pueden parecer en principio muy fuertes, pueden tornarse muy débiles bajo el test de la superposición cuando aparecen en el relato otras proposiciones fácticas que ofrecen versiones igualmente razonables. Tomemos por ejemplo la proposición fáctica “Martita le aseguró a Edwards que el cuadro era un Dalí original”. La proposición es ofrecida por el fiscal para satisfacer el elemento ‘representación’ y parece en principio poderosa: si Martita le dijo que era original y resulta que era una reproducción, eso ciertamente *tiende* a satisfacer la representación. Sin embargo, supongan que el abogado defensor está en condiciones de probar la proposición fáctica “Martita estaba genuinamente convencida de que el cuadro era original” (y, por ejemplo, que pagó una suma ligeramente inferior cuando ella misma compró el cuadro algunos meses antes); esa nueva proposición fáctica, si puede ser sustentada desde la prueba, hace débil la proposición -originalmente poderosa- de que Martita le dijo a Edwards que el cuadro era auténtico. La hace débil no porque no sea cierto -Martita misma estaría completamente dispuesta a aceptar que ella pronunció esas palabras- sino porque la interpretación de ese hecho, en frente de esta nueva proposición fáctica, varía completamente.

2.3.- Prueba

El lenguaje del juicio es, en sus partes más relevantes, el lenguaje de la prueba. Cada una de las proposiciones fácticas que conforman nuestro relato debe ser probada. En este sentido, una cosa es la fortaleza o debilidad de la proposición fáctica en tanto tal -el test de la superposición- y otra diferente es cuánto puedo probar dicha proposición.

Como dijimos algunas líneas atrás, la prueba recae sobre las proposiciones fácticas. En consecuencia, la construcción precisa y clara de la proposición fáctica determina completamente la prueba que vamos a necesitar. Supongamos por ejemplo que el fiscal tiene en mente la proposición fáctica “Martita le cobró a Edwards veinte millones de pesos por el cuadro”. Supongamos que el fiscal la ofrece para satisfacer el elemento ‘representación’. ¿Es esa realmente la proposición fáctica que sirve al fiscal? Si el fiscal pretende satisfacer el elemento ‘representación’ parece que la proposición que le sirve es más bien “Martita le cobró el valor de un Dalí original”. Son dos proposiciones diferentes. La primera es débil, pues tal vez veinte millones de pesos sea un precio razonable por la reproducción de un Dalí cuyo original vale en realidad varios cientos de millones (digamos, además, que la copia fue hecha

por un pintor famoso...). El fiscal en verdad quería decir lo segundo; sólo que para cuando se dio cuenta del error, tiene problemas de prueba: para acreditar la primera proposición fáctica el fiscal no necesitaba más que prueba documental (el cheque, el recibo, la factura o cualquier otra similar), y eso es todo lo que ofreció. Para acreditar la segunda proposición, en cambio, requiere no sólo la prueba del pago, sino un peritaje que diga "tanto es lo que vale este Dalí original".

También la prueba puede ser fuerte o débil. Allí donde en las proposiciones fácticas el test de fortaleza o debilidad es el test de la superposición, en el caso de la prueba el test es el de la credibilidad. La libre valoración de la prueba propia de los sistemas acusatorios en los que se desenvuelve el juicio oral conforma toda una estructura de razonamiento en lo que hace a la credibilidad de la prueba. A lo largo de estos materiales iremos revisando diversos factores que construyen dicha credibilidad.

De esta suerte, es posible que tengamos proposiciones fácticas muy fuertes, pero respecto de las cuales contamos con prueba muy débil. Por ejemplo, sabemos que cuando Edwards fue a encarar a Martita, ella le respondió que 'estafarlo a él había sido como quitarle el dulce a un niño'. Nada mal la proposición fáctica: si el juez la cree, probablemente opere bastante como una verdadera confesión. Sin embargo, tal vez lo único que tengamos como prueba es la propia declaración de Edwards: testimonio de oídas, altamente incriminatorio, proveniente nada menos que del querellante... en abstracto, buena proposición fáctica, mala prueba. En otras ocasiones la situación será la inversa: dispondremos de prueba muy poderosa, que acreditará sin embargo proposiciones fácticas muy débiles. En ninguna de estas dos situaciones parece una opción razonable para el abogado gastar recursos de litigación. Esas proposiciones fácticas o esas pruebas son puro derroche y los esfuerzos del litigante deberán focalizarse en otras partes.

Si esto es así, entonces la pregunta del millón es: ¿qué pruebas necesito, para acreditar cuáles proposiciones fácticas, que satisfagan qué elementos de cuáles teorías jurídicas? Esta es la expresión más gruesa de la afirmación de que el juicio es un ejercicio profundamente estratégico, y la respuesta a esta pregunta es lo que se conoce como "teoría del caso".

3. La teoría del caso

La teoría del caso es, por sobre todas las cosas, un punto de vista. Siendo el juicio penal ineludiblemente un asunto de versiones en competencia, Calderón parece ser el poeta de moda: todo depende del color del cristal con que se mira. Hay que ofrecerle al tribunal ese cristal. La teoría del caso es un ángulo desde el cual ver toda la prueba; un sillón cómodo y mullido desde el cual apreciar la información que el juicio arroja, en términos tales que si el tribunal contempla el juicio desde ese sillón, llegará a las conclusiones que le estamos ofreciendo. Pensemos de vuelta en el caso del Dalí que ofrecíamos páginas atrás: si el tribunal cree que Martita maquinó toda la situación para estafar a Edwards, entonces cuando vea el certificado de autenticidad falso que le entregaron a éste, lo que entenderá es que Martita fabricó dicho certificado dolosamente; en cambio, si el tribunal cree que la propia Martita estaba engañada acerca de la autenticidad del cuadro, entonces cuando le presenten el

certificado falso que ésta le entregó a Edwards, el tribunal entenderá que ella fue también víctima de este documento.

La cultura inquisitiva ha operado tradicionalmente como si tal sillón no existiera. Como si fuese posible para los jueces observar la prueba desde ningún punto de vista. Pero esto no es posible. O nosotros proveemos al tribunal de un punto de vista convincente, o nuestra contraparte lo va a hacer, o, en fin, los jueces lo van a adquirir por su propia cuenta de un modo y con resultados imprevisibles para nosotros. Desde luego, tal vez los jueces no se comprenden la teoría del caso que les estamos ofreciendo, eso ocurre cada vez que una parte pierde un caso; y por cierto, nuestra teoría del caso no puede consistir en cualquier cosa que nos parezca conveniente inventar sino que depende fuertemente de las proposiciones fácticas que podremos probar en el juicio. Pero el punto es que el profesionalismo de un litigante pasa por ofrecer a los jueces la mejor teoría del caso posible dada la prueba disponible.

Una vez que se tiene una teoría del caso, la regla es casi absoluta: mi teoría del caso domina todo lo que hago dentro del proceso -particularmente dentro del juicio- y nunca, nunca, nunca, hago nada inconsistente con mi teoría del caso. Todas las proposiciones fácticas que intentaré acreditar en juicio, toda la prueba que presentaré para acreditar dichas proposiciones fácticas, todo examen, contraexamen y alegato que realizo dentro del juicio están al servicio de y son funcionales a mi teoría del caso. De lo contrario, cada vez que me aparto de mi teoría del caso pierdo credibilidad, en un escenario donde 'credibilidad' es el nombre del juego.

Imaginemos a un abogado ejecutando el contraexamen de un testigo. Supongamos que el punto central de este contraexamen es la desacreditación del testigo -presentado por el Ministerio Público- por ser inconsistente con declaraciones previas dadas extrajudicialmente. Supongamos que el abogado ejecuta a la perfección toda la técnica de contraexamen que revisaremos más adelante; hace recorrer al testigo una vez más las declaraciones prestadas en su examen directo, fijándolas frente al tribunal: que la víctima -cónyuge de su cliente- era un ángel de Dios, una buena esposa que adoraba a su marido por sobre todas las cosas; luego, lo hace describir las condiciones de credibilidad en que prestó cierta declaración previa -una declaración voluntaria ante el mismo Ministerio Público algunos meses antes; por último, cuando el propio testigo ha cerrado todas sus posibles vías de escape, el defensor lo confronta con la inconsistencia entre ambas declaraciones: en efecto, el testigo había dicho al Ministerio Público que la víctima en realidad odiaba a su marido, que discutían violentamente con frecuencia y que ella lo había amenazado con dejarlo y no permitirle jamás ver a sus hijos. (...¿verdad que este testigo es inconsistente y poco verosímil cuando el día de hoy nos describe a la víctima como una persona noble y pacífica?...).

El abogado cree haberlo hecho bien. En efecto, ha demostrado ante el tribunal que este testigo cambia las versiones y se contradice. Ha demostrado esa inconsistencia siguiendo impecablemente la técnica de contraexamen. Sin embargo, aunque desacreditó las declaraciones de ese testigo, para el tiempo en que había acabado el tribunal pensaba que el acusado tal vez sí tuvo un motivo para matar a su esposa, motivo que le faltaba hasta antes del contraexamen a ese testigo. La técnica de este abogado puede haber sido perfecta, pero la

mayor de las falencias de un litigante es no ser capaz de poner lo que está haciendo al interior del juicio en relación con su teoría del caso, y terminar siendo inconsistente con ésta. (la teoría del caso de la defensa habría corrido más o menos así: "nuestro cliente no mató a su esposa ¿por qué habría de hacer una cosa así?, no tenía ningún motivo..."). Se trata ésta de una regla simple, comprensible, y prácticamente absoluta: jamás hacer nada inconsistente con la propia teoría del caso.

La teoría del caso es la idea básica y subyacente a toda nuestra presentación en juicio, que no sólo explica la teoría legal y los hechos de la causa, sino que vincula tanto de la evidencia como es posible dentro de un todo coherente y creíble. Sea que se trate de una idea simple y sin adornos o de una compleja y sofisticada, la teoría del caso es un producto del trabajo del abogado. Es el concepto básico alrededor del cual gira todo lo demás.

Una buena teoría del caso es el verdadero corazón de la actividad litigante, pues está destinada a proveer un punto de vista cómodo y confortable desde el cual el tribunal pueda 'leer' toda la actividad probatoria, de manera tal que si el tribunal mira el juicio desde allí, será guiado a fallar en nuestro favor.

Desde luego, la teoría del caso depende en primer término del conocimiento que el abogado tenga acerca de los hechos de la causa. Además, va a estar determinada también por las teorías jurídicas que queramos invocar en favor de nuestra parte. No se trata, en consecuencia, de "inventar" una historia que altere -que mienta- sobre los hechos ocurridos. Ello, tanto por razones poderosas en el ámbito ético, como por razones igualmente fuertes en el plano estratégico: el entorno del juicio oral dificulta enormemente la posibilidad real de mantener consistentemente una mentira y es además extraordinariamente sensible a ella, pues no exige que seamos capaces de probar el perjurio: basta con que el tribunal no crea la teoría del caso planteada por la parte para que ésta pierda el juicio.

Una de las dificultades que presenta la teoría del caso en las causas penales es que, por lo general, sólo podremos defender una y nada más que una, lo que nos obligará a tomar opciones estratégicas y 'jugarnos' por ella. Veamos un ejemplo: se trata de un acusado por homicidio, y el abogado defensor responde:

"Lo cierto es que mi representado no estaba en el lugar de los hechos al momento del homicidio...

Ahora... si se prueba que estaba en el lugar de los hechos, él no fue quien disparó el arma...

Pero bueno... si se prueba que él sí disparó el arma, entonces lo hizo en legítima defensa...

Ahora bien... si no se logra acreditar la legítima defensa, entonces mi representado es inimputable por demencia..."

En el caso de los juicios orales, manejar más de una teoría del caso suele ser desastroso, especialmente si son incompatibles. Sostener teorías múltiples e incompatibles irá en directo desmedro de la credibilidad de nuestro caso. La señal que se envía al tribunal cuando se evita poner demasiados huevos en la misma canasta es que uno no confía en la canasta. La cuestión

al diseñar una teoría del caso, entonces, es proveerse de una canasta lo suficientemente grande y fuerte para poner en ella tantos huevos como sean necesarios.

Lo primero que debe tenerse presente en este sentido es que una teoría del caso servirá mejor a nuestra causa en la medida en que más creíble sea. Los abogados, como los vendedores, deben creer en su producto. Aun cuando nuestra actuación en el tribunal sea técnicamente impecable, los argumentos del litigante sólo serán efectivos si convencen al tribunal. Y es difícil convencer a los jueces de que crean razones en las que ni siquiera el abogado que las representa cree. Teniendo especialmente en cuenta que en el procedimiento penal el juez valora libremente la prueba, la palabra clave que rige toda la prueba es: CREDIBILIDAD. No importa cuán técnicamente impecable es nuestra presentación, cuán estructurada está nuestra evidencia, cuán fundamentadas nuestras teorías jurídicas; lo único que importará es si el tribunal nos cree o no.

El paso siguiente en la construcción de una teoría del caso eficaz es hacerla simple. La simplicidad de una teoría del caso estriba en que ésta sea capaz de explicar con comodidad toda la información que el juicio produce, incluida la información que emana de la prueba de la contraparte. De otro modo, nos veremos obligados a complementarla con elementos foráneos que expliquen los puntos que ella no ha logrado alcanzar y a ‘parchar’ los ‘hoyos’ de nuestra teoría del caso; cada parche tendrá un costo en credibilidad. Hace unos años atrás tuvimos contacto en Estados Unidos con un caso que ilustra este punto:

El Sr. Kiev era un inmigrante que había llegado a Estados Unidos desde Polonia hacía algunos años atrás. El primer año había viajado solo, mientras encontraba trabajo. Un año después trajo a su familia y junto a su esposa se hizo cargo de la concesión de un negocio de comida rápida. El Sr. Kiev fue acusado por la fiscalía de haber abusado sexualmente de su hija Ana, de once años al momento de los hechos, varias veces en el curso de ese año. Era parte de la historia, además, el hecho de que Ana le dijo varias veces a su madre que su padre le estaba haciendo “esas cosas”, sin que la madre denunciara a su marido ni lo enfrentara. La única prueba directa en poder de la fiscalía era el testimonio de la propia Ana, todo el resto de la prueba era puramente indiciaria; entre ésta última, la fiscalía presentó a la madre de la Sra. Kiev -Sra. Trenz-, quien declaró que vivía en Polonia y que había sido llamada por su hija para que fuera a vivir con ellos a Estados Unidos, de manera de poder estar permanentemente custodiando a Ana y asegurar así que la niña no estuviera sola con su padre mientras la Sra. Kiev hacía su turno en el negocio. La teoría del caso, entonces, fue construida por la fiscalía en el sentido de que Kiev abusó de su hija varias veces en el período señalado, que su esposa no habría sabido a quién recurrir en Estados Unidos pues era extranjera, y había tolerado la situación pensando que podría proteger a su hija y a la vez modificar la conducta de Kiev, para lo cual habría traído a su madre desde Polonia a vivir con ellos.

No obstante, la defensa planteó su propia teoría: los hechos jamás tuvieron lugar y Ana había sido manipulada por su madre, motivada por el despecho y la ambición, para declarar estas cosas.

En los primeros días de juicio, la prueba que aportaba la fiscalía parecía respaldar su teoría del caso: el testimonio de Ana, el de la Sra. Kiev, el de la Sra. Trenz, el de los múltiples especialistas médicos y psicólogos que habían atendido a Ana, todo parecía apuntar hacia el hecho de que Kiev había abusado de Ana. La teoría de la fiscalía, entonces, se estaba imponiendo y lograba explicar la evidencia mejor que la teoría de la defensa.

A esas alturas, sin embargo, la defensa empezó a jugar sus cartas: al momento de contraexaminar a la abuela de Ana, la defensa puso en evidencia que madre y abuela habían acordado trabajar en la tienda en el mismo horario, pues el trabajo era duro y de esa manera se lo podrían repartir. ¿Cómo congeniaba eso con la teoría del caso de la fiscalía? Si a la Sra. Trenz se le había pedido que dejara su tierra natal a los 74 años de edad para ir a vivir a un país extranjero dada la urgencia de la necesidad de protección que tenía su nieta Ana y el peligro de que permaneciera sola en casa con su padre ¿cómo explicaba la teoría del caso de la fiscalía que, no bien llegada la Sra. Trenz a vivir con su hija, ambas mujeres acordaran compartir el mismo horario de trabajo?... la teoría del caso de la fiscalía empezó a flaquear.

Por otro lado, surgió también de la prueba que, justo en el año en que supuestamente Ana habría denunciado los abusos a su madre, ésta había tomado vacaciones cuatro veces con su marido, algunas de ellas bastante románticas, incluyendo un crucero por el Caribe. ¿Qué mujer -se preguntó la defensa- que sabe que su hija está siendo abusada y que trae a su madre desde Polonia para protegerla, se va de románticas vacaciones con el supuesto abusador?... la teoría de la fiscalía tampoco tenía una buena respuesta para eso.

Finalmente, empezó a surgir de la prueba que el matrimonio Kiev tenía constantes y fuertes discusiones de dinero, pues la Sra. Kiev consideraba que su marido no le pagaba suficiente por lo que ella trabajaba en la tienda. Así, la evidencia arrojó un hecho que terminó de hacer incoherente la teoría del caso de la fiscalía: la Sra. Kiev -que durante dos años había permanecido indiferente a las súplicas de Ana- había curiosamente decidido denunciar a su marido por abusos deshonestos el mismo día en que éste le comunicó que deseaba el divorcio pues tenía otra mujer. En adición a eso, la Sra. Kiev, el día siguiente a la denuncia, habría ido a hablar con los dueños de la concesión, diciéndoles que su marido sería detenido esa tarde, pero que ella estaba en condiciones de seguir con la concesión del local.

El jurado finalmente encontró que había una duda razonable en el caso presentado por la fiscalía.

Una buena teoría del caso debe poder explicar cómoda y consistentemente la mayor cantidad de hechos de la causa, incluidos aquellos que establezca la contraparte. En el caso recién expuesto, la fiscalía perdió el juicio simplemente porque su teoría del caso dejaba sin explicar hechos que salieron a luz durante el juicio y que se mostraron relevantes para la causa, obligándola a parchar una y otra vez los abundantes vacíos que surgían para su versión desde la prueba.

La “teoría del caso”, en suma, es nuestra simple, lógica y persuasiva historia acerca de “lo que realmente ocurrió”. Como tal, debe ser capaz de combinar coherentemente nuestra evidencia indiscutida con nuestra versión acerca de la evidencia controvertida que se presentará en el juicio.

Nuestra versión acerca de “lo que realmente ocurrió” es un proceso que comienza muy al principio de nuestra preparación para el juicio. Todo nuestro esfuerzo de preparación se focalizará precisamente en probarla y desfigurar la de la contraparte (que deberemos haber anticipado ya). La elaboración de la teoría del caso exige típicamente: revisar los elementos de las alegaciones de cada parte; determinar los hechos claves que han sido controvertidos y que, en consecuencia, están en disputa, y los testigos y evidencia material de que nuestra contraparte se puede servir en apoyo de su versión de ellos, así como la evidencia de que dispondremos para apoyar nuestra propia versión; investigar todo posible incidente relativo a la legalidad de la pruebas obtenidas o de su presentación en juicio, de manera de poder anticipar realistamente en torno a qué prueba se resolverá en definitiva el caso; finalmente, revisar toda la prueba admisible con que cuenta uno y la contraparte, de manera de poder identificar las fortalezas y debilidades del arsenal probatorio de cada cual. Hecho esto, estaremos en condiciones de esbozar una teoría del caso que exponga las debilidades del oponente, minimice las debilidades propias, explote las propias fortalezas y minimice las de nuestra contraparte. Construir una teoría del caso, en consecuencia, es un proceso que va y viene varias veces a lo largo de las etapas previas al juicio oral, alterándose en la medida en que nuestro conocimiento del caso se va modificando.

CAPÍTULO III: EXAMEN DIRECTO DE TESTIGOS

1. Introducción:

Como hemos visto, el éxito de un juicio depende en gran medida de la creación de una historia o relato verosímil que logre en el juzgador la convicción necesaria para obtener una resolución favorable.

La principal oportunidad con que un abogado cuenta para narrar y probar su historia, permitiéndole al tribunal revivir la versión de los hechos de su cliente, es el examen directo⁵. Con esta expresión designamos 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 (acusado, víctima o testigo propiamente tal).⁶ Es respecto de estos testigos en donde resulta posible desarrollar el relato de manera tal que permita la comprobación de nuestras proposiciones fácticas y el éxito de nuestra “teoría del caso”.

El principal objetivo del examen directo es, entonces, extraer del testigo la información que requerimos para construir la historia o el trozo de historia que éste nos puede proporcionar. Esta es la etapa en que elaboramos la mayor parte de nuestra versión de los hechos, nuestra “teoría del caso”. Así, la relevancia del examen directo es que constituye la principal oportunidad que dispone el litigante para presentar su teoría del caso al tribunal desde el punto de vista de la prueba. El examen directo nos permite relatar nuestra teoría del caso desde la prueba concreta y no las puras afirmaciones del abogado litigante (como por ejemplo en los alegatos de apertura), que hasta el momento han sido sólo una promesa.

Con esta idea central pasamos a examinar algunas cuestiones relevantes de la lógica del examen directo de testigos en el nuevo sistema acusatorio nacional, que luego nos permitirán entender de mejor forma las destrezas de litigación requeridas para su ejercicio efectivo.

2. La Lógica de la Prueba Testimonial en el Nuevo Sistema Procesal Penal:

La primera cuestión que es necesario despejar, aún cuando un tanto obvia en la lógica de un sistema acusatorio, es que la regla general para el sistema es que sólo se considera como testigo a la persona que comparece al juicio a prestar declaración en la audiencia, sometiéndose a las reglas de examen y contraexamen, no pudiendo ser su declaración sustituida o reemplazada por la lectura de actas anteriores en las que consten versiones previas de la misma. En este esquema, un testigo o la prueba testimonial jamás podrá ser la lectura de un acta o protocolo en el cual consta una declaración prestada en forma previa ante algún

⁵ Hemos preferido la palabra ‘examen’ y no ‘interrogatorio’ (que es la utilizada por el Código Procesal Penal, por ejemplo, en el artículo 329) porque creemos que ella da mejor cuenta del trabajo que el abogado desarrolla con el testigo. En efecto –como se verá más adelante– de los testigos no sólo se extrae información estrictamente a través de preguntas y respuestas, sino muchas veces con la persona misma del testigo, se evidencian cosas más allá de las palabras de la respuesta, utilizando a la persona misma del testigo, haciendo demostraciones en el tribunal, etc. Por supuesto, todo esto suele hacerse a través de preguntas y respuestas, pero en el mero interrogatorio no se agota el trabajo del abogado con los testigos.

⁶ El Código en diversas normas hace la distinción entre testigos, acusados y víctimas, por ejemplo en los artículos 330, 331 y 332 respecto de los acusados y testigos.

órgano del sistema (fiscalía o tribunal, por ejemplo). Sólo es testigo y puede ser valorada como prueba testimonial la declaración prestada EN JUICIO por la persona que comparece al tribunal bajo el formato de presentación de prueba testimonial (el examen y contraexamen).

Esta regla encuentra una consagración bastante explícita en el inciso primero del artículo 329 del Código Procesal Penal, cuya función central es la de proteger los principios de inmediación y contradicción. Más adelante tendremos la posibilidad de revisar algunas excepciones a la misma, pero el punto que nos interesa destacar por ahora es que dicha regla establece un mandato fuerte que representa un cambio radical respecto de la concepción de la prueba testimonial existente en el sistema inquisitivo. Allí donde la prueba testimonial solía ser un protocolo en donde constaba lo que un testigo había afirmado en algún momento durante el proceso, el nuevo sistema es sumamente estricto en considerar como prueba sólo aquello producido en el juicio y en un formato que permita satisfacer la inmediación y la contradicción.

Una segunda cuestión en donde existe un cambio de lógica radical en la concepción de los testigos en el nuevo sistema respecto del antiguo se refiere a la idea presente el Código de Procedimiento Penal de 1906 de concebir a todos los testigos como terceros ajenos, “imparciales” o sin ningún compromiso respecto de los relatos que presentan al juicio. Poniéndolo en una caricatura, el viejo Código concebía a los testigos como una suerte de “arcángeles” caídos del cielo cuya función en juicio era el declarar la “verdad” auxiliando a la justicia en su función de decidir el caso. Esta concepción se reflejaba con mucha claridad en varias de las causales de tacha de los testigos contenidas en dicho cuerpo legal. Así, por ejemplo, el artículo 460 al regular las inhabilidades de los testigos, señalaba en su numeral octavo que caen en dicha categoría *“Los que, a juicio del tribunal, carezcan de la imparcialidad necesaria para declarar por tener en el proceso interés directo o indirecto”*. En el numeral sexto del mismo artículo se señalaba como inhábil a los *“Amigos íntimos del procesado o de su acusador particular, los socios, dependientes o sirvientes de uno y otro y los cómplices o encubridores del delito”*.

Esto cambia de manera muy profunda en la lógica del nuevo sistema, para éste los testigos son siempre testigos de parte y no terceros auxiliares del tribunal. Así, la regla general de los testigos que una parte presenta a juicio y que son el objeto de un examen directo es que ellos tengan una predisposición favorable respecto del relato que esa parte pretende introducir a juicio. Es por esta misma razón que la parte decide llevar a juicio a ese testigo en concreto y por lo cual, desde el punto de vista de las destrezas de litigación, debe recibir un “mismo tratamiento” de parte del abogado. El hecho que estos testigos sean presentados por una parte hace que, en principio, ninguno de ellos sea completamente imparcial o desinteresado. En todo juicio el testigo que comparece a declarar lo hace creyendo una cierta versión de los hechos o de la realidad, versión que normalmente es consistente o favorable con la que sostendrá en juicio la parte que lo presenta. Es desde este punto de vista que afirmamos que el testigo no es imparcial o completamente neutro. El o ella creen en su versión de los hechos y seguramente estarán dispuestos a sostenerla fuertemente en la audiencia de juicio. Además, esa versión será normalmente favorable para la parte que lo presenta.

Por estos motivos cambia la lógica de entender a los testigos. Los testigos son siempre testigos traídos por las partes al juicio y no terceros ajenos que comparecen por voluntad divina al mismo, lo que obviamente no debe confundirse con que se trata de testigos de mala fe o dispuestos a declarar mentiras. Podría tratarse de personas 100% honestas y dispuestas a contribuir con el establecimiento de la verdad y la aplicación de justicia al caso concreto, pero el hecho de tener una cierta versión de los hechos hace que, al menos en un cierto nivel, tengan un compromiso con esa versión. Ese compromiso no significa necesariamente que se trate de un testigo que valga menos, aún cuando en algunos casos sí puede ser relevante para establecer el peso efectivo que tiene su declaración en concreto.

Finalmente, una última cuestión que debemos recordar es que el nuevo Código establece un sistema de libre valoración de la prueba, es decir, no preasigna ningún valor específico a la prueba testimonial. Ello implica, de una parte, que no existe inhabilidades en virtud del cual un testigo en abstracto no puede ser creído por el tribunal (o incluso presentado). De otra parte, esto significa que el valor de convicción que tenga un testigo dependerá de cuán creíble (cuanto poder de convicción) tenga esa declaración en atención a los diversos factores que construyen credibilidad. No es este el momento para detenernos en qué contribuye o no a generar mayor o menor credibilidad, el punto es que no hay un testigo *prima facie* mas o menos creíble. Dicho en términos coloquiales, el efecto de un sistema de libre valoración de la prueba en materia de evidencia testimonial es que “todos los testigos valen”, pero “su peso” dependerá de las condiciones de credibilidad específicas de cada caso.⁷

3. Objetivos del examen directo

Volvamos ahora nuevamente a la lógica general del examen directo desde el punto de vista de la litigación, que es lo que nos interesa en estos materiales. Al igual que otras actividades de litigación, el examen directo de testigos puede ser visualizado como una actividad destinada a la narración de una historia. Hemos visto en el capítulo II que no se trata de una narración cualquiera; los énfasis del examen directo se dirigen por esencia a obtener proposiciones fácticas del testigo que me permitan acreditar elementos de las teorías jurídicas que configuran mi propia teoría del caso. Ello hace que el relato se detenga en aspectos que ordinariamente no son materia de desarrollo en una historia común, al menos no en una historia digna de narrar a los nietos o menos aun a la mujer o al hombre que se desea seducir. Probablemente ninguno de nosotros andaría voluntariamente narrando historias del tipo que nos corresponde hacer en un examen directo y con la estructura y énfasis que en el juicio se requiere. Por eso, si bien el examen directo es en esencia la narración de una historia, debemos acordar que es una narración bastante peculiar: su foco estará en producir proposiciones fácticas que permitan acreditar hechos relevantes para mi teoría del caso y que permitan darle valor o peso a las mismas declaraciones. En consecuencia, no se trata simplemente de contar un cuento, sino de contarlo en el marco de una teoría del caso de quien presenta a dicho testigo.

⁷ La versión normativa de lo señalado se encuentra regulada en el artículo 309 inciso primero del Código Procesal Penal que señala: “En el procedimiento penal no existirán testigos inhábiles. Sin perjuicio de ello, los intervinientes podrán dirigir al testigo preguntas tendientes a demostrar su credibilidad o falta de ella, la existencia de vínculos con alguno de los intervinientes que afectaren o pudieren afectar su imparcialidad u otro defecto de idoneidad”.

A la luz de lo que hemos señalado es posible identificar los principales objetivos que el litigante debe satisfacer con la realización de un examen directo. Estos objetivos pueden ser resumidos en cuatro categorías que revisaremos a continuación.

3.1 Solventar la credibilidad de nuestro testigo.

Solventar la credibilidad del testigo significa entregar elementos de juicio para convencer al juzgador de que ese testigo específico es una persona digna de crédito. Dicho en otras palabras, significa entregarle elementos al tribunal para que pueda pesar adecuadamente la credibilidad del testigo en concreto.

Este objetivo del examen directo surge como consecuencia lógica del sistema de valoración de prueba del nuevo proceso penal: la libre valoración. Como señalamos anteriormente, ella implica que, en principio, todos los testigos “valen” en juicio, lo que no significa que todos ellos “pesen” lo mismo. El peso del testigo (léase su credibilidad y poder de convicción para el tribunal) estará fuertemente determinado por algunas características personales, conocimientos, circunstancias en las cuáles apreció los hechos, etc. Constituye una función central del abogado litigante entregarle al tribunal elementos para construir juicios de credibilidad del testigo. Para ello deberá formular preguntas orientadas a obtener información sobre estos aspectos que llamaremos “preguntas de legitimación o acreditación del testigo”.

Uno de los problemas que enfrenta el litigante en un sistema adversarial en serio es que el tribunal desconoce por completo al testigo ya que no ha tenido acceso a ninguna pieza de información acerca del mismo. Por ello, si como litigante no soy capaz de darle algún tipo de información sobre el testigo al tribunal, básicamente estoy entregando el ejercicio de valoración del peso de la declaración del mismo a la suerte. Volveremos sobre la acreditación y esta última idea en algunos momentos más. Por ahora interesa enfatizar que siempre se tratará de un objetivo del examen directo el acreditar a nuestros testigos.

3.2 Presentar y enfatizar los aspectos del relato que sustentan nuestras proposiciones fácticas

Un segundo objetivo básico presente en cualquier examen directo es el de obtener un relato que sustente las proposiciones fácticas que nuestra teoría del caso requiere, esto es, aquellos hechos y detalles que apuntan a que la historia realmente ocurrió como nuestra parte lo señala. Un testigo es esencialmente un instrumento de información que narrará en juicio ciertos hechos que conoce. Como consecuencia lógica de ello, sin una historia que contar en juicio resulta difícil imaginar para qué esa persona es llevada a juicio en calidad de tal.

En el contexto del nuevo sistema, la historia puede consistir en las más diversas cosas. Puede tratarse de un testigo presencial de los hechos que configuran la imputación, un testigo de oídas de lo mismo, de un testigo que conoce sólo porciones del hecho central o antecedentes

anteriores o posteriores al mismo, entre muchas otras opciones posibles de imaginar.⁸ En todo caso, en todas las hipótesis posibles se trata de una narración o relato de hechos que el testigo presentará en el juicio y que deben obtenerse como consecuencia del examen directo del abogado que lo presenta.

3.3 Acreditar e introducir al juicio prueba material y documental

Un tercer objetivo del examen directo, aún cuando podría no presentarse en todos los casos, es la acreditación e introducción de prueba material o documental por medio de sus declaraciones. Se trata de un tema que por su importancia será objeto de un desarrollo especial en el capítulo VII. Con todo, por ahora nos interesa adelantar que, en general, objetos y documentos por sí solos no son idóneos para dar cuenta lo que efectivamente son o el rol que cumplen en un determinado relato. Es a través de la declaración de testigos o peritos en donde los objetos y documentos se acreditarán como tales y dejarán de ser cuestiones abstractas convirtiéndose en el objeto y documento concreto de este caso, ya sea se trate del revolver utilizado en tal homicidio o en el contrato celebrado entre estas personas, etc. Esto ocurre debido a que a través de declaraciones de testigos idóneos los objetos y documentos cobrarán sentido en el relato general de nuestra teoría del caso.

De esta forma, normalmente la mejor oportunidad para acreditar e introducir objetos y documentos a juicio será a propósito de la presentación de mis testigos propios a juicio. Esto no excluye otras opciones, pero normalmente la regla general de actuar será la enunciada.

3.4 Obtener información relevante para el análisis de otra prueba

Un último objetivo que debe tenerse presente en la estructuración de un examen directo se refiere a la obtención de información relevante del testigo, pero que no necesariamente se vincula al relato de los hechos que constituyen aspectos centrales de la teoría del caso. En efecto, es común que los testigos puedan aportar información que permita pesar la credibilidad de otras pruebas que se presentaran en juicio o contextualizar las historias o relatos que provendrán de otros testigos o de otros medios de prueba. No se trata de relatos estrictamente vinculados con los hechos específicos del caso, pero sí información contextual que pueda servir para fortalecer mi propia teoría del caso o desacreditar la de mi contraparte.

En este escenario, resulta central para el abogado litigante pensar en cada examen directo no solo teniendo en mente la información específica de cada testigo puede entregar respecto a su propio relato, sino también la contribución que este puede aportar para el resto del caso considerado en su conjunto. Si el testigo dispone de información de esta naturaleza, un objetivo entonces del examen directo será obtenerla.

⁸ El inciso segundo del artículo 309 da cuenta de esta amplitud en nuestro código al señalar: "Todo testigo dará razón circunstanciada de los hechos sobre los cuáles declare, expresando si los hubiere presenciado, si los dedujere de antecedentes que le fueren conocidos o si los hubiere oído referir a otras personas".

4. Estructura básica de un examen directo

Sobre la base de los principales objetivos del examen directo es posible señalar que el mismo contempla típicamente dos etapas o contenidos; una primera destinada a “acreditar” o “legitimar” al testigo y una segunda que tiene por objeto obtener el relato de los hechos que componen su testimonio.

4.1 Acreditación del testigo

Comúnmente el examen directo se inicia con preguntas referidas a ciertos antecedentes personales o de otro tipo de quien declara, considerados relevantes para acreditar la credibilidad y la confiabilidad de la información que de dicho testimonio surgirá. Ya señalamos que en el fondo lo que se busca con estas preguntas es entregarle información o elementos al tribunal que le permitan hacer juicios de credibilidad de los testigos o pesar adecuadamente el valor que tienen esas declaraciones. A partir de esta noción general de la acreditación, parece necesario que revisemos algunos temas específicos de la misma.

4.1.1 Objetivos de la Acreditación:

En primer lugar, revisemos en forma más sistemática los objetivos que cumplen las preguntas de acreditación del testigo en el juicio. Tres son los principales objetivos que son posibles de ser identificados:

- a) El primer y más evidente objetivo es el que señalábamos en forma precedente, es decir, entregar al tribunal información que contribuya a darle credibilidad del testigo. Si estamos a punto de escuchar de este testigo una serie de información a la que luego deberemos conferir una cierta credibilidad -alta o baja- no es para nada irrelevante saber quién es este testigo y por qué debo creer lo que me está diciendo. Este primer aspecto de la “acreditación” es sumamente importante y deberemos preguntarnos respecto de cada testigo en qué sentido exige ser acreditado. Esto es particularmente crucial en el caso de los peritos, como explicaremos en el capítulo respectivo.
- b) En ocasiones los antecedentes tienen importancia para juzgar el fondo de los hechos del caso (por ejemplo la idea de que este acusado ha sido un ciudadano ejemplar durante los últimos 50 años... ¿por qué debemos creer que acaba de decidir iniciar una carrera delictual?...).
- c) Finalmente, hay un objetivo secundario que se puede perseguir con las preguntas iniciales de acreditación tratándose de algunos testigos específicos. Las preguntas de acreditación, al tratarse normalmente de preguntas de tipo personal que son muy bien conocidas por el testigo, le entregan un espacio al mismo para que se sienta cómodo y entre paulatinamente en confianza, respondiendo preguntas que domina bien, como los datos relacionados a su vida, su trabajo o su familia.

4.1.2 La Acreditación es siempre necesaria:

Un segundo tema relevante para los litigantes es que la acreditación de los testigos es siempre una actividad necesaria en el juicio. Ello no porque exista un mandato legal que obligue a los litigantes a realizar tal cuestión, sino que como una necesidad que emana de la lógica del juicio oral y del sistema de libre valoración de la prueba. Sin acreditación, el tribunal no tiene elementos, o al menos dispone de pocos, para pesar la credibilidad del testimonio. En consecuencia, el litigante corre el riesgo que el tribunal la valore sobre la base de sus propios prejuicios o del azar. En ambos casos se trata de resultados inaceptables para el sistema y menos para los estándares de profesionalismo mínimo con el que deben trabajar los abogados. Si la suerte de los juicios queda entregada a los prejuicios de los jueces o al azar, no se justifica para nada la existencia de profesionales que representen a las partes.

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 al “centro” de su trabajo: las preguntas orientadas a obtener las proposiciones fácticas que aportará el testigo. Como se puede derivar de lo que hemos sostenido, esto es un grave 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.

4.1.3 La Acreditación debe ser flexible:

Una vez que se ha internalizado la necesidad de la acreditación, un defecto común de litigación que enfrentan los abogados es sobregirlarla. El hecho que la acreditación de testigos siempre sea un ejercicio necesario en el examen directo no significa que las necesidades de acreditación de cada testigo sean equivalentes, es decir, que a todos y cada uno de quienes presentamos debamos acreditarlos con la misma intensidad. Así, habrá múltiples casos en los que el aporte que haga el testigo al juicio sean tan menores o accesorios que sus necesidades de acreditación sean muy bajas. Por el contrario, respecto de testigos que aportan elementos más esenciales, las exigencias de acreditación podrían ser más altas.

Las necesidades de acreditación no sólo se deben determinar a partir del aporte del testigo, sino que en referencia a varios factores tales como el tipo de declaración que va a prestar, los vínculos con las partes que pueden resultar afectadas o beneficiadas con su relato, las condiciones personales relevantes con su declaración, su pasado, la debilidad del relato que prestará en atención al resto de la prueba presentada en juicio, etc. Será función central del abogado discriminar las necesidades concretas en cada caso y ponderar el énfasis o la intensidad que el proceso de acreditación requiere.

4.1.4 Áreas de acreditación:

Un último problema que enfrentan los litigantes es la tendencia a rutinizar cuáles son las áreas de acreditación de testigos. En nuestra cultura legal pareciera que ser profesional y tener familia son elementos que hacen siempre creíble a una persona, al menos eso parece cuando uno observa que preguntas destinadas a establecer la profesión del testigo, su estado civil y el número de hijos se repiten casi como un mantra en nuestros tribunales. ¿Acaso una mujer u hombre soltero que se dedica a un oficio es menos creíble que un profesional casado? ¿Es un abogado más creíble que un carpintero o un arquitecto que un mecánico? ¿Alguno de nosotros estaría en condiciones serias de hacer un juicio de credibilidad en abstracto sobre la base de esos factores?

Lo cierto es que, como hemos dicho, las áreas de acreditación surgirán como consecuencia de las necesidades específicas del caso concreto. Habrá casos en que la relación con una persona será la principal acreditación que necesita el testigo ya que vendrá a declarar aspectos íntimos de dicha persona, en otras serán sus condiciones de percepción de los hechos, etc. Por lo mismo, las preguntas de acreditación pueden apuntar a una multiplicidad de cosas, siendo las más usuales -además de su identificación personal- sus condiciones de vida, su ocupación laboral, datos acerca de su familia, estudios, actividades o experiencia relevantes respecto de aquello sobre lo que declarará, etc. Estas preguntas pueden ser abiertas o cerradas, pero deben permitir al testigo responder en forma rápida y precisa. Incluso las preguntas sugestivas suelen aceptarse en cierto nivel en esta etapa de acreditación, porque nadie espera realmente que el abogado esté poniendo palabras en la boca del testigo sobre cuestiones que son preliminares y que no versan sobre lo sustancial de su testimonio.

4.2 El Relato de los hechos

Una vez que hemos acreditado “la fuente” de la cual vamos a obtener la información, es decir, una vez que el tribunal tiene elementos para pesar la credibilidad de quien está prestando declaración, estamos en condiciones de ir sobre los hechos que nuestro testigo puede aportar.

Como hemos visto, el relato de los hechos que nuestro testigo podrá aportar dependerá del tipo de testigo que sea. Si es presencial, normalmente su relato incorporará los hechos del caso tal cual como ocurrieron según su punto de vista, lo que incluirá elementos tales como: lugar en que ocurrieron los hechos y su descripción, fechas y tiempos, personas participantes, hechos concretos presenciados por el testigo, descripción de situaciones o lugares, etc.

No será lo mismo si se trata de hechos que ha conocido referencialmente, lo que comúnmente denominamos testigos de oídas. En situaciones de ese tipo, el relato del testigo no sólo incorporará los hechos referenciales sino que también las fuentes y circunstancias a través de las cuales se enteró de tales hechos.

En fin, podrá haber testigos que traigan sólo un pedazo de información que puede contribuir a nuestra teoría del caso y allí iremos directamente sobre ella sin construir un relato completo de los hechos.

5. Características de un examen directo efectivo

El examen directo, tanto en su parte destinada a la acreditación del testigo como en la parte destinada a obtener el relato del mismo, debe satisfacer ciertas características para ser un ejercicio útil. Las principales características son: exactitud, rigurosidad en la información a obtener y adecuado manejo de los detalles.

El primer aspecto que permite construir un examen directo efectivo se refiere a la exactitud del mismo. Es decir, a la necesidad que las preguntas de dicho examen se encuentren orientadas a obtener todas y cada una de las proposiciones fácticas que son necesarias de probar para que nuestro relato sea verosímil y apto para convencer al tribunal de nuestra teoría del caso. En la medida en que las preguntas que dirigimos a nuestros testigos no son claras, específicas y exactas sobre cada una de nuestras proposiciones fácticas, corremos el serio riesgo que el testigo no entregue la información necesaria. En ese tipo de situaciones solemos escuchar a los litigantes quejarse de lo “malo” o “incompetente” que son los testigos, cuando en realidad, observado desde afuera, el “incompetente” parece ser más bien el abogado que no es capaz de conducir de manera precisa el examen directo.

Una segunda característica se refiere a la rigurosidad en la información a obtener de un testigo. Con esto queremos señalar la necesidad de que a través del examen directo el testigo pueda aportar toda la información que posea que sea relevante y valiosa para la construcción de nuestro caso. Este punto va a depender claramente de la estrategia que decidamos emplear. Sin embargo, es posible establecer algunas recomendaciones. Por lo general, la necesidad de “comprimir” el relato de un testigo es una dificultad práctica a la que se enfrenta todo litigante, pues siempre es necesario -de toda la información con que cuenta un testigo- seleccionar aquella en verdad relevante para el caso, particularmente aquella que contribuye al fortalecimiento de nuestro propio caso. La omisión de determinados aspectos puede tener distintas finalidades estratégicas, entre otras: no llenar al tribunal de información distractiva del núcleo central debatido; dejar de lado antecedentes que puedan ser objetados por la defensa; proteger la credibilidad del testigo, etc.

La rigurosidad en el tratamiento de los temas, pues, no consiste en guiar al testigo para que diga todo lo que sabe, sino, más bien, para que diga todo lo que nos sirve y esto es, a su vez, todo aquello que resulta consistente con nuestra teoría del caso. Lo otro puede resultar tremendamente perjudicial para nuestro caso: terminará aburriendo al tribunal, perderá la información valiosa en un mar de detalles insignificantes y ampliará las posibilidades de la contraparte de encontrar alguna información que lo beneficie.

Es a propósito de esta característica del examen directo que surge un buen argumento para justificar la metodología de litigación de los sistemas adversariales, es decir, que la declaración se produce con las preguntas que le formula el abogado que las presenta, tal como lo regula el artículo 329 de nuestro Código Procesal Penal. Todavía existen muchos códigos en la región (vgr. Ecuador) en las que el método de declaración de los testigos es que ellos la presten en forma espontánea y, luego, se sometan al examen y contraexamen de las partes. En dicho escenario, lo normal que ocurre cuando un testigo declara en forma autónoma, sin una guía del examen directo de su abogado, es que ese testigo se salte un conjunto de elementos relevantes

para el caso, o, por el contrario, que profundice en aspectos irrelevantes que distraigan la atención del juzgador de aquello que realmente importa. En ambos casos se crean serios problemas para la presentación del relato que nos interesa y luego en el examen puede resultar imposible reconstruir o dar coherencia lógica a los hechos relevantes en el relato de nuestro caso. Pero atención, esto no solo nos beneficia como partes interesadas sino que también en la claridad de la presentación de los hechos, lo que permitirá que los juzgadores puedan formarse una imagen más clara sobre ellos, como ya mencionamos precedentemente.

Un tercer aspecto relevante para la estructuración eficaz de un examen directo se refiere a la obtención de detalles. Los detalles en el relato pueden ser elementos distractivos que desvíen la atención de las afirmaciones importantes para la prueba de nuestras proposiciones fácticas. Por otra parte, una memoria privilegiada que permite al testigo acordarse de todos los detalles, incluso los más insignificantes, puede atentar contra la credibilidad del testigo, pues suele resultar inverosímil que una persona, especialmente en las condiciones en que los delitos se cometen, recuerde hasta los más ínfimos detalles sobre los hechos ocurridos. En este sentido, los detalles pueden ser considerados un arma de doble filo. El litigante debe tener en cuenta ambos extremos y su estrategia deberá conseguir un equilibrio entre ellos de manera de asentar la credibilidad del testigo. Así, si éste en efecto recuerda abundantes detalles acerca de los sucesos, el abogado deberá desplegar un esfuerzo por explicar porque la memoria sobreabundante resulta, en este caso, creíble.

La inclusión de detalles, entonces, debe dirigirse a reforzar la constitución de los elementos (hechos) que sustenten nuestras proposiciones fácticas importantes y a legitimar la calidad de los testigos que presentamos. En las zonas grises, es decir, cuando no estemos del todo ciertos acerca de la importancia de uno u otro detalle, hay que considerar su elección dentro del contexto general de la estrategia de nuestro caso, lo que aportará luces para tomar una decisión.

6. Aspectos de Producción del Examen Directo

Una vez que existe claridad acerca de los objetivos básicos y elementos centrales para estructurar un examen directo eficaz, resulta necesario preocuparse de varios aspectos de la producción del mismo. Existen dos temas que nos interesa analizar con más cuidado: la organización de los exámenes directos y las herramientas que disponen los abogados para su ejecución.

6.1 La Organización del examen directo

El primero de estos aspectos se refiere a la organización de los exámenes directos en nuestro juicio. Al igual que el resto de las actividades de litigación, la organización de los exámenes directos debe vincularse a la estrategia general de nuestro caso. Es decir, no existen formulas únicas en el tema, no hay reglas de oro que no sean susceptibles de variar de acorde a las particularidades y estrategia del caso concreto al que nos enfrentamos. La organización de los exámenes directos tiene dos grandes temas que deben ser resueltos por el litigante: el orden de presentación de los testigos y el orden del testimonio.

6.1.1 El Orden de los testigos

Una primera cuestión necesaria en la organización de los exámenes directos es determinar el orden en que serán llamados a declarar los testigos en caso de que existan varios. El orden de presentación de los testigos es una decisión estratégica de importancia. Afortunadamente, nuestro Código Procesal Penal reconoce esto, y en su artículo 328 le entrega libertad a las partes para organizar la presentación de prueba en el orden que estimen más conveniente. El único espacio en que ha existido algún debate se refiere a la declaración del acusado, tema al que nos referiremos brevemente al final de esta sección.

Los criterios que se pueden tomar en consideración para establecer el orden de declaración de los testigos son múltiples. Así, por ejemplo, la experiencia común nos indica que solemos recordar mejor lo primero y lo último que vemos y oímos. De acuerdo a esta regla, debiéramos situar nuestros testigos más sólidos al comienzo o al final de nuestra lista y aquellos de importancia marginal o respecto de quienes albergamos dudas, en el medio. En otros casos, en cambio, preferiremos hacer un relato estrictamente cronológico y presentaremos a los testigos en el orden en que fueron “apareciendo” en la escena del crimen, a fin de ir recreando los hechos en el tribunal tal y como ellos ocurrieron. Otras veces, preferiremos estructurar la historia en derredor de un testigo absolutamente “demoledor” para la contraparte, y luego utilizar los demás testimonios como refuerzos de aquél. Para otro tipo de casos preferiremos agrupar a los testigos de acuerdo a la cantidad de información que cada uno entrega del caso. Así, elegiremos primero al testigo que nos puede dar cuenta del relato general de los hechos y luego iremos con los testigos que aportan relatos parciales de los mismos.

En fin, la decisión dependerá de las otras pruebas de que dispongamos, como documentos, objetos, peritos y de la relación que con éstas tengan los testigos. Como en el armado de un puzzle, nuestra misión será determinar en qué orden los testigos encajan mejor dentro de la globalidad de nuestro caso, es decir, como construyen de manera más efectiva nuestra teoría del caso.

6.1.2 Orden del testimonio.

Cuando hablamos del orden del testimonio nos estamos refiriendo al orden o la sucesión con la que organizaremos la información que el testigo aporta a nuestro relato. Al igual que en el caso anterior, el orden del testimonio es una decisión de carácter estratégico, sin que existan criterios orientadores rígidos o reglas de oro inamovibles o únicas. Sin embargo, la experiencia de sistemas con más tradición en procesos orales adversariales da cuenta que, en general, el orden del testimonio obtenido en un examen directo suele ceñirse al orden cronológico. Es decir, los relatos de los testigos presentados por nosotros se obtienen normalmente siguiendo la sucesión temporal en la que acaecieron los hechos presenciados o conocidos por el testigo. Por ejemplo, si un testigo observó un delito de robo en el que el acusado intimidó con un arma de fuego a la víctima y luego salió huyendo del lugar de los hechos, la normal será que el examen directo comience con preguntas orientadas a describir el lugar en donde estaba el testigo y la hora, luego pedirá información acerca de las acciones del imputado en contra de la víctima para obtener de ella el dinero, seguido se explorará con el testigo su apreciación sobre las reacciones de la víctima frente al acto de intimidación con el arma de fuego, finalmente se

continuará el relato sobre el acusado y su fuga. No sería cronológico en este ejemplo, en cambio, que el relato del testigo comenzara por la fuga del acusado, luego explicará el lugar en donde estaba el testigo, a continuación diera cuenta de las acciones del imputado y, finalmente, explicará la reacción de la víctima ante la intimidación. En este segundo caso, no obstante producirse un relato completo de los hechos del caso, se sigue un orden más bien temático.

El porqué estructuraríamos cronológicamente este relato obedece a ciertas cuestiones de sentido común. 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 hechos y comprenderlos. Incluso más, se trata de la forma en que naturalmente organizamos nuestros propios pensamientos. Por lo mismo, la estructuración cronológica del examen directo no sólo es conveniente debido a que facilita la labor del testigo, sino que también porque contribuye a formar una convicción más clara en el propio juzgador y facilita nuestro trabajo en la obtención de la información. Los jueces, antes que tales, son personas y han sido educados desde niños en esta manera cronológica de relacionarse con los hechos y relatos.

Todos tenemos experiencia común de lo difícil que resulta comprender a cabalidad relatos no cronológicos (muchos de ustedes tendrán hijos, sobrinos o hermanos de 4 años o menos ¿no?). Quizás el mejor ejemplo de esto lo aporta la cinematografía. Hace algún tiempo se proyectó la película *Memento* (del director Christopher Nolan) la cual recibió muy buena crítica internacional debido a que el director hacía un giro radical en la organización del relato presentado en la película. Ese relato iba de atrás para adelante. Para todos los que vimos dicha película, junto con valorar su gran calidad, fue compartido el comentario de lo difícil que resultó seguir la forma en que los hechos que conformaban la historia se habían dado. Esa mayor dificultad para comprender el relato que el director nos ofreció era parte de su propuesta estética y eso le valió muy favorables críticas. Si trasladáramos un relato de este tipo a un tribunal, seguramente las grandes críticas (pero negativas) serían para el abogado litigante, ya que tendrían a un tribunal confundido, es decir, sin claridad acerca de su teoría del caso y, en consecuencia, con pocas posibilidades de fallar a su favor.

El hecho que una buena porción de los exámenes directos se organice en forma cronológica no impone un único o exclusivo modelo de organización. Existen diversas formas de organizar la cronología. Así, siguiendo a Bergman⁹, sugerimos dos esquemas de organización cronológica de un relato en juicio que dan cuenta de la diversidad de opciones existentes en la materia:

Esquema N° 1:

- a. Pregunta del Primer hecho
 Pregunta de los detalles de este hecho.
- b. Pregunta del Segundo hecho
 Pregunta de los detalles de este hecho
- c. Etc.

⁹ Paul Bergman, *La Defensa en Juicio*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1989, pág. 71.

En este primer esquema, el orden del examen directo se organiza sobre la base de la cronología de hechos y luego, en cada uno de éstos, el litigante se detiene en los detalles relevantes. Una vez agotados, el litigante vuelve sobre el orden o sucesión cronológica de los hechos.

Esquema N° 2:

- a. Le permite al testigo hacer un relato general y progresivo acerca de los hechos.
- b. Detalles de los hechos relevantes.

En este esquema el litigante permite que el testigo señale los detalles que él desea, para, al final, preguntarle por algunos de los detalles de la historia, mencionados o no por él, que destacan su importancia con relación a las proposiciones que queremos probar.

La opción por uno u otro esquema va a depender del tipo de historia a relatar y del tipo de testigo con el que se cuenta. La ventaja del primero es que la historia se va construyendo con lujo de detalles ante los ojos del juzgador, corriéndose el riesgo, sin embargo, de hacer que el tribunal pierda la orientación y el sentido general de la historia. La ventaja del segundo, como contrapartida, es precisamente la opuesta; entrega una visión general, de manera que el juzgador conozca claramente cuál es la conclusión que se persigue con el relato, cuyos detalles se reservan para un momento posterior. Además, la elección de cada orden depende de la calidad del testigo. Si se trata de un testigo articulado que es capaz de relatar en forma solvente una historia, probablemente nos conviene seguir el esquema N° 2. En cambio, si se trata de un testigo que requiere mayor direccionamiento u orden para contar lo que sabe, probablemente el esquema a seguir sea el N° 1.

Hay ciertos casos en que los relatos de los testigos incluyen situaciones más complejas, en los que de todas maneras es posible organizar en forma cronológica el relato. Así ocurre, por ejemplo, cuando una historia está compuesta de una serie de hechos que sobrevienen más o menos en un mismo período. En casos de este tipo se pueden establecer sub-cronologías para cada uno de los hechos. Por ejemplo, si la estafa se realizó a través de la celebración de cuatro contratos diferentes, se puede establecer una cronología por cada contrato, aun cuando ellos se hubieran celebrado en forma simultánea. Este relato permitirá contar en forma cronológica la manera en que cada uno de ellos fue realizado.

En otras oportunidades se pueden introducir pequeñas variaciones al relato que afectan una cronología estricta del mismo, pero que mantengan una estructura general claramente cronológica. Así ocurre cuando, por ejemplo, el examen directo se inicia con la secuencia final del relato (ejemplo: si yo vi a Pedro Soto muerto ese día), a partir de lo cual se sitúa el contexto sobre el cual se desarrolla la historia y luego se vuelve al relato cronológico. Si bien esto modifica la cronología estricta -pues parte preguntando por un hecho cronológicamente posterior y luego regresa en el tiempo-, necesariamente en algún momento deberá recurrir al orden cronológico para el desarrollo del relato.

En las hipótesis anteriores se trata de casos en los que existen alteraciones a la cronología estricta, pero en donde la regla general de organización se mantiene. Con todo, hay casos en

que la estrategia aconseja estructurar el examen directo sin remisión a órdenes estrictamente cronológicos, sino que utilizando algunas otras alternativas.

Una primera hipótesis se produce en situaciones en las que el objetivo de la declaración de los testigos es reforzar un hecho muy específico y concreto del relato general o de la teoría del caso. En este tipo de situaciones es posible sacrificar el orden cronológico del testimonio a cambio de obtener un mayor impacto en el tema específico que se busca enfatizar. Por ejemplo: Presentar tres testigos que depongan acerca del carácter violento del acusado por el homicidio de su esposa.

- Testigo 1: El vecino que declara haber escuchado frecuentemente gritos de la señora por las golpizas que le daba su marido, el acusado.
- Testigo 2: La enfermera del policlínico de la esquina, donde ella solía llegar con evidentes signos de violencia física.
- Testigo 3: La empleada de la casa, quien declara haberlo visto golpear a su mujer en varias ocasiones.

Aquí el orden cronológico de cada declaración cedería a favor de un orden temático que intenta fortalecer la idea que el acusado es un hombre violento. De seguir el orden cronológico, cada hecho declarado por cada testigo aparecería aislado, sin generar el efecto deseado. Desde luego, siempre es posible que el abogado defensor objete la relevancia de estos testigos, señalando que del hecho de que el acusado haya golpeado a su mujer con anterioridad no se sigue nada respecto de qué ocurrió en este caso en particular, pero esa es otra discusión. Si el tribunal aceptó la declaración de estos testigos, ésta es una forma en que se los puede organizar.

Un segundo caso en el que es posible sacrificar el orden cronológico en el relato de un testigo es con el objeto de fortalecer la credibilidad de determinadas afirmaciones que ponen de manifiesto la exactitud de otra afirmación. Esto ocurre cuando una parte del relato refuerza a otra, estando ambas separadas cronológicamente.

Por ejemplo:

- P: ¿Dónde estaba el 8 de Diciembre a las 21 horas?
- R: Leyendo, junto a la ventana de mi dormitorio.
- P: ¿Hubo algo que lo haya distraído de su lectura aquella noche?
- R: Sí. Vi al acusado, que es mi vecino, golpeando a su mujer en el jardín de su casa.
- P: Sr. Testigo, ¿qué distancia hay entre la ventana de su pieza y el jardín de su vecino?
- R: Debe haber unos veinte metros aproximadamente.
- P: ¿Cómo pudo ver a esa distancia tales hechos?
- R: Bien, ese mismo día en la mañana había recibido un telescopio que encargué por correo y que tenía armado junto a la ventana de mi pieza.
- P: ¿De manera que usted había armado esa tarde un telescopio junto a su ventana?

En estricto rigor, la recepción del telescopio debiera situarse al inicio del interrogatorio, ya que ocurrió en la mañana y la narración de los hechos en la noche. Sin embargo, sólo para fortalecer la credibilidad en la buena visión del testigo se retrocede en el tiempo con esa pregunta, para luego retomar el orden cronológico.

Finalmente, hay ocasiones en que el desarrollo cronológico de los acontecimientos carece de importancia. En ellos no resulta relevante averiguar cuándo precisamente ocurrieron los hechos objeto del testimonio, de manera que la proposición fáctica es susceptible de ser probada aun prescindiendo de ese conocimiento exacto. Sobre el punto cabe reiterar el ejemplo relativo al agrupamiento de las pruebas. Allí, como se recordará, lo importante es establecer el carácter violento del procesado, cosa que puede hacerse sin remisión a una cronología precisa. Otro ejemplo de cronología incognoscible podría darse en situaciones de hechos complejos en los que muchas acciones ocurren coetáneamente. Supongamos, por ejemplo, una pelea masiva en un bar en la que varias personas resultan heridas o muertas. En hipótesis de esa naturaleza la reconstrucción cronológica de cada una de las acciones de la pelea puede resultar imposible y confusa. En ese evento, el examen directo intentará descomponer los hechos y temas de forma que el relato del testigo pueda entregar una imagen acerca de los principales hechos que él presenció, sin que necesariamente ellos representen un relato estrictamente cronológico para toda la pelea.

6.1.3 La Declaración del Acusado en Juicio ¿Un caso problemático en nuestro Código?

Un problema que se ha presentado en la práctica del funcionamiento de los juicios orales en nuestro país para proceder en la metodología de declaración por vía de examen directo y en el orden en que las partes lo decidan, se encuentra tratándose de la declaración del acusado que se regula en el inciso tercero del artículo 326. En efecto, algunos tribunales de juicio han interpretado dicho inciso de una manera rígida estableciendo dos reglas que alterarían los principios que hemos expuesto en las páginas precedentes respecto a la lógica de litigación en los exámenes directos:

- a) La primera regla sería que el acusado sólo puede prestar declaración en juicio una vez concluidos los alegatos de apertura de las partes, es decir, sólo antes de presentar el resto de la prueba en juicio y quedándole vedado hacerlo con posterioridad. Esta regla afectaría la posibilidad de las partes, especialmente el defensor, de establecer un orden de su propia prueba.
- b) La segunda regla sería que, aún cuando se admita que el acusado puede declarar en cualquier momento del juicio (especialmente en el orden que la defensa lo determine), siempre debiera hacerlo en la metodología establecida en el artículo 326, es decir, el acusado deberá manifestar libremente lo que estime conveniente (declaración espontánea) y luego someterse a las preguntas del fiscal, el querellante y el defensor, en ese mismo orden.

No es la oportunidad para discutir en detalle las sutilezas del artículo 326, pero existen muy buenas razones dogmáticas para afirmar que la interpretación descrita es errónea en ambas reglas.¹⁰ También existen razones claras en la historia de la tramitación legislativa de dicho texto que abonan lo sostenido.¹¹ En este contexto, nuestra interpretación del mismo es completamente diversa a las que hemos descrito. Para nosotros, dicho artículo sólo regula el caso específico en que el acusado decida prestar declaración una vez concluidos los alegatos de apertura. Si es que no desea hacerlo en ese momento, es evidente que podrá prestar declaración cuando la defensa así lo estime conveniente y siempre bajo el formato en el que declaran todos los testigos. Esta solución, junto con ser más consistente con los valores del sistema detrás de la regulación de la declaración del acusado en juicio, resulta coherente con la lógica de litigación que hemos venido examinando que intenta resguardar, por una parte, el derecho de las partes a presentar su caso de la forma en que sea más efectiva a los intereses que defienden, pero, por otra, también resguardando que el tribunal pueda conocer un relato de la mayor calidad posible para también tomar decisiones de alta calidad.

En definitiva, creemos que el artículo 326 no constituye un obstáculo para que la defensa pueda ordenar la declaración del acusado en el momento en el que estratégicamente le resulte más conveniente (normalmente cuando la defensa presenta la prueba en juicio) y debiendo en ese caso producirse la declaración del acusado de acuerdo a la regla general del artículo 329 referida a la declaración en juicio de los testigos.

6.2 Las herramientas para ejecutar un examen directo (tipos de preguntas)

Tal como los carpinteros cuentan con una herramienta central cuando desean introducir un clavo en una madera (el martillo en sus diversas versiones), los abogados litigantes disponen esencialmente de una herramienta para obtener la información de los testigos en juicio: las preguntas.

En esta sección nos referiremos a los distintos tipos de preguntas que un litigante puede utilizar en la ejecución del examen directo y de las estrategias centrales en la elección de los tipos de preguntas a utilizar.

6.2.1 El Testigo es el protagonista en el Examen Directo:

Un punto previo que es necesario clarificar antes de entrar al análisis detallado de las preguntas que se pueden formular en el examen directo tiene que ver con recordar el objetivo

¹⁰ Para mayor detalle sobre la correcta interpretación normativa del artículo 326 en la misma dirección que sostenemos en este texto, véase Cristián Riego, Sobre la Potestad del Imputado de Declarar en Cualquier Etapa en el Juicio Oral, en Informes en Derecho, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, Diciembre de 2003, pág. 117 a 124.

¹¹ Así, por ejemplo, el segundo Informe de la Comisión Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado señala que "El acusado y su defensor no están obligados a exponer su defensa en este momento. El primero por hacer uso de su derecho a guardar silencio, y el segundo porque puede estimar conveniente esperar que el fiscal presente su caso. Sin embargo, para que no pueda estimarse que hay indefensión, se estimó preferible señalar que se le debe ofrecer la palabra al acusado y a su defensor para ejercer su defensa de conformidad a lo dispuesto en el artículo 8".

estratégico central de esta actividad en juicio. El examen directo pretende acreditar proposiciones fácticas, poner en el lenguaje de la prueba la teoría del caso del litigante. Por ello, un primer consejo en esta materia es que el abogado que realiza el examen directo debe abstenerse de ser el protagonista del mismo, dejando que el testigo cumpla su rol probatorio a cabalidad. Si el juzgador recuerda el testimonio de un testigo sin recordar quien le formuló las preguntas, habremos hecho bien nuestro trabajo. Si, por el contrario, la memoria del tribunal recuerda más al abogado que al testigo, eso es un problema.

Veamos un ejemplo que nos ayude a entender mejor este punto. El siguiente es un trozo de un examen directo:

P: Sr. Pérez ¿vio usted al "Cara de Perro" el día de los hechos?

R: Sí.

P: ¿Lo vio entrar en la casa?

R: Sí.

P: ¿Podría decirle al tribunal por dónde vio al "Cara de Perro" entrar en la casa?

R: Saltó la pandcreta del jardín.

P: Sr. Pérez, al momento en que usted lo vio saltar la pandereta, ¿pudo observar si el "Cara de Perro" llevaba algo consigo en alguna de sus manos?

R: Sí, llevaba un arma en su mano derecha.

P: En su mano derecha llevaba un arma, ¿se trataba de un revólver u otro tipo de arma?

R: Sí, era un revólver.

P: El revólver que usted vio llevaba el Sr. "Cara de Perro" al momento de saltar la pandereta, ¿tenía alguna característica especial?

R: Sí, la tenía.

P: Bien, describanos...

En el ejemplo, al juzgador le podría queda la idea de que el testigo no aporta nada y que el abogado es quien ha construido el relato de los hechos en base a preguntas que incorporan buena parte de la información relevante que éste debiera haber entregado en forma más espontánea o directa al tribunal. De esta forma, la declaración de nuestro testigo puede perder valor ya que la impresión que podría generarse en el tribunal es que él, en el mejor de los casos, sería un monigote preparado por el abogado y que sólo está en condiciones de responder con monosílabos o sobre la base de información ya aportada por el propio abogado. En definitiva, la evaluación del testigo sería que no ha desarrollado relato alguno que aporte a la convicción que debe formarse el tribunal.

Es necesario reiterar en este punto un aspecto básico y central de la lógica de los juicios orales: los abogados no son prueba y sus opiniones y expresiones en principio son irrelevantes para formar convicción en el tribunal a la hora de decidir cómo ocurrieron los hechos. En consecuencia, la información que el tribunal debe valorar para decidir el caso debe necesariamente emanar de los testigos (u otras fuentes de información según sea el caso). En este sentido, una errada estrategia en cuanto al tipo de preguntas que escojo para llevar adelante el examen directo podría afectar la credibilidad del testigo y mi caso en su conjunto.

Un examen directo persuasivo depende en gran parte en que las preguntas formuladas se adecuen a los objetivos que se desea alcanzar. Existen diversos tipos de preguntas y se debe emplear uno u otro dependiendo del objetivo específico que con ellas se persiga y de las circunstancias y características concretas del caso y de nuestro testigo. Veamos entonces el arsenal de alternativas que dispone un litigante para formular sus preguntas en el examen directo

6.2.2. Los Tipos de Preguntas:

Existen cinco tipos de pregunta que nos interesa describir en esta sección. Luego, en el Capítulo V destinado al análisis de las objeciones en juicio, tendremos oportunidad de analizar con más detalle algunos problemas que potencialmente pueden existir con la admisibilidad de estas. Por ahora nos centraremos en describir los tipos de preguntas y analizar sus ventajas y desventajas en diversos escenarios de litigación.

a) Preguntas abiertas

Un primer tipo de preguntas clásicas de utilizar en los exámenes directos se refiere a las preguntas abiertas. Las preguntas abiertas son aquellas que debido a su formulación invitan al testigo a hablar o manifestar abiertamente lo que saben. Se trata de preguntas que por su generalidad le permiten al testigo contar un relato general sin obligarlo a puntualizar o focalizar aspectos específicos o muy concretos del relato. Estas preguntas típicamente siguen el siguiente tenor:

- ¿Qué hizo el día 14 de Agosto?
- ¿Qué sucedió después que entró en la casa?
- ¿Qué hizo luego?
- ¿En qué consiste una vasectomía?

En todos estos ejemplos se introduce al testigo una pregunta general a partir de la cual el testigo tiene amplia libertad para expresarse con sus propias palabras, sin que el abogado limite, restrinja o sugiera ciertas palabras para la declaración.

Revisemos cuáles son las principales ventajas y desventajas en el uso de estas preguntas. La gran ventaja de las preguntas abiertas es que a menudo ellas tienen el efecto de elevar la credibilidad del testigo, es decir, potencialmente son mejores para generar y fortalecer su credibilidad. Esto se produce como consecuencia natural del hecho que dejan al testigo explicarse en sus propias palabras y le permiten al juzgador evaluar el grado de conocimiento que tiene de los hechos. Nada mejor para la credibilidad de un testigo, y de mi propia teoría del caso, que un relato sólido y consistente que emana de un testigo que no requiere ser llevado de la mano para contar cómo ocurrieron los hechos que él supuestamente presenció.

Sin embargo, la contracara de las preguntas abiertas es que los relatos que genera el testigo pueden no aportar todos los detalles que el abogado necesita extraer del testigo, o bien incluir detalles sobreabundantes o de escaso interés. Esto es particularmente cierto en el caso de

testigos hostiles, de aquellos poco locuaces o de quienes lo son en exceso. Entonces, mientras este tipo de preguntas hacen ganar al testigo en credibilidad, tienen la gran desventaja de hacer perder al abogado el control en la producción de información. Por ejemplo, debido a que le hicimos una pregunta abierta al testigo, el testigo dijo una pura generalidad y luego guardó silencio; o bien, le hicimos una pregunta abierta al testigo a partir de la cual comenzó una verborrea de detalles insignificantes que no tienen ninguna relevancia para el caso.

En este contexto, es posible sistematizar con un poco más de detalle casos o situaciones en los que, pese a sus ventajas, no resulta conveniente estructurar un examen directo de un testigo sobre la base de preguntas abiertas.

En primer lugar, hay casos en que nuestros testigos se asemejan más a un robot o un *ciborg* que a una persona de carne y huesos. Producto de sus características personales, dicho testigo indubitadamente tenderá a reproducir un relato que, a la vista de terceros imparciales (los jueces en nuestro caso), podría aparecer como un testimonio entrenado previamente y, en consecuencia, de baja credibilidad. En este tipo de situaciones sería preferible estructurar el examen directo de otra forma para evitar este problema. Un ejemplo nos ayudará a graficar lo señalado:

P: ¿Podría contarnos que es lo que usted vio al entrar a la casa?

R: Bueno, la mujer yacía en el suelo del inmueble sin mostrar signos vitales, mientras su cónyuge lloraba con un arma cortopunzante en la mano, el cuerpo presentaba signos de una agresión violenta generada por un tercero debido a...

En el ejemplo, nuestra experiencia cotidiana es que las personas no hablan del modo en que este testigo está declarando. La gente no suele usar palabras como “cónyuge”, “signos vitales” o “arma cortopunzante”, y un testigo que declara en esos términos parece claramente estar repitiendo algo que escuchó de un abogado o que leyó de un informe.

Una segunda situación se refiere a casos en que se hay un testigo que tiene problemas para focalizar su relato en los aspectos relevantes. En este tipo de casos, si bien es cierto el testigo podría aportar información valiosa y creíble, la cantidad de información sin valor que incorpora en su relato distrae lo relevante y potencialmente pueda afectar la valoración que el tribunal haga de él. Un ejemplo dejará claro el punto.

P: ¿Nos podría contar acerca de su relación con la acusada?

R: Bueno, yo soy vecina de la acusada hace como 45 años, siempre hemos sido buenas amigas, ella me contaba que su esposo siempre llegaba tarde y que le iba muy bien en la oficina y que cuando se ganara el Loto iban a ir a Cuba, siempre y cuando no ocurriera ningún inconveniente, porque usted sabe que siempre que se planifican esas vacaciones con mucha anticipación, déjeme contarle lo que me pasó en mis últimas vacaciones, de hecho mi familia arrendó una casa en la playa...

Como se puede apreciar del ejemplo, la testigo cuenta con información relevante acerca de la persona acusada, tienen muchos años de ser vecinas y, además, da cuenta de que conversaban asuntos personales. Sin embargo, dicha información es entregada en un mar de cuestiones o comentarios irrelevantes para el juicio que pueden distraer al juzgador de aquellos puntos que efectivamente interesaba dejar claro en su mente.

Una tercera situación se produce con ciertos testigos que comparecen al juicio con una “agenda” de ideas o principios que ellos quieren señalar públicamente, no obstante no vincularse con el relato que está llamado a contar. También resultan problemáticas este tipo de situaciones para nuestro objetivo de fijar ideas claras y precisas acerca de nuestra teoría del caso en la mente del juzgador. Veamos un ejemplo:

P: ¿Nos podría contar acerca de la relación de su hermana con su marido?

R: Mire, la relación era pésima. Esta es la situación típica de los hombres que golpean a sus mujeres, nosotras las muy miserables nos desvivimos por ellos, tenemos que soportarles todas sus cosas y tener todo listo, los niños durmiendo...

En estos casos, las respuestas a que las preguntas dan lugar tienden a desviar la atención del juzgador y a dejar sin efecto la evidencia importante, de manera que incluso las ventajas que pudo haber aportado la credibilidad de la pregunta abierta se diluye en medio del tedio, la confusión o eventualmente del prejuicio que la declaración de principios pueda generar en el juzgador acerca de la credibilidad del testimonio.

b) Preguntas cerradas

Un segundo grupo de preguntas que pueden utilizarse en el examen directo se refiere a las preguntas cerradas. Las preguntas cerradas son aquéllas que focalizan la declaración del testigo en aspectos muy específicos del relato -de la prueba- relevantes para el caso de quien presenta al testigo. 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. Estas preguntas exigen que el testigo suministre una respuesta específica. A continuación se muestran algunos ejemplos de preguntas cerradas:

P: ¿Qué marca es su auto?

R: Subaru.

P: ¿De qué color era su pelo?

R: Negro.

P: ¿Cuál es el nombre de su hermana?

R: María.

Como se puede apreciar en cada uno de los ejemplos, la pregunta cerrada exige una respuesta muy específica y concreta de parte del testigo, una marca, un color, la identificación de una

persona. No se trata de una pregunta sugestiva, ya que la marca, color o persona podrían haber sido de diversos tipos. En ese sentido, la pregunta cerrada le sigue entregando al testigo plena libertad de respuesta, claro que dentro de un entorno de información muy específico.

Hay que diferenciar claramente entre las preguntas cerradas y aquellas que son sugestivas, pues éstas últimas están prohibidas por el Código en el examen directo, según veremos más adelante. Es necesario remarcar la diferencia nuevamente: la pregunta cerrada no sugiere al testigo la respuesta deseada, sino que deja abierta la opción, por limitada que ésta sea. Un típico ejemplo de pregunta sugestiva sería la fórmula que actualmente se utiliza para la absolución de posiciones en nuestros procedimientos civiles:

“Para que diga cómo es efectivo que usted sabe que la difunta tenía una mala relación con su esposo.”

Como se puede apreciar, esta pregunta va mucho más allá de ser una pregunta cerrada. En efecto, contiene su propia respuesta (la difunta tenía una mala relación con su esposo), por lo que debiera ser rechazada. La fórmula correcta para obtener la información que se pretendía obtener con la pregunta sería la siguiente.

¿Cómo era la relación de su vecina con su esposo? (Abierta)

¿Los escuchó discutir alguna vez? (Cerrada)

¿Había algo particular en estas discusiones que le llamara la atención? (Abierta)

De este modo, el testigo va a ser el encargado de señalar el carácter de la relación, sin que el abogado le sugiera la respuesta. Sin embargo, el carácter sugestivo de las preguntas muchas veces depende del contexto en que se emplean y, en definitiva, su procedencia o improcedencia va a depender del juicio del juzgador. Desde luego, es posible que alguien considere que la segunda pregunta de nuestro ejemplo es sugestiva, en la medida en que el abogado le sugiere al testigo que debe describirse “lo que los cónyuges hacían” como una discusión, pero es poco probable que uno estuviera dispuesto a decir que a través de esa pregunta el abogado está realmente sustituyendo la declaración del testigo.

Al igual que las preguntas abiertas, las cerradas presentan ventajas y desventajas. La principal ventaja de las preguntas cerradas es el control que le entregan al litigante acerca de la información que se va produciendo en el juicio. Otra virtud asociada a la anterior es que las preguntas cerradas permiten un impacto directo sobre puntos específicos. El mayor control del testigo usualmente se traduce también en un mayor impacto de las declaraciones. Finalmente, las preguntas cerradas también pueden ser empleadas para refrescar la memoria y para interrogar testigos poco aptos, como aquellos que son muy jóvenes, tímidos o los que se confunden con preguntas abiertas.

La desventaja de las preguntas cerradas es la fortaleza de las abiertas: eventual impacto en credibilidad. En la medida que las preguntas cerradas no permitan o dificulten al tribunal formarse una opinión acerca de la credibilidad de un testimonio, potencialmente se puede afectar nuestra teoría del caso.

c) Preguntas introductorias y de transición

Una tercera categoría de preguntas en el examen directo está constituida por las preguntas introductorias. En este caso no estamos estrictamente en presencia de preguntas, ya que se trata de una formulación que permite a los testigos y al juzgador situarse en el contexto en el cual se va a desarrollar el examen directo, facilitando comprender en forma precisa cuál es la información que se espera el testigo pueda relatar a partir de la pregunta. En el fondo, se trata de preguntas que incorporan información de contexto para ubicar al testigo en su respuesta o para introducir un tema nuevo en el relato. Veamos primero un ejemplo de pregunta introductoria que clarificará lo afirmado:

P: Sr. Salvatierra, ahora voy a preguntarle acerca de sus relaciones con el acusado, específicamente acerca de su relación profesional.

Como se puede ver en el ejemplo, la pregunta que seguirá será una pregunta abierta. Lo que caracteriza a la pregunta introductoria es la información adicional incorporada que le permite al testigo comprender con mayor claridad “para dónde va la cosa”.

Las preguntas de transición, en cambio, son aquellas que permiten variar el contenido del relato, para derivar en otro aspecto de él. Este tipo de preguntas permite, además, devolver la atención del tribunal cuando el relato se ha extendido. Veamos un ejemplo de una pregunta de transición:

P: Establecido lo anterior Sr. Salvatierra, ahora quisiera que nos centráramos en qué sucedió durante la reunión del día 3 de Octubre.

En ambos casos, la importancia de estas preguntas es dar la posibilidad al testigo para que comprenda con claridad el tema que se le está preguntando, como asimismo al tribunal para ubicarse bien en el contexto general del relato. Debemos tener presente que, para muchos testigos, su presencia en el juicio será una experiencia única y en muchas ocasiones bastante intimidante. Ello genera un escenario en el que existen posibilidades que el testigo, por nerviosismo u otras razones, no entienda lo que realmente preguntamos o no conteste lo que esperábamos. Las preguntas de introducción y transición constituyen herramientas del litigante para enfrentar este tipo de situaciones.

d) Preguntas sugestivas

Ya hemos mencionado algo sobre esto y lo examinaremos con más detalle en estos materiales. Las preguntas sugestivas están prohibidas en el examen directo por nuestro Código Procesal Penal. Sin perjuicio de esto, nos interesa destacar algunas cuestiones básicas de tener presentes a esta altura.

¿Qué son las preguntas sugestivas? Las preguntas sugestivas son aquellas que incorporan su propia respuesta. Es decir, son aquellas en que la respuesta está contenida en la propia formulación de la pregunta. Son, pues, las preguntas más cerradas de todas, pues sólo permiten al testigo confirmar o negar su contenido. Estas preguntas suelen estar prohibidas en cualquier

modelo de juicio oral respecto del examen directo. Veamos un par de ejemplos de este tipo de preguntas:

- ¿Sintió olor a gas cuando entró a la casa?
- ¿Tenía el acusado un cuchillo en la mano?

En el primer caso, si es parte del testimonio “genuino” del testigo el hecho de que había olor a gas, entonces el tribunal querrá que uno le pregunte si notó algo extraño, si algo le llamó la atención o -como máximo- si había algún olor en particular. Si el testigo en verdad tiene este recuerdo en su memoria, entonces cualquiera de estas preguntas debiera bastarle. En cambio, la pregunta sugestiva parece “soplarle” al testigo una cierta respuesta, cuestión que, por supuesto, no resulta admisible. Lo mismo en el segundo ejemplo: si es parte de la memoria del testigo que la persona a la que vio tenía un cuchillo en la mano, entonces queremos oírlo de él y no llenarnos de sospechas de que dicha afirmación no proviene de un recuerdo más lejano que la preparación que hizo el abogado del testigo la tarde anterior al juicio. Las preguntas sugestivas, entonces, están prohibidas en el examen directo y el abogado debe tenerlo presente porque la contraparte podrá objetarlo cuando incurra en ellas. La situación de este tipo de preguntas es completamente distinta en el contraexamen, como se verá en su momento.

A esta altura cabe agregar una consideración adicional antes de continuar con la exposición. Desde el punto de vista estratégico, formular preguntas sugestivas en el examen directo (aún cuando no fueran prohibidas o mi contraparte no las objetara) tiene los mismos problemas que las preguntas cerradas: hacen perder o dificultan generar credibilidad en el testigo.

6.2.2 El examen directo como una combinación de preguntas

En esta maraña de preguntas, opciones estratégicas, ventajas y desventajas, surge la pregunta básica para el litigante: ¿Cómo me conviene organizar mi examen directo desde el punto de vista de las preguntas que utilizaré?

La forma común en que se prepara un examen directo es la combinación de preguntas abiertas y cerradas y el uso de preguntas de introducción y transición. Lo normal será iniciar los relatos con preguntas abiertas que permitan al testigo hablar sobre los hechos que conoce. A partir de este relato inicial se utilizarán preguntas cerradas de seguimiento o para enfatizar aspectos específicos. Veamos un ejemplo de combinación:

- P: Señor Corrales, déjeme ahora centrar su atención el día en qué ocurrieron los hechos (Pregunta de transición) ¿Qué sucedió esa mañana? (pregunta abierta).
- R: Bueno, yo me había levantado muy temprano porque había decidido ir a ver a mi amiga Clara... lo que pasa es que ella se acababa de separar y estaba muy deprimida, por eso yo le dije que yo me ofrecía para ir a hacerle compañía, porque yo soy así, siempre al lado de mis amigas, porque yo también me separé hace poco... bueno, entonces llegué a la casa de Clara y de inmediato como que empecé a percibir que algo estaba mal, porque cuando abrí la puerta del jardín salió corriendo un gato negro, y a mi una vez una persona que entiende de estas cosas me dijo que los gatos negros que aparecían repentinamente

predecían desgracias... así que cuando entré vi a Clara tirada en el suelo y al señor Gutiérrez (el acusado) que estaba sentado a su lado, llorando...

- P: Permítame detenerla aquí un momento, ¿notó alguna otra cosa particular cuando entró a la casa? (cerrada).
- R: Bueno, había un olor terrible. Y entonces después de que vi al gato...
- P: Permítame detenerla aquí otro momento, ¿a qué olor se refiere? (cerrada).
- R: Había olor como a quemado y como olor a gas. Apenas se podía respirar allí adentro.
- P: De manera que sintió usted olor a gas...
- R: Sí, era inaguantable.
- P: ¿Tuvo usted problemas para respirar debido al olor a gas? (cerrada).
- R: Si dificultaba la respiración, incluso me mareé rápidamente, así que tuve que salir al patio.
- P: ¿Y nos decía usted que el Sr. Gutiérrez estaba llorando al lado de la Sra. Clara?...

A partir de una pregunta abierta, entonces, quedan de manifiesto detalles relevantes que permiten hacer un seguimiento dirigido a la proposición fáctica principal, por ejemplo, en nuestro caso, que Clara había muerto producto del gas y que el acusado, aun a riesgo de su propia salud, la estaba llorando a su lado (pensando ya en el alegato de clausura...“Esa no es - señores jueces- la clase de cortesías que suele ofrecer un homicida a sus víctimas...”).

Las posibilidades de combinación son múltiples, lo que nos importa destacar es la idea de que un examen directo más efectivo normalmente utilizará todo el arsenal de preguntas disponibles y legítimas. La intensidad en el uso de una o otra pregunta (abiertas o cerradas) normalmente dependerá del tipo de testigo que tenga enfrente. Esta evaluación sólo surge como consecuencia de una adecuada preparación del testigo, es decir, el haberme reunido con él previo al juicio, el haber repasado con él los hechos que conoce, el haber ensayado con él el tipo de preguntas que podrían formularse en la audiencia, etc. Sin una preparación de este tipo, resulta bastante difícil tener una evaluación certera de la forma en que resulta más conveniente estructurar el examen para este testigo en particular.

7. La preparación del testigo

A esta altura comienza a ser insistente un tema crucial para que el examen directo del testigo sea efectivo: su preparación. Si bien este texto aborda el trabajo con el testigo desde el punto de vista de las destrezas requeridas para litigar en juicio, es necesario destacar que resulta difícil concebir un buen examen directo (particularmente de quienes comparecen por primera vez a juicio) sin que exista un trabajo previo de preparación del mismo de parte del litigante, cuestión que también requiere el desarrollo de destrezas que exceden el marco de este trabajo.

Como dice Goldberg hay tres verdades que son aplicables a todo testigo: “(1) Los testigos están nerviosos cuando atestiguan en juicio. (2) Los testigos, incluso los peores, aportan algo bueno, e incluso los mejores tienen algo malo. (3) Los testigos saben mucho más acerca de la

sustancia de su testimonio que lo que saben acerca del modo de presentarla”.¹² Estas tres verdades hacen que el trabajo de preparación de un testigo antes de su comparecencia a juicio sea fundamental para asegurar que la información que ese testigo dispone sea presentada en forma clara y con calidad a los jueces. El juicio oral constituye un escenario tremendamente vertiginoso y cruel para quienes cometen errores en el mismo, por ello la preparación del testigo es una actividad central en el objetivo de minimizar esos errores y poder presentarle a los jueces información relevante de manera adecuada.

Un problema en nuestra cultura jurídica tradicional es que la “idea de preparar” al testigo se asocia con ciertas prácticas de los litigantes que presentan serios problemas éticos o incluso de legalidad o licitud. Así, en sus peores versiones, la preparación se entiende por parte de los litigantes como la construcción de un libreto o una pauta cerrada de respuestas a las que el testigo debe sujetarse no importando que ésta no coincida con el contenido real de su relato, incluso inexistente en muchos casos. En este sentido “preparar” a un testigo es casi sinónimo de contar con un testigo perjuró. La primera imagen que se viene a la cabeza dentro de las actuales prácticas en nuestro país es lo que ocurre con la “preparación” de los testigos en los procedimientos ante los juzgados de policía local en donde existe el mayor porcentaje de ciudadanos que a grandes distancias y bajo condiciones de percepción muy limitadas son capaces de recordar detalles o minucias de un accidente de tránsito.

Al hablar de preparación en el caso de la litigación en juicios orales nos estamos refiriendo a algo completamente distinto. ¿A qué nos referimos entonces?

La preparación de un testigo en un sistema acusatorio supone varias cosas dentro del margen de lo que es ética y legalmente admisible. Todas ellas suponen la necesidad para el litigante de reunirse con el testigo con anterioridad a juicio. En esta reunión son varias las actividades de preparación. En primer lugar, el abogado debe ilustrar al testigo acerca de su rol en el juicio y del marco general en que éste se desarrollará. Así, debe dársele toda la información que sea necesaria para que el testigo tenga claridad acerca de lo que hará en la sala de audiencia, como se inserta eso en el contexto general del juicio y cuáles son sus derechos y las expectativas del sistema frente a su declaración. Es muy importante que el testigo comprenda que su testimonio se inserta en una actividad más compleja y que su comparecencia en juicio puede significar, entre otras cosas, esperas largas en una sala aislada. También es importante que el testigo sepa que cuenta con ciertos derechos al momento de declarar, por ejemplo a guardar silencio tratándose de respuestas que podrían ser incriminatorias, entre otros.

Junto con lo anterior, es indispensable que el testigo cuente con información acerca del caso mismo que le permita identificar cuales porciones de su relato son las relevantes para el juicio. Los testigos disponen mucha información y de muy variada especie, por ello es relevante que al momento de prestar declaración en juicio esten medianamente enfocados respecto de aquella información que ellos disponen que es importante para el juicio y no se pierda tiempo con información distractiva o derechamente irrelevante. De otra parte, el abogado debe revisar el relato del testigo para explorar áreas del mismo o detalles que pueden ser relevantes en el juicio, lo mismo que conocer sus debilidades para buscar explicaciones razonables y

¹² Véase Steven Goldberg, *Mi Primer Juicio Oral*, Editorial Heliasta, Buenos Aires 1994, pág. 87.

anticiparlas en el examen directo. Sin una preparación en esta línea no es posible conocer bien al testigo, tener información fresca y clara acerca de su declaración, evaluar sus necesidades o carencias para preparar el tipo de preguntas que le formularé, etc., etc.

Además, de lo descrito es necesario que el testigo pueda experimentar el escenario que enfrentará en el juicio oral. Esto puede hacerse ya sea formulándole el tipo de preguntas que se le realizarán en juicio o directamente por medio de realizar un simulacro completo de lo que ocurrirá con él en el juicio. El objetivo de esta actividad no es que el testigo memorice sus respuestas, sino más bien conocer su reacción en un escenario similar al que enfrentará en juicio. Ello permite que el abogado practique con el situaciones problemáticas o conflictivas. Por ejemplo, cuando el testigo olvida decir parte de su relato ellos pueden convenir en ciertas técnicas para ayudarlo, el abogado podría preguntarle ¿Hay algo más que quiera agregar en este punto? Pregunta que puede servir como una muletilla para que el testigo se de cuenta que un pedazo de información se ha quedado en el tintero y que no se trata de una pregunta realmente abierta para introducir un tema nuevo. En fin, son múltiples las cuestiones que se puedan realizar siempre dentro del marco que lo que se busca es que el testigo pueda declarar aportando la información que genuinamente dispone con claridad al tribunal.

El trabajo de preparación de un testigo supone varias destrezas y para ello también hay acumulada en el contexto de sistemas comparados muchas buenas prácticas que se traducen en algunas recomendaciones de metodologías de trabajo muy específicas. No podemos detenernos en ella en este trabajo. Nuestro objetivo central es marcar el punto de la necesidad y relevancia que tiene el trabajo de preparación para mejorar la calidad de información que se produce en los exámenes directos.

8. Algunas recomendaciones sobre la producción del testimonio

Para terminar este capítulo, quisiéramos revisar algunas recomendaciones generales para la preparación de un examen directo. Todas estas recomendaciones apuntan a que el litigante pueda potenciar de mejor forma los resultados de litigación y a evitar ciertos errores comunes que son posibles de observar en el funcionamiento diario del nuevo sistema procesal penal. Como en todas las materias, en la disciplina de litigación también se trata de recomendaciones basadas en la acumulación de experiencias y de buenas prácticas y no de reglas de oro o mandatos absolutos. De hecho, muchas de estas recomendaciones suelen formularse en los manuales más acreditados sobre el tema en los países que cuentan con prácticas de litigación en juicios orales mucho más asentadas que el nuestro.¹³

8.1 Lenguaje común

El objetivo principal del examen directo -ofrecer un relato convincente- no puede ponerse en riesgo por el empleo de un lenguaje excesivamente técnico, especializado o no comprensible. El acto de litigar en un juicio oral es básicamente un acto de comunicación, y nuestro primer

¹³ En este sentido véase Paul Bergman, ob. cit. pág. 106 a 114; Thomas Mauet, *Fundamentals of Trial Techniques* (Third Edition), Little Brown and Company, 1993, pág. 72 a 83.

interés es que los testigos y jueces realmente entienden las preguntas que estamos haciendo y escuchen y comprendan la prueba que les estamos presentando. Para ello, contamos con un lenguaje con el que nos comunicamos todos nosotros (testigos, jueces y abogados) a diario. Por supuesto que el lenguaje técnico deberá ser utilizado allí donde sea necesario, pero ello suele ocurrir en un número menor de casos que aquellos en que los abogados –por simple siutiquería- designamos las cosas de un modo en que jamás lo haríamos si se tratara de decir lo mismo conversando con nuestra familia en la casa. Allí donde todos dirían “Juan le quitó un televisor a Pedro con un cuchillo”, los abogados diríamos “Juan sustrajo con pleno conocimiento del injusto una especie mueble a Pedro en contra de su voluntad y utilizando a tal efecto un arma blanca cortopunzante”.

La recomendación de uso de lenguaje común se refiere tanto al abogado en las preguntas y alegatos que realiza ante el tribunal, como a la forma en la que se expresa el testigo cuando responde a nuestras preguntas.

Cuando el abogado es el que no habla en un lenguaje sencillo tiene el potencial de producir efectos negativos en dos órdenes de cuestiones. Primero, el testigo no entiende la pregunta y por eso no responde bien. Segundo, puede tener un impacto en la capacidad de atención del juzgador, el que podrá dejar de atender lo que un abogado esté diciendo; algunas de esas tienen que ver simplemente con no entender lo que están diciendo –por ejemplo cuando el perito declara en el lenguaje específico de su ciencia- o estar escuchando un alegato jurídico incapaz de innovar en su manera de argumentar frente al tribunal, generalmente por la esclavitud a los modos y usos clásicos de nuestras prácticas forenses.

El lenguaje ordinario aumenta el efecto de las preguntas y no pone al juzgador en la incómoda situación de no entender nada o tener que demostrar algún grado de ignorancia.

De otra parte, el abogado debe tener especial cuidado en que el testigo se exprese en un lenguaje comprensible para el tribunal. No importa si yo como litigante tengo claro el sentido de lo que mi testigo señala (entre otras cosas debido a que he conocido el contenido de la declaración previamente), lo relevante es que el tribunal lo entienda. Así, suele ocurrir que por distancia generacional o social los testigos se expresen utilizando palabras que resultan completamente ajenas o incomprensibles para los jueces o, peor aún, que se entiendan en un sentido diverso al que realmente tienen. En ese tipo de casos, el litigante deberá estar atento a que el testigo explique con precisión y en un lenguaje que sea entendido por todos.

8.2 Directo al punto

Con esta fórmula decimos que es importante presentar la evidencia de manera directa, evitando rodeos que pueden desdibujar lo principal de la historia.

Por ejemplo, si se desea sostener que el testigo estuvo en su casa a las 12 horas, no debemos preguntar, “¿a qué hora está usted habitualmente en su casa?”. Vaya directo y consiga su

punto: “¿estuvo usted aquel día en su casa a las 12?”. Para estos efectos, la pregunta cerrada es la vía más directa.

Al preparar y ejecutar nuestras preguntas debemos tener siempre en mente la prueba que deseamos obtener e ir directo a ella y, una vez obtenida, debemos salir de allí sin más y movernos a otro tema. Normalmente la forma de ir más directo al punto va a ser recordando las preguntas básicas que cualquier persona curiosa haría en una situación similar. ¿Qué? ¿Cómo? ¿Cuándo? ¿Dónde? ¿Por qué? son fórmulas que permiten escapar a la maraña y preguntar en forma sencilla y clara.

8.3 Escuchar al testigo

El juzgador a menudo va a observar al abogado a lo largo del testimonio. Si la declaración de un testigo no logra siquiera acaparar la atención del abogado que lo llamó a declarar, difícilmente será merecedora de la de cualquier otra persona -incluyendo al juzgador-, habiendo contribuido nosotros mismos a restarle importancia al testimonio de nuestro testigo.

A su turno, uno nunca puede prevenir con absoluta precisión cuál será el curso del examen a un testigo, ni aún respecto de los propios. De esta suerte, el abogado debe estar alerta al testimonio para ir asimilando e incorporando al juicio la información proporcionada por el testigo. La atención del abogado sobre el testigo es imprescindible para resaltar puntos importantes o indagar sobre aspectos fundamentales de nuestra prueba, aclarar lo confuso o inentendible, ir sobre los detalles, pedir precisión o morigerar los efectos de la información inconveniente. Cuidado con quedarse con la versión del “expediente” en la cabeza. Lo normal es que la declaración del juicio cambiará cosas (en buen o mal sentido) y por eso el abogado debe estar 100% atento de lo que ocurre hoy en la sala de audiencias.

8.4 Adelantar debilidades y explicarlas

Con esto nos referimos a la posibilidad de adelantarnos al eventual contraexamen de nuestros testigos, cuando éstos tienen en su contra elementos o historias que no favorecen su credibilidad. La idea es, pues, aportar los elementos que perjudican nuestras pretensiones con el objeto de suavizar el contraexamen, permitiendo a los jueces escuchar tales elementos desde nuestra propia versión antes que en la de la contraparte. Esto, por supuesto, cuando creamos probable que tal información llegará a conocimiento de nuestra contraparte. Así, por ejemplo, si nuestro principal testigo es una persona que tiene problemas conocidos de adicción al alcohol y tenemos razones para creer que ello perjudicará al tribunal, deberemos en este caso sacar a relucir el hecho, y dirigir nuestro examen directo explicando de qué manera él no afecta el testimonio del testigo. Desde luego, no basta simplemente con mencionar nuestras debilidades para que el tribunal lo considere un acto de buena fe y esté dispuesto a olvidar los aspectos negativos o prejuiciosos que ellas conllevan; deberemos tener una explicación razonable y extraerla a través del testigo acerca de cómo aquellas debilidades no deben afectar el juicio de los jueces.

Sin embargo, cuidado con sobrevalorar la información de la parte contraria. Quizás ella no conoce el pasado de nuestro testigo o alguno de sus aspectos en particular. Asimismo, incorporar estos aspectos conlleva siempre el riesgo de perjudicar la disposición favorable que puede haberse gestado por el tribunal. Así pues, el aporte de elementos perjudiciales debe ser manejado con mucha cautela ya que se trata de una decisión estratégica sumamente delicada. Al igual que en el tema de los detalles, la anticipación de debilidades puede transformarse en un arma de doble filo si no es ocupada cautelosamente como una herramienta más de mi estrategia.

8.5 No lea su examen directo

Suele ocurrir que la falta de experiencia, el nerviosismo o, por el contrario, la ansiedad y el exceso de preparación por parte del abogado se traduzcan en la preparación por anticipado de un texto con las preguntas a formular en el desarrollo del juicio. El abogado piensa que así evitará cualquier sorpresa que ocurra en el desarrollo de la audiencia ya que podrá seguir un libreto que ha preparado concienzudamente en su oficina.

Contrario a lo anterior, la lectura de preguntas en el juicio oral suele ser una mala práctica. El abogado se concentra en su libreto y no en las respuestas del testigo, perdiendo el estado de alerta y dejando pasar finalmente preciosas oportunidades para aprovechar y reaccionar a la información que el testigo está aportando. En ocasiones esto significará no hacerse cargo de explicar información desfavorable que está surgiendo del testimonio, en otras significará no dar énfasis a la información relevante que el testigo está trayendo al juicio; como sea, los resultados de la lectura de preguntas son por lo general siempre negativos. En lugar de eso, entonces, se recomienda más bien la utilización de minutas temáticas para guiar al abogado, es decir, apoyarse en un listado de los principales temas sobre los que el testigo debe declarar, pero nunca un set de preguntas completo para ser leído en la audiencia; de esta manera, el abogado podrá ir construyendo las preguntas exactas a la medida de las necesidades que el examen directo vaya arrojando.

8.6 Uso de apoyo gráfico

Como veremos en el capítulo acerca de la prueba material, una imagen vale mil palabras. El uso de diagramas, mapas u otro tipo de representaciones gráficas puede ser muy conveniente e ilustrativo, especialmente si consideramos que las descripciones abstractas de lugares o situaciones pueden perjudicar la adecuada comprensión del hecho por parte del juzgador. En consecuencia, es muy recomendable apoyar la declaración del testigo con este tipo de material.

Habrà que cuidar, sin embargo, que sea explícito en lo que muestra y de fácil comprensión para el testigo y el tribunal. El testigo deberá conocerlo previamente de modo que pueda ilustrar su propia declaración y que, además, se haya preparado su uso para el juicio. De lo contrario, puede que este elemento de apoyo se transforme en la peor pesadilla del abogado y sólo sirva para confundir al testigo, a los juzgadores y a su propia estrategia. Por cierto,

también resulta indispensable cuidar que estos elementos de apoyo audiovisual sean una representación fiel del lugar u objeto que pretendemos mostrar, de lo contrario su incorporación al juicio oral sólo contribuirá a la pérdida de credibilidad del testimonio del testigo y del abogado que lo presenta.

CAPÍTULO IV

CONTRAEXAMEN

1. Contraexamen: debido proceso y contradictoriedad

Una de las apuestas más fundamentales del modelo acusatorio -particularmente en sus versiones más adversariales- es que la contradictoriedad de la prueba -unida a la inmediación de los jueces- va a producir información de mejor calidad para resolver el caso. Esta apuesta no es teórica, sino que proviene fundamentalmente de la experiencia: para quien ha tenido la oportunidad de participar en juicios orales, resulta completamente cotidiano escuchar el relato unilateral que entrega un testigo o un perito de la fiscalía, encontrarlo sólido y creíble y sorprenderse pensando "el imputado es culpable como el pecado"; acto seguido viene un buen contraexamen, y resulta que al fiscal -convenientemente- se le había olvidado llamar nuestra atención acerca de ciertas debilidades personales del testigo, las distancias y los tiempos ahora parecen ser algo distintos de lo que el testigo había estimado, las supuestamente óptimas condiciones de percepción del testigo parecen haber estado algo exageradas, sus propias virtudes como testigo imparcial también algo exacerbadas; este testigo, que parecía tan seguro de identificar a nuestro cliente cuando relataba unilateralmente su versión mientras el fiscal lo mecía paternal y pacíficamente, ahora, bajo contraexamen, no parece estar tan seguro o su seguridad no parece tan verosímil; una cierta distorsión en la prueba, en fin, nos hace comenzar a sospechar no sólo un simple error, sino más bien una mentira deliberada. En definitiva, el hecho es que para el momento en que había terminado el examen directo -la versión unilateral del examen directo- estábamos seguros de que el imputado era culpable; ahora, media hora después, una vez que el contraexamen ha puesto a prueba la verdadera calidad de la información, ha ofrecido versiones alternativas para esos mismos hechos, este testigo que nos parece tan sólido y substancial, ahora lo vemos diferente. Tal vez lo suficientemente diferente como para darnos cuenta de que hace media hora estuvimos a punto de cometer un error al aceptar irrestrictamente la versión unilateral del examen directo y al juzgar culpable al imputado. Si esto es así, el contraexamen ha cumplido su función de revelar los defectos de información de la prueba presentada. Quizás, en cambio, para el momento en que termina el contraexamen, el testimonio haya sufrido alteraciones, aunque en lo substancial se haya mantenido relativamente intacto; en este caso, el contraexamen ha servido su función (desde el punto de vista del sistema) de testear la calidad de la información incorporada y probarla de alta calidad.

Es poco frecuente que en América Latina se tenga clara conciencia acerca de esta razón para erigir la contradictoriedad como el método y la esencia del juicio. La cultura inquisitiva y el método del funcionario iluminado nos han ocultado la cotidianeidad de esta realidad: que la prueba y la información que ella contiene siempre -siempre- se modifican al pasar por el cedazo de una contradictoriedad en serio. A veces substancialmente, a veces no. Siendo ello así, es imposible confiar en ninguna información que no haya pasado por el test de la contradictoriedad.

Un testigo o un perito que dio una cierta versión de manera unilateral a la policía o a la fiscalía, bien puede estar mintiendo, tergiversando, exagerando o inventando información. El sistema se basa en que alguien someta cada pedazo de información que ingresa al debate

al test de credibilidad más riguroso posible; el sistema además confía en que quien está en mejor posición e interés para realizar esta labor lo más seriamente posible es la contraparte. Las partes llevan semanas o meses investigando la causa, cuentan con la máxima información respecto del caso (a diferencia de los jueces) y tienen todos los incentivos para hacer todo lo que sea profesionalmente posible para encontrar las debilidades de la prueba de la contraparte.

Al sistema le interesa enormemente, entonces, que las partes tengan amplias posibilidades de contraexaminar la prueba presentada por la otra, y aunque el derecho a defensa presiona todavía un poco más la lógica de la contradictoriedad en favor de la defensa, lo cierto es que al sistema le interesa crucialmente que ambas partes -tanto fiscalía como la defensa- tengan amplias posibilidades de controvertir la prueba en condiciones de juego justo. Tanto si el testigo del fiscal está mintiendo, falseando, tergiversando, exagerando u omitiendo, como si lo está haciendo el testigo de coartada de la defensa; de ambas cosas es valioso que el sistema se entere.

Ahora bien, aquí comienza el problema del que se hace cargo este capítulo: el oficio de contraexaminar exige técnicas y destrezas muy específicas. Hacer de la contradictoriedad un instrumento genuinamente útil para esta tarea, tiene un método. En los sistemas latinoamericanos, con tan poca experiencia en juicios genuinamente contradictorios, se ve con frecuencia a abogados parándose a improvisar, haciendo cualquier tipo de preguntas, todo tipo de declamaciones, repitiendo el examen directo, trenzándose en interminables y hostiles reyertas con el testigo y, en suma, haciendo del contraexamen algo bastante inútil en términos de control de calidad de la información que este testigo había traído al juicio: bombas de humo, fuegos artificiales y balas de agua. Para cuando el humo se despeja, sólo queda para el público el divertimento de los juegos de artificio, y para el testigo el placer del refresco. Todos sonríen, excepto quien sea que le esté pagando a ese abogado. Si para el momento en que termina el contraexamen la credibilidad del testigo y de su testimonio quedó intacta, entonces tal vez ese abogado jamás debió haberse parado a contraexaminar. Ni hablar de que -como ocurre con tantos malos contraexámenes- el testigo salga todavía más fortalecido del contraexamen.

2. “¡Yo me encargo de destruir al tonto!”¹⁴

Probablemente nada perjudique tanto la posibilidad de que el litigante explote a cabalidad el contraexamen como la actitud, frecuente en los abogados, de enfrentar el contraexamen en la lógica de “¡yo me encargo de destruir al tonto!”: la pretensión de que el contraexamen consiste en la total humillación tanto del testigo como de su testimonio, la exposición del testigo como un mentiroso o un idiota, que debe terminar abandonando la sala arrastrándose de rodillas y pidiendo perdón por haber venido a decir todas estas mentiras al juicio.

¹⁴ La expresión está tomada del libro de Paul Bergman, ob. cit, pág. 133.

De alguna manera, la mística popular en torno a los juicios y a los litigantes ha sido tejida en torno a esta imagen, a la cual el cine y la televisión han contribuido no poco: Matlock, que raramente gana un juicio por la prueba que él presenta y que, en cambio, siempre termina revelando al testigo del fiscal como parte de alguna conspiración maquiavélica, a través de un contraexamen rotundo e implacable, que termina descubriendo que en verdad era el propio testigo el psicópata que había inculcado al pobre e inocente cliente de nuestro buen Matlock. Es la imagen de freír al testigo y servirlo al tribunal como canapé. A la par, la imagen de que en esto consiste y de que esta es la vara para medir a un buen litigante.

Esta imagen más bien se contrapone a aquello en lo que realmente consiste un contraexamen profesional. No se trata de que el tonto no deba ser destruido cada vez que ello sea posible. Pero ocurre que, en la inmensa mayoría de los casos, “el tonto” no es tonto. Lo más común -en un sistema acusatorio maduro- es que el testigo no sea derechamente perjurio, que no sea parte de ninguna conspiración maquiavélica para inculpar a un inocente y que, en cambio, crea genuinamente haber percibido lo que dice haber percibido. Esto no quiere decir necesariamente que de hecho lo haya percibido, o que lo haya hecho en la versión que está presentando en el juicio, pero lo usual es que los defectos de su testimonio tengan que ver con alguna de un conjunto de versiones de error, aunque él genuinamente crea estar siendo honesto en su testimonio.

Ahora, si “el tonto” no es tonto, entonces la actitud de “yo me encargo de destruir al tonto” -pretender que nuestro caso depende de que podamos destruir a los testigos completamente- sólo nos va a llevar al pantano: esa lucha sin cuartel que se trenza entre el contraexaminador y el testigo, vertida en una maraña de “dimes y diretes” superpuestos, preguntas interrumpiendo respuestas y respuestas interrumpiendo preguntas; una batalla tan hostil, desorganizada e incomprensible que, en el fragor de la lucha, hace que el significado de la evidencia útil se vea superado por la discontinuidad del relato, la repetición del examen directo, el tedio de una discusión estéril y la defensa a ultranza por parte de ambos de sus respectivas versiones, que a poco andar, produce que quienes están escuchando -jueces incluidos- comiencen a prestar más atención a la necesidad de darle una manito de pintura a las paredes del tribunal y al escote de esa bellísima mujer que se sienta entre el público, que a lo que está pasando en el contraexamen. El pantano es ese lugar en donde ningún contraexaminador quiere estar; es una unidad de medida para un mal litigante: si está en el pantano, no sabe lo que hace, porque ninguna información útil sale de allí: testigo y contraexaminador salen “empatados”, y el empate favorece al testigo, cuyo examen directo ya produjo prueba sobre su versión de los hechos. El contraexamen exige al litigante tener control del testigo, porque necesita superponer su propia teoría del caso a ese testimonio, una versión a la que el testigo es naturalmente reticente; el pantano nos hace perder el control del contraexamen, y, en esa medida, afecta nuestra habilidad para sacar el mejor provecho del testigo para nuestro propio caso.

Como dijimos, no se trata de que, si “el tonto” es, efectivamente, “tonto”, no podamos destruirlo. Pero, en toda esa inmensa mayoría de casos en que “el tonto” no es “tonto”, todavía hay mucho partido que sacarle a un testigo de la contraparte en el contraexamen. Para esto, hay método. No se trata de reglas absolutas, que deban ser aplicadas a ultranza sin considerar nuestras propias intuiciones o sentido común, pero sí de instrumentos poderosos al momento

de llevar adelante el contraexamen de un testigo que, por lo general, no tiene ningún interés en colaborar con nuestro caso.

3. Contraexamen y alegato final

De aquí surge entonces la primera lección importante respecto del contraexamen: el contraexamen se construye desde y para el alegato final. A la lógica de “yo me encargo de destruir al tonto” subyace el impulso compulsivo por hacer del contraexamen una pieza de litigación autosuficiente: que quede claro del propio contraexamen cómo este testigo miente o cómo su testimonio es inverosímil. Muchas veces algunas líneas de contraexamen pueden conseguir esto. Pero, aun así, la lógica general para aproximarse al contraexamen responde más bien a la pregunta de ¿qué quiero estar en condiciones de poder decir en el alegato final? Esta pregunta determina toda mi estrategia de contraexamen y, desde luego, depende de la información concreta de que disponga en el caso. Adelantemos a este respecto que el alegato final no es una regalía graciosa para decir cualquier cosa que al abogado se le venga en gana: el alegato final debe hacerse cargo de la prueba específica y concreta producida en juicio; de esta suerte, los abogados no pueden argumentar en el alegato final hechos -incluyendo los que desacreditan a un testigo- que no hayan efectivamente producido en el contraexamen. Esto tergiversa la prueba y es causal de una legítima objeción por la contraparte. Por esto, es crucial que el contraexamen se diseñe y se ejecute con total atención, concreta y precisa, al ejercicio argumentativo del alegato final. Será allí que armaremos el puzzle y argumentaremos sobre la información que nuestro contraexamen produjo, cómo esa información encaja con el resto de la prueba y de qué manera dicha información -probablemente menos espectacular, pero útil- deteriora la calidad del testigo contraexaminado.

4. La pregunta de más...

La tentación más intensa para los abogados de apartarse de esta idea es la pretensión de preguntar por las conclusiones que ellos esperan del testigo (de vuelta, en la lógica de hacer del contraexamen un ejercicio autosuficiente). Se olvidan completamente que este es un testigo hostil, reticente al caso del contraexaminador, y ceden a la pretensión -golosa hasta la gula- de que el testigo les ofrezca expresamente la conclusión desacreditante.

Dos cuestiones respecto de esto, dos caras de una misma moneda: resistir a toda costa la tentación de hacer “la pregunta de más” y “¿qué esperabas que el testigo responda?”

La “pregunta de más” tiene muchas versiones. El formato más frecuente es la pregunta por la conclusión o por la explicación de la línea de contraexamen. La tentación suele ser irresistible y uno puede ver, especialmente en los abogados de menos experiencia, como se les hace agua la boca por hacer la pregunta: “y dado que la calle estaba oscura y todo pasó muy rápido, lo cierto es que usted no puede estar seguro de que la persona que vio haya sido mi cliente, ¿no es cierto? Y el testigo, por supuesto, responde: “no, no es cierto, lo vi perfectamente, estoy

completamente seguro de que era él”. El abogado entonces no tiene opción: “¿y cómo puede estar tan seguro?” (doble estupidez). Y entonces, el testigo ofrece una buena razón (fue justo cuando se estacionó un auto junto a nosotros, sus luces nos iluminaron de lleno y, aunque efectivamente fueron solo algunos segundos, este era el hombre que acababa de matar a mi hija... jamás voy a olvidar su rostro, lo tengo grabado para siempre, lo reconocería donde fuera...). Mala cosa para el contraexamen. El testigo siempre va a tener una respuesta. Si la explicación es cierta, entonces al preguntársela estamos haciendo el trabajo de nuestra contraparte (estamos contribuyendo al examen directo); y, por supuesto, si el testigo no tiene una explicación, va a inventar una. Lo que probablemente nunca va a ocurrir es que el testigo diga: “recorchohliis, todo este tiempo pensando que era su cliente, pero ahora que usted me lo sugiere, guaaaauuuuuu!!!!, tal vez no esté seguro de que sea él...”.

Esto nos lleva a la segunda idea-fuerza, pariente de la pregunta de más pero no exactamente lo mismo. Con frecuencia uno observa a los abogados realizar preguntas del tipo: “...y usted está seguro que lo que escuchó fue un disparo?”; “...y dígame doctor, usted se siente capacitado para ofrecer esta conclusión?” Y a uno le dan ganas de preguntarle al abogado: “¿y qué esperabas que respondiera, imbécil!!!...?” Ya vamos a decir, hacia el final de este capítulo, que salir a contraexaminar no es salir a pescar: un contraexaminador no hace preguntas cuya respuesta no conozca. Pero esto es todavía mucho más básico: un contraexaminador no puede hacer preguntas en el vacío, sin ninguna sensibilidad o proyección acerca de la respuesta probable del testigo. Este testigo y este perito están a punto de mandar a alguien a la cárcel por sus testimonios, ¿qué esperaba nuestro buen contraexaminador? ¿pensó que en verdad le podían responder “caspitas, ahora que lo menciona, tal vez no haya sido un disparo...”; “recorchohliis, ahora que me lo pregunta, tal vez esta no sea mi área de experticia...”; (“¡Diablos, sus preguntas son terribles!”).

El contraexamen es, entonces, un ejercicio muy específico y concreto: mi teoría del caso y la información de que dispongo determinan mis líneas de contraexamen, para cada una de las cuales tengo información de respaldo, asumiendo que estoy tratando con un testigo hostil a mi caso; cada una de esas líneas de contraexamen van a producir los insumos que necesito para argumentar mis conclusiones, y dicha argumentación la voy a construir en el alegato final. En muchas ocasiones varias de estas líneas de contraexamen nos permitirán producir información mas bien modesta, no de aquella que solemos ver en los contraexamenes de Matlock, pero no por ello menos importante a la hora de construir nuestro relato o desacreditar la versión de nuestra contraparte en el alegato de clausura. El ser modesto con los objetivos perseguidos en el contraexamen no es para una gran mayoría de casos un problema, sino más bien una virtud del litigante.

Veamos un clásico formato de contraexamen: la teoría del caso de la fiscalía es que el acusado mató a su víctima abriendo la llave del gas mientras esta dormía. La defensa contraexamina al principal testigo de la fiscalía, quien afirma haber visto al acusado huyendo de la escena del crimen.

- P: Sr. Quintanilla, usted ha dicho que comenzó a sentir un fuerte olor a gas ya desde la entrada al departamento. ¿No es así?
- R: Así es.
- P: Y también lo oímos decir que recuerda bien ese hecho porque se le llenaron los ojos de lágrimas...
- R: Sí...
- P: Y nos dijo que los ojos no le dejaron de lagrimar hasta que volvió a salir a la calle.
- R: En efecto, así fue.
(No le pido interpretación, conclusión, ni consecuencias sobre el tema de las lágrimas y el obstáculo que ellas representan a la visión. Esas son mías, en el alegato final)
- P: Y dijo además que tardó apenas unos segundos en marearse por el olor a gas ¿no nos dijo esto, señor Quintanilla?
- R: Sí.
- P: Y de hecho el mareo fue tan intenso, que tuvo que apoyarse en la pared, ¿no es así?
- R: Bueno, fue muy brevemente, sólo al comienzo...
(Lo mismo sobre el mareo: estado mental al momento de la percepción)
- P: Dígame por favor si es correcto que para llegar desde la puerta de entrada a la pieza de la occisa, hay que subir las escaleras que quedan al final del pasillo.
- R: En efecto.
- P: ¿En cuánto tiempo hizo usted ese recorrido?
- R: No sé... no podría decirlo con precisión.
- P: ¿Sería justo decir que fue un minuto? ¿Dos?
- R: Un minuto, más o menos.
- P: Y durante todo ese minuto estuvo expuesto al mismo gas que le llenó los ojos de lágrimas y lo mareó en la puerta...
- R: Bueno, sí...
- P: Ese gas que, según nos dijo, tardó sólo unos segundos en marearlo y hacerlo lagrimar...
- R: Sí.
- P: Y mientras más se acercaba al dormitorio, más cerca estaba de la fuente del gas, el calefont...
- R: Sí.
(Lo mismo sobre duración de la exposición al gas)
- P: Déjeme ver si reproduzco bien sus palabras... usted abre la puerta, el gas lo marea, le llena los ojos de lágrimas, luego usted camina hacia el dormitorio exponiéndose otro minuto más al gas, al mareo, a las lágrimas y, cuando llega a la pieza, ve a una persona que está saltando por la ventana... ¿no es verdad?
- R: Sí, así es como ocurrió.
- P: Ahora déjeme llevarlo a otro tema...
(Lo mismo sobre la reproducción completa de las condiciones de percepción: no le pido conclusiones respecto de ellas)

De vuelta, será en el alegato final -y ni un segundo antes- cuando diremos al tribunal: "señores jueces, ¿qué tiene el fiscal para acusar a mi cliente? Ah, sí: tiene un testigo que, según él mismo nos ha contado, tuvo que sostenerse de la pared para no caer por el mareo que le produjo el gas que había en la casa, y que apenas entró se le llenaron los ojos de lágrimas por

el gas... esas eran las condiciones en que quedó tan sólo con los primeros segundos de exposición. Luego lo respiró durante un largo minuto más y, cuando por fin llegó al dormitorio, tuvo sólo un instante de segundo para ver a una persona que saltaba por la ventana. Y asegura que dicha persona era mi representado...”.

Lo que interesa recalcar aquí es que la pregunta que el abogado debe tener en mente al momento de encarar su contraexamen no es ¿cómo destruyo a este testigo en este acto? sino, cosa distinta, ¿qué elementos de este testigo necesito recoger o debilitar en mi alegato final?, pues en la mayor parte de los casos, será sólo allí donde podremos armarle al juzgador el puzzle completo acerca de “lo que dice la prueba de este caso”.

5. Objetivos del contraexamen

La aproximación de “¡yo me encargo de destruir al tonto!” debe ser sustituida por objetivos menos espectaculares, pero más efectivos y, en esa medida, más profesionales. Hay fundamentalmente cinco objetivos posibles para el contraexamen¹⁵:

a) Desacreditar al testigo

En este caso nos referimos a cuestionar la credibilidad personal de un testigo, su valor como fuente de información. Esta es la versión más confrontacional de contraexamen. El mensaje que subyace a esta línea de contraexamen es, en lo fundamental, “este testigo es una rata” y las ratas, por supuesto, rara vez tienen algo valioso que aportar en un juicio.

Los más clásicos elemento de esta línea de contraexamen son el interés y la conducta previa del testigo.

Los formatos que puede adoptar este interés, a su turno, son innumerables: desde la obvia y gruesa versión del testigo al cual le pagan por mentir hasta la madre que declara por su hijo acusado; desde el policía que apoya la versión de su compañero acerca de la detención hasta el colaborador eficaz que declara en contra de su jefe mafioso a cambio de un trato con la fiscalía. A todos ellos subyace la idea común de que el testigo no está siendo veraz, en alguna versión y grado, porque tiene un interés personal comprometido con el resultado del juicio.

En el caso de la conducta previa, en cambio, se trata de la idea de que este testigo ha faltado a la verdad antes y no hay razón para creer que no lo esté haciendo ahora también.

En ambos casos, sin embargo, hay que tener cuidado con la vieja cultura inquisitiva de valoración legal de la prueba -que sigue causando estragos en nuestras mentes por mucho que modifiquemos los códigos- y con el nuevo escenario impuesto por la libre valoración.

¹⁵ En este mismo sentido véase también a Paul Bergman, ob. cit. pág. 133.

En la vieja cultura -esa que decidía las cuestiones de admisibilidad de la prueba de manera abstracta y ex ante, en la ley- bastaba con acreditar el interés para deshacerse de la prueba ("íntima amistad con el imputado", "notoria enemistad", "ser el querellante" o cualquier otra fórmula semejante). En un sistema de libre valoración, en primer lugar, la mayoría de estos elementos son cuestiones de credibilidad, no de admisibilidad. Como hemos señalado con anterioridad, "todo entra, mas no todo pesa (o tal vez sí...)". Así, es perfectamente posible que el tribunal escuche el testimonio de coartada que ofrece la madre del acusado y, pese a ser su madre, le parezca a esos jueces, apreciado el testimonio en concreto, que ella es perfectamente creíble.

Otro tanto ocurre con la conducta previa. En la antigua cultura, el formato más clásico de conducta previa era el hecho de haber sido condenado penalmente con anterioridad. A eso se sumaban todavía otras conductas que hacían del testigo una persona "indigna" para ser creído: "es prostituta", "es drogadicto", etc. En un sistema de libre valoración, de vuelta, la valoración de la prueba es concreta: ¿es posible que el tribunal escuche la declaración concreta de esta prostituta, de este drogadicto o de este delincuente, y sus testimonios les parezcan creíbles? No hay ninguna razón ni desde la lógica formal, ni desde el sentido común, ni desde las máximas de la experiencia para descartar dicha posibilidad en abstracto. Siendo ello así, el contraexamen que desee ir sobre esta línea deberá asegurarse de que haya razones concretas para restar credibilidad al testigo por su conducta previa. Así, por ejemplo, tal vez sí lo haga el haber sido condenado por falso testimonio; tal vez incluso lo diga el haber sido condenado por estafa (no es sólo haber sido condenado, sino que se trata de un delito que involucra, precisamente, engaños y mentiras); pero tal vez que alguien haya sido condenado incluso por un delito muy grave -digamos homicidio- no nos informa de nada acerca de su sinceridad. Lo mismo respecto de la prostituta: ¿acaso es parte alguna máxima de la experiencia o del sentido común el hecho de que las prostitutas mienten? ¿qué no pueden ver un homicidio? ¿qué si lo ven van necesariamente a mentir respecto de él?

Y cuidado con el caso del drogadicto: si lo que se quiere decir es que estuvo drogado al momento de observar los hechos y que, por lo tanto, su percepción de la realidad puede no ser fidedigna, eso es otra cuestión; la pregunta es si un drogadicto, por el hecho de serlo, es menos digno de confianza o es más probable que mienta; y no parece haber ninguna razón para creer eso, salvo el prejuicio.

En fin, los casos son múltiples. El punto que queremos marcar aquí es que en un sistema de libre valoración de la prueba la desacreditación del testigo es necesariamente concreta; hay que darle al tribunal razones reales -por oposición a meros prejuicios- que permitan efectivamente decir que la persona del testigo, como fuente de información, no es confiable. En este sentido se reproduce la misma lógica que discutimos a propósito de la acreditación. Acreditar o desacreditar a un testigo siempre supone un ejercicio de litigación específico y fundado en información concreta.

b) Desacreditar el testimonio

En este caso se trata de atacar la credibilidad no ya de la persona del testigo, sino de su testimonio. Allí donde el mensaje que subyacía para el tribunal cuando se trataba de desacreditar al testigo era “este sujeto es una rata”, ahora el mensaje es más bien “este testigo es una gran persona, seguramente está convencido de que las cosas ocurrieron como dice, pero está en un error”.

El factor que más clásicamente desacredita al testimonio está constituido por las condiciones de percepción. Estas condiciones de percepción pueden pertenecer a circunstancias personales del testigo (su miopía, su sordera, su estado mental -por ejemplo temor o drogas- al momento de los hechos) o bien a circunstancias externas (el ruido ambiental, la obscuridad, la distancia, el hecho de que el objeto es igual a muchos otros, etc.).

c) Acreditar nuestras propias proposiciones fácticas

En muchas ocasiones podremos obtener de un testigo contrario testimonios que afirmarán nuestras propias proposiciones fácticas. Probablemente, las más de las veces las proposiciones fácticas propias que resulten acreditadas no serán las más sustanciales del juicio, pero, aún así, en la medida que testigos de la contraparte puedan corroborar ciertos elementos de nuestra propia versión de los hechos eso avanza nuestro caso. Adicionalmente, le envía al juzgador la señal de que, si no hemos mentido en esos puntos, es posible que no lo hayamos hecho en otros tampoco.

d) Acreditar prueba material propia

En la misma lógica: si un testigo de la contraparte puede acreditar nuestra propia prueba material, eso avanza frente al tribunal la autenticidad de dicha prueba material.

e) Obtener inconsistencias con otras pruebas de la contraparte

Si puedo obtener de los testigos de la contraparte testimonios inconsistentes entre sí, eso daña al caso de mi rival de manera importante. Que el testimonio de nuestros testigos sea inconsistente con los de nuestra contraparte es más que comprensible, después de todo, por eso estamos en juicio. Pero que las declaraciones de testigos que comparecen en un mismo lado resulten inconsistentes entre sí, eso es más difícil de aceptar sin pagar costos en credibilidad.

6. Estructura del contraexamen

Como se recordará, a la hora de estructurar el examen directo de nuestros testigos la recomendación ha sido que ello se haga en un orden, cronológico. En el caso del contraexamen, en cambio, la construcción de una historia íntegra y coherente suele no tener demasiada importancia. En el contraexamen se trata de apuntar hacia aquellas porciones de la declaración del testigo rival que pueden ser impugnadas como inverosímiles, falsas o inconsistentes. La estructura del contraexamen, por lo tanto, es esencialmente temática.

Volvamos al caso de los Kiev, que relatamos en el Capítulo II. Como se recordará, el Sr. Kiev fue acusado por su cónyuge de cometer abusos deshonestos en la persona de su hija Ana, varias veces en el año X.

El contraexamen que hizo el abogado de la defensa a la señora Kiev -la madre de Ana y denunciante en este caso- corrió como sigue:

- P: Sra. Kiev, usted declaró en el examen directo que su marido había abusado de su hija en varias ocasiones...
- R: Así es.
- P: ¿Y eso la impactó mucho?
- R: Por supuesto... ¡cómo no me iba a impactar!
- P: Por supuesto... ¿encaró a su marido con lo que Ana le había contado?
- R: No.
- P: ¿Le hizo saber de alguna manera que usted sabía lo que estaba ocurriendo?
- R: No.
- P: Sra. Kiev, ¿cuántas veces recuerda que Ana le haya dicho, durante el año X, lo que su padre le hacía?
- R: No sé... tres... quizás cuatro.
- P: En tres, quizás cuatro oportunidades, su hija de 12 años le dijo que estaba siendo abusada sexualmente por su padre y ¿usted no hizo nada?
- R: No.
- P: ¿No llamó a la policía?
- R: No.
- P: ¿No pidió ayuda a nadie?
- R: Estaba recién llegada... no dominaba bien el idioma... no sabía a quién recurrir...
- P: Hablando de eso, usted abrió una cuenta corriente en el Banco Americano hacia fines del año X ¿no es verdad?
- R: Sí, creo que fue alrededor de esa época.
- P: Y seguramente no supo bien al principio en qué banco le convenía abrirla ¿no es así?
- R: Bueno, pregunte en un par de lugares...
- P: De manera que fue a un par de bancos antes de decidirse por el Banco Americano ¿es eso correcto?
- R: Sí.
- P: Y los ejecutivos que la informaron no hablaban polaco ¿no?
- R: No, no hablaban polaco.
- P: Hablaban inglés.

- R: Sí.
- P: Igual que el ejecutivo que finalmente tramitó su cuenta en el Banco Americano...
- R: Sí.
- P: Y usted hizo todo ese proceso sola ¿No es verdad?
- R: Bien, a veces me acompañaba mi marido...
- P: Pero muchas veces no...
- R: Así es, muchas veces no.
- P: Muchas veces tuvo que lidiar sola con ejecutivos que le pedían documentos y datos sobre su persona.
- R: Sí.
- P: Y le pedían que llenara formularios que estaban en inglés...
- R: Sí.
- P: Y al parecer se pudo entender con ellos, pues le abrieron la cuenta.
- R: Sí, supongo.
- P: Pero seis meses después, hablando mejor el idioma, no fue capaz de llamar a la policía, ni a un hospital, ni al centro comunitario de su municipalidad cuando supuestamente Ana le dijo por primera vez que estaba siendo abusada por su padre.
- R: Es que usted tiene que entender...
- P: Señora, estoy tratando de entender, así que le ruego que responda a mi pregunta; ¿contactó a alguna persona para que la ayudara con el hecho de que, según Ana, su padre estaba abusando de ella?
- R: No.
- P: Pasando a otra cosa, señora Kiev, ¿cuántas veces tomaron vacaciones usted y su marido en el año X?
- R: No lo sé... creo que dos veces.
- P: ¿Y podría decirle al tribunal dónde fueron y aproximadamente en qué fechas?
- R: No sé, déjeme ver... la primera vez salimos en Junio, arrendamos un auto y recorrimos la costa oeste. La segunda vez en Octubre, viajamos a Canadá...
- P: Señora Kiev, ¿no la escuché además decir en el examen directo que su marido la invitó a un crucero por el Caribe, en Mayo?
- R: Cierto, fueron tres veces entonces las que salimos.
- P: Y me parece haberle oído decir que este crucero había sido... ¿cuál fue la expresión que utilizó...? Ah, sí, su "segunda luna de miel"...
- R: Sí, dije eso.
- P: ¿Podría explicarnos a qué se refería?
- R: Bueno, hacía tiempo que no podíamos tomarnos vacaciones e iban a ser las primeras en nuestro nuevo país, además cumplíamos ese mes 20 años de casados...
- P: ¿Era, pues, una situación romántica?
- R: Sí, supongo que podría decirse de ese modo.
- P: ¿Y cómo estuvieron las relaciones con su esposo en ese viaje?
- R: Fantásticas.
- P: Déjeme ver si recapitulo bien lo que me dice... su hija de doce años le confesó que su padre estaba abusando de ella... y un mes después ¿usted sale con el abusador de su hija a una romántica "segunda luna de miel"?
- R: Yo quería proteger a mi hija...

- P: Entiendo. Y luego, mientras la situación en su hogar se ponía todo lo tensa que usted nos ha referido, se tomó otras dos vacaciones con su marido...
- R: Sí.
- P: Que estaba abusando de su hija...
- R: Bueno... sí, quizás de no debí hacerlo...
- P: Yendo a otra cosa, usted nos dijo en el examen directo que había traído a su madre desde Polonia para que protegiera a Ana ¿es eso correcto?
- R: Sí, así es.
- P: ¿De qué manera se supone que debía ella protegerla?
- R: Bueno, la idea era que Ana no estuviera en la casa sola con su padre mientras yo hacía mi turno en el negocio.
- P: La protección consistía, pues, en que su madre estuviera con Ana en la casa cuando usted no estuviera...
- R: Sí.
- P: Sin embargo, poco después de llegar su madre, ella comenzó también a trabajar en el negocio ¿no es verdad?
- R: Sí. Nos estaba yendo muy bien y yo sola no podía con todo el negocio.
- P: Así que le pidió a su madre que la ayudara...
- R: Sí.
- P: Que compartiera el turno con usted...
- R: Bien, sí.
- P: Y mientras estaba en el negocio, no estaba en la casa protegiendo a Ana... ¿me equivoco?
- R: No, por supuesto que no.
- P: Su señoría, no tengo más preguntas.

Como se ve, la estructura de este contraexamen -como suele ocurrir- no está concebida cronológicamente. El abogado de la defensa, al momento de planificarlo, no se preguntó, como en el examen directo, ¿de qué manera guío a este testigo para que relate una historia ordenada, sin que omita la información fundamental? La pregunta que se hizo fue ¿qué debilidades de la historia de este testigo debo evidenciar y qué información tiene que sea útil a mi propio caso? El contraexamen que acabamos de leer apunta a cuatro temas, y sus logros no dejan de ser importantes:

- a) La señora Kiev afirma que Ana le dijo en varias ocasiones que su padre la estaba abusando, sin embargo ella, durante meses, no hace absolutamente nada. (En el alegato final: "...si en verdad Ana se lo hubiera dicho ¿no habría ella reaccionado de alguna manera?").
- b) La señora Kiev afirma que su inactividad se debió a su escaso manejo del idioma y su desconocimiento de las instituciones, no obstante queda en evidencia que fue capaz de realizar operaciones más complejas en la misma época, como la apertura de una cuenta corriente en un banco. (En el alegato final: "...si pudo abrir una cuenta en un banco, ¿no podía haberse acercado a la policía, un hospital, un centro comunitario, a pedir ayuda?").

- c) La señora Kiev afirma que Ana le dijo a comienzos del año X lo que su padre le estaba haciendo, y luego en varias otras ocasiones a lo largo del año. Sin embargo, ella se va de romántico tour por el Caribe con el supuesto abusador de su hija, y luego toma dos vacaciones más con él. (En el alegato final: "...¿Toma una madre vacaciones con el abusador de su hija?").
- d) La señora Kiev afirma haber traído a su madre desde Polonia a fin de proteger a su hija, de manera que no se quedara sola con su padre mientras ella cumplía su turno en el negocio. Sin embargo, a poco andar, lleva a su madre al local, a trabajar con ella en su turno. (En el alegato final: "...¿nos dice la verdad la Sra. Kiev cuando afirma haber traído a su madre para proteger a Ana? ¿Tanta necesidad de protección tenía Ana que, a la primera oportunidad, la vuelve a dejar sola para que su madre trabaje con ella en el negocio?").

Se trata, pues, de una estructura temática más que cronológica, dispuesta de acuerdo con las áreas en que queremos evidenciar las debilidades de la prueba de la contraparte o extraer información que sea útil a nuestro propio caso. En el contraexamen no nos interesa una historia, sino fragmentos de información y de prueba que puedan ser útiles.

Hay ocasiones, con todo, en que la disposición cronológica del contraexamen será importante: se trata, en general, de casos en que la inconsistencia del testimonio está precisamente en dicha cronología, como cuando, por ejemplo, queremos evidenciar que resulta inverosímil que los hechos hayan ocurrido en el tiempo en que el testigo afirma.

7. Preguntas

Al igual que en el examen directo, el litigante dispone de un tipo de herramienta esencial para la ejecución de su contraexamen: las preguntas. Sin embargo, debido a la lógica radicalmente diversa entre una y otra actuación es necesario que revisemos qué tipos de preguntas son las que resultan más apropiadas para cumplir con los objetivos del contraexamen.

7.1 Preguntas sugestivas de un solo punto

La falta de comprensión de la dinámica de la contradictoriedad ha llevado a los códigos latinoamericanos a repetir mecánicamente la prohibición de preguntas sugestivas a todo evento (tanto en el examen directo como en el contraexamen). Sin embargo, una comprensión más acabada de las dinámicas de litigación de juicio oral exige imprescindiblemente la admisión de preguntas sugestivas en el contraexamen. La lógica que hay tras la prohibición de las preguntas sugestivas tiene que ver con la idea de que el sistema no desea que el abogado vaya poniendo en boca del testigo las palabras de su testimonio, particularmente considerando que ese testigo o perito tiene al menos un cierto compromiso con la versión que honestamente y de buena fe viene a relatar al juicio y que es precisamente la que favorece a la parte que lo presentó; por eso dicha parte lo presentó, de lo contrario no lo hubiera ofrecido como prueba. Ese testigo o perito sabe que la parte que lo presenta es amigable a su propia versión de los hechos y, por lo tanto, va a estar

dispuesto a formular la realidad del modo que el abogado sugiera, aun cuando él o ella no la hubieran formulado de ese modo. Al sistema le interesa evitar eso. El sistema quiere saber qué es lo que el testigo sabe, en sus propias palabras. Esa es la razón por la cual deben prohibirse por regla general las preguntas sugestivas en el examen directo. La función del contraexamen, en cambio, es otra. El contraexamen consiste precisamente en superponer otra versión a los hechos relatados por el testigo; relevar aquella información que el examen directo ocultó, exageró, tergiversó o subvaloró. En ese sentido, el contraexamen enfrenta al abogado y al testigo; en diversos grados, los testigos o peritos que se contraexaminan son por lo general hostiles al contraexamen. Es razonable que así sea, en la medida en que el contraexamen consiste precisamente en relativizar el testimonio del testigo, ofrecer otra versión para esos mismos hechos. En este sentido, la razón que existía para prohibir las preguntas sugestivas desaparece: en el caso del contraexamen, no se trata de un testigo complaciente con la formulación de la realidad que hace el contraexaminador; el testigo siempre va poder -y siempre va a estar dispuesto a- negar las palabras que el abogado está poniendo en su boca si ellas no reflejan la realidad en ninguna versión; en la contracara, el contraexamen sólo va a poder cumplir su función de ofrecer efectivamente otra versión posible para el relato de este testigo -una genuina contradictoriedad- si se le permite al abogado preguntar sugestivamente. La experiencia adversarial es bastante clara en este sentido: sin preguntas sugestivas en el contraexamen no hay genuina contradictoriedad. Afortunadamente nuestro Código Procesal Penal ha recogido esta situación en su artículo 330 en el que prohíbe la utilización de las preguntas sugestivas sólo en el examen directo.

Las preguntas sugestivas constituyen la clave del contraexamen temáticamente orientado; nos permiten dirigir la respuesta del testigo a la específica porción de información que el contraexamen persigue, allí donde un testigo hostil va a estar permanentemente intentando eludir, evitar, rodear o adornar la respuesta. Incluso si se trata de un testigo que no es particularmente hostil a nuestro caso, es poco probable que, como contraexaminadores, vayamos a haber tenido ninguna oportunidad de tener con él una reunión de preparación para el juicio. De esta manera, las preguntas abiertas le van a abrir todo el espacio del mundo al testigo hostil para que eluda el tema y, si el testigo no es especialmente hostil, es probable que la pregunta abierta lo aleje naturalmente del tema (pues el testigo no tiene porque adivinar cuál es la otra versión que queremos superponer a su historia).

Supongamos que nos interesa extraer del testigo la simple afirmación de "estaba aterrorizado mientras vi los hechos". Supongamos que no formulamos una pregunta sugestiva, sino una más abierta: "¿nos podría describir cuál era su estado mental?" El testigo -incluso sin ser especialmente hostil- puede alejar su respuesta del específico pedazo de información que queremos obtener, demorarse mucho tiempo en llegar a ella, o no formularla en los términos en que necesitamos que sea formulada: "bueno, usted comprende, la situación era difícil, pero yo estaba tranquilo... y siempre he dicho que ante las dificultades de la vida hay que mantener el espíritu sereno... igual, a uno no le pasa esto todos los días, y a cualquiera le daría miedo pasar por una experiencia así, pero por otro lado las cosas podrían haber resultado mucho peor...". Quizás todo eso sea verdad. Pero el punto que nosotros necesitábamos lograr (ojalá antes de que se duerman los jueces), el hecho de que el testigo estaba aterrorizado (que es, en esa intensidad, lo que podría tener impacto en sus condiciones de percepción) se ha perdido en la maraña de información adicional inservible.

La pregunta sugestiva pone ante el testigo la versión de la realidad tal cual es formulada por el contraexaminador, sin rodeos ni pérdidas de tiempo (“y no es cierto que en ese momento usted estaba aterrorizado...”); si la pregunta sugestiva aprehende en algún sentido la realidad tal como el testigo la entiende, entonces éste tendrá que aceptar que esta es una formulación posible también, aparte de la que él mismo entregó. Si la pregunta no aprehende la realidad en ningún sentido, el testigo siempre podrá responder “no, no es cierto que haya estado aterrorizado en ningún momento...”.

La pregunta de contraexamen no sólo es sugestiva; es también de un sólo punto. Una pregunta, un pedazo de información. Lo opuesto a una pregunta de un solo punto es una pregunta compuesta: una pregunta que contiene, en realidad, más de una pregunta.

Una pregunta compuesta, por ejemplo, correría así: ¿de dónde sacó la clave con la que accedió al computador de su jefe para transferir el 1 de Julio el millón de dólares de la cuenta Suiza hasta su cuenta en las Islas Caimán? Esta pregunta encierra, como se ve, una multiplicidad de puntos, cada uno de los cuales amerita una pregunta particular:

P1: el día 1 de Julio usted hizo una transferencia de dinero hasta su cuenta corriente personal...

R: Sí.

P2: Y esa transferencia fue por el monto de un millón de dólares...

R: Sí.

P3: Y ese dinero lo transfirió desde una cuenta en Suiza...

R: Sí.

P4: La cuenta de origen, en Suiza, es una cuenta corporativa de la empresa...

R: Sí.

P5: Y para poder realizar dicha transacción, tuvo que hacerla desde el computador de su jefe, ¿no es cierto?

R: Sí, es cierto.

P6: Pero el computador de su jefe tiene un código de acceso, ¿no es verdad?

R: Sí, tiene un código de acceso...

P7: ¿De dónde sacó el código?

Desagregar en preguntas de un solo punto responde tanto a razones normativas como estratégicas:

- a) Normativamente hablando, se trata de una pregunta capciosa (salvo que se esté recapitulando información ya ofrecida por el testigo). Es capciosa en la medida en que contiene en realidad varias preguntas, y el testigo sólo tendrá oportunidad de responder a la última, pasando las demás disfrazadas como afirmaciones en el resto de la pregunta. Así en el ejemplo que veíamos recién: el testigo no ha dicho aún nada sobre haber transferido fondos, desde cuál banco a qué banco, ni desde qué computador; pero ocupamos toda esa información como antecedente de una pregunta que formalmente va a ser acerca del origen del código. En este caso la contraparte puede objetar que no se le está dando oportunidad al testigo de que confirme o deniegue todos los otros pedazos de información y, en consecuencia, oponerse a que cuando éste responde acerca del código el abogado vaya a

pretender dar también por confirmada todo el resto de la información. Desde un punto de vista normativo, entonces, la pregunta sería capciosa.

b) Por otro lado, desagregar la pregunta en formulaciones de un solo punto tiene ventajas tácticas: en primer lugar, aumenta el control. Evita que el testigo pueda enredar nuestro contraexamen cuestionando algunos de los elementos que componen la pregunta compuesta. Comparemos estas preguntas:

1. Llegaron a la comida pasadas las 19:00 hrs. ¿No es así?
2. Una vez que salieron juntos de la casa para ir a la comida, como tuvieron que ir por un camino que no habían hecho antes y además comenzaron a discutir en el auto cuando iban casi llegando, terminaron finalmente atrasándose y llegando después de las 19:00 hrs. ¿verdad?

Como hay mucha más información en la segunda pregunta (la pregunta compuesta), ella le abre mucho más espacio al testigo para relativizar su respuesta aceptando sólo parte de los enunciados, otra parte no, algunos sólo parcialmente, o bien a condicionarla dependiendo de lo que el abogado "quiera decir con...", o bien, por último, a simplemente no entender cuál es exactamente la pregunta (o decir que no entiende). Quizás esté dispuesto a aceptar que salieron juntos en dirección a la comida, pero no esté de acuerdo en que efectivamente discutieron; quizás sí esté dispuesto a aceptar que se perdieron, pero no crea que la causa fue el desconocimiento del camino... Esto es el pantano de nuevo y el contraexaminador no quiere entrar en estas discusiones ni quiere ceder el control del contraexamen a un testigo que, puesto en condiciones de relativizar las preguntas o sus respuestas, terminará echando por tierra nuestro objetivo de convertir cierta evidencia específica en blanco de la atención del juzgador.

En segundo lugar, la desagregación de las preguntas aumenta la comprensión del juzgador - porque lo va llevando paso por paso por el desarrollo de los hechos. En tercer lugar, le saca más punta al tema, aumentando su impacto, al obtener varias respuestas favorables allí donde la pregunta compuesta habría obtenido -con suerte- sólo una respuesta en nuestro favor. Así, por ejemplo, de haber formulado la pregunta 2 (y suponiendo que no haya sido objetada por la contraparte), sólo habríamos obtenido un "sí" de parte del testigo. En cambio, esa misma pregunta desglosada en varias de un solo punto habrá hecho al juzgador escuchar durante varios minutos al testigo concedernos la razón:

- P: Ustedes salieron juntos desde su casa ¿no es así?
R: Así es.
P: Y salieron cerca de las 18:15...
R: Tiene razón.
P: Pero había arreglos en el camino principal...
R: Sí, había arreglos.
P: De manera que decidieron tomar un camino lateral...
R: Sí, decidimos ir por el camino que bordea el cerro.
P: Y el camino que bordea el cerro es más largo que el camino principal...
R: Así es.

- P: Y no llegaron a la comida sino pasadas las 19:00 hrs. ¿no es eso cierto?
R: Sí, es verdad...
P: Y en el trayecto tuvieron una discusión acerca de llegar siempre atrasados...
R: Sí...

Con todo, las preguntas sugestivas no convertirán mágicamente la evidencia perjudicial en evidencia útil a nuestra causa. El contraexamen no es magia, y no puede tomar un caso malo en bueno. El poder de las preguntas sugestivas consiste en ser la herramienta que más eficazmente ofrece al juzgador esa versión alternativa en que consiste nuestra teoría del caso; pero, por supuesto, el contraexamen no puede ser más que lo que es la teoría del caso, y ésta, a su turno, no puede ser más que lo que la información del caso y la prueba disponible permiten.

No obstante -y he aquí el gran valor de las preguntas sugestivas- si la pregunta aprehende al menos una faceta de lo que el testigo considera verdadero, éste no tendrá más opción que confirmarlo, aun cuando él mismo jamás habría formulado la respuesta de esa manera. Así, por ejemplo, cuando preguntamos al acusado: "señor, usted golpeaba a su mujer ¿no es verdad?" no le damos al testigo la posibilidad de formular respuestas alternativas como "no nos llevábamos muy bien", "peleábamos, como cualquier matrimonio", "ambos nos hicimos daño mutuamente alguna vez", "una vez se me pasó un poco la mano y me puse un poco violento", o cualquier otra cosa que se le parezca. En cambio, la redacción de la información que se presenta al tribunal es que el testigo golpeaba a su mujer, y esa formulación es la que el abogado quiere asentar. Punto. Al testigo no le queda más opción que confirmar dicha información -pues aprehende en algún sentido la realidad-, aunque él nunca la habría formulado de esa manera. En el contraexamen es uno -y no el testigo- quien maneja las palabras con que fluye la información. Esto no quiere decir que estemos alterando la realidad o tergiversándola. Para nada. Precisamente el objeto del contraexamen -ya no desde el punto de vista de la de la parte, sino del sistema- es proveer la posibilidad de que alguien superponga a estos mismos hechos y a esa misma prueba una versión diferente de aquella que se acaba de fijar unilateralmente. El testigo ya nos acaba de dar su versión libremente, con toda la libertad y asistencia que le ofrece el examen directo; ahora el sistema necesita precisamente testear dicha versión, y explorar las versiones alternativas, si es que las hay. Ya se encargará la contraparte de hacer también ella las formulaciones y reformulaciones que considere necesario. Ese es el método adversarial. Del juego y de la competencia entre estas distintas maneras de formular la realidad el juez dispondrá de una variedad más amplia y enriquecida de información -cuya calidad además habrá sido mejor testeada- para fijar finalmente el relato que servirá de base a su sentencia.

7.2 Preguntas abiertas

A pesar de que, como se dijo, el instrumento por excelencia del contraexamen son las preguntas sugestivas, un buen contraexamen con frecuencia mezcla preguntas sugestivas, abiertas y cerradas.

Mientras las preguntas sugestivas tienen todas las ventajas que ya hemos señalado, pueden tener a su turno costos en credibilidad: producir la sensación de que somos nosotros -y no el

testigo- quienes estamos dictando el testimonio a éste. Por supuesto, contraexaminar consiste precisamente en eso. Pero cuidado con despertar las suspicacias del tribunal a tal nivel que llegue a tener la impresión de que el abogado no está tratando al testigo con la debida ecuanimidad o está ocultando información, pues ello afecta la credibilidad.

Resulta útil, pues, intercalar preguntas abiertas, cuidándonos de que ello sea en zonas seguras del contraexamen; zonas en las que no requiramos demasiado control (porque sabemos lo que el testigo va a responder y no es demasiado relevante cómo formule esa porción de la información, o bien no tiene muchas posibilidades de formularla de otra manera, o, en fin, su propia formulación de la realidad favorece nuestra teoría del caso). En este mismo sentido, mientras menos hostil sea el testigo en los hechos, mayor nuestra posibilidad de recurrir a preguntas abiertas.

Es especialmente un momento para realizar preguntas abiertas cuando el testigo está mintiendo y vamos a poder evidenciar esa mentira; si ese es el caso, por supuesto queremos que se expone en esa mentira en sus propias palabras y con lujo de detalles: lo único más despreciable que una mentira es una mentira detallada.

Por último, las preguntas abiertas inducen al testigo a hablar, aumentando las posibilidades de que incurra en alguna inconsistencia, contradiga a otro testigo de la contraparte o aporte información útil a nuestro caso.

8. Objetivo, Líneas, preguntas y argumentos

De todo lo que hemos venido diciendo, resulta que en el contraexamen se pueden distinguir objetivos que deseo alcanzar, líneas de contraexamen respecto de cada uno de esos objetivos, preguntas para cada una de esas líneas, y argumentos que construiré a partir de la prueba producida por mis preguntas y sus respuestas. Entonces:

Objetivos: se trata de los objetivos revisados en el punto 5. En ocasiones la prueba podrá expresarse derechamente en el lenguaje de los objetivos, como cuando el testigo acredita una prueba material. Sin embargo, con frecuencia el objetivo perseguido -especialmente cuando se trata de desacreditación- no será explícito y deberá ser construido a través de líneas de contraexamen.

Líneas de contraexamen: una línea de contraexamen es el específico y concreto mensaje que se quiere enviar al tribunal respecto de una prueba o un tema en particular. Es la expresión de mi teoría del caso respecto de esa prueba o tema. Mi específica versión al respecto.

Típicamente adopta formatos como los siguientes: “este doctor no es realmente un experto en el área de conocimiento sobre la que está declarando”; “la madre está mintiendo para proteger a su hijo”; “este químico no nos puede afirmar con certeza que la sangre pertenezca a mi cliente”.

Para cada objetivo del contraexamen puedo contar con una o con varias líneas de contraexamen.

Cuidado con confundir la línea de contraexamen con el argumento. La línea de contraexamen es el insumo fáctico para el argumento. No es que siempre sea tan fácil distinguirlos, ni que sea siempre imprescindible hacerlo. Esto no se trata de depuración conceptual. El punto es que la presentación de la prueba no es un ejercicio argumentativo, sino uno de obtención de información. Confundir ambas cosas nos va a llevar frecuentemente a la tentación de pretender que el testigo nos diga la conclusión que tenemos en mente y vamos a hacer “la pregunta de más”, cuando en realidad somos nosotros los que debemos -y queremos- ofrecer dicha conclusión en el alegato final.

Preguntas. Cada línea de contraexamen puede componerse de muchas preguntas, tantas como se requiera para explotar la línea lo más posible. En general, no es una buena idea llegar al juicio con las preguntas escritas; tanto el ritmo del contraexamen como nuestra capacidad de reacción ante el testimonio concreto del testigo son cuestiones cruciales, y si nuestra atención está puesta en buscar la pregunta siguiente en la lista, ambas cosas se dañan. Si el abogado necesita apoyar su memoria, es mejor escribir más bien las respuestas que se necesita obtener del testigo, los temas sobre que versan las preguntas, o bien la declaración textual del testigo sobre la que se quiere ir en la línea de contraexamen.

Argumento. El argumento es nuestra interpretación específica y concreta de la prueba producida, en términos de su mensaje según nuestra teoría del caso. El ejercicio de argumentación lo haremos en el alegato final, a partir de la información producida por las preguntas y respuestas de cada una de las líneas de contraexamen. Y sólo a partir de dicha información. El ejercicio de argumentación, como veremos a propósito del alegato final, no es cualquier chamullo que al abogado se le ocurra decir. No cualquier ruido que sale de la boca un abogado es un argumento. Hay ruido que es sólo eso: ruido. La más fundamental versión de esto es que los argumentos que puedo construir en el alegato final están específica y completamente determinados por la información producida por la prueba. Esta es la razón por la cual mis líneas de contraexamen y sus preguntas deben hacerse con absoluta atención a qué es lo que quiero estar en condiciones de poder argumentar en el alegato final. Supongamos que mi pregunta al testigo fue: “y de hecho, ¿no es efectivo que usted no vio la cara de la persona que huía del lugar sino por apenas unos pocos segundos? Y el testigo responde: “bueno, usted tiene que entender que las cosas ocurrieron muy rápido...” Si dejo pasar esa respuesta -que no responde a mi pregunta- la proposición fáctica “este testigo sólo vio al hechor durante unos pocos segundos” no está acreditada, y no puedo argumentar en el alegato final dándola por acreditada pues ello tergiversa la prueba. Especialmente, no puedo asumir que la respuesta del testigo implicó aceptación: por así decirlo, no existe el testimonio tácito.

Usemos de ejemplo el contraexamen de la señora Kiev:

Objetivo N°1: desacreditar su credibilidad personal.

Primera línea de contraexamen: Ella sólo denunció cuando el señor Kiev le dijo que la dejaba por otra mujer.

Preguntas:

- Primera noticia de los supuestos abusos.
- 4 supuestas ocasiones en que Ana le dijo.
- Anuncio de su marido de irse con otra mujer.
- Denunció al día siguiente.

Segunda línea de contraexamen: le dijo al dueño del negocio que ella podía hacerse cargo de toda la concesión.

Preguntas:

- Los Kiev tenían frecuentes y fuertes peleas, porque ella no estaba conforme con su participación en las utilidades del negocio.
- El día que denunció a su marido, la señora Kiev se fue directo a ver al dueño del negocio, lo puso sobre aviso de que iban a detener a su marido, y se ofreció para continuar la concesión ella sola.

Argumento: la señora Kiev es una persona capaz de manipular a su hija para que denuncie falsamente a su padre, por dinero y por despecho. Durante una año entero dice haber sido incapaz de enfrentarse a su marido respecto de los supuestos abusos a Ana, pero sabemos que era perfectamente capaz de enfrentarse a él fieramente cuando se trataba de repartir las ganancias del negocio. No denunció estos supuestos abusos sino hasta el día en que él le dijo que se iba con otra mujer y, no bien puso la denuncia, se fue directo a pedirle al dueño del local la concesión completa de él. ¿Es realmente ésta una mujer en cuyo testimonio podemos confiar? O parecen haber en ella demasiados intereses paralelos en esta denuncia como para que no sepamos qué de lo que nos dice sirve realmente a la verdad y qué, en cambio a su propia agenda...

Objetivo N°2: desacreditar la credibilidad del testimonio

Primera línea de contraexamen: ella nunca presencié los abusos.

Preguntas:

- Los abusos supuestamente siempre ocurrieron cuando ella estaba en su turno en el negocio.
- Ella siempre se enteró de los supuestos abusos exclusivamente por lo que Ana le decía.
- En cada una de las cuatro ocasiones Ana le contó varios días después de ocurridos los supuestos abusos.

Segunda línea de contraexamen: La abuela, dos semanas después de llegar, comenzó a trabajar en el negocio compartiendo el turno con la señora Kiev.

Preguntas:

- Horario del turno del señor Kiev
- Horario del turno de la señora Kiev
- Horario de llegada de Ana a la casa desde el colegio

- Horario en que se producían los supuestos abusos
- Trajeron a la abuela supuestamente para cuidar a Ana en la casa
- Fecha de llegada de la abuela
- Fecha en que comenzó a trabajar en el negocio
- Horario de la abuela en el negocio

Argumento: La fiscalía pretende que creamos que la situación era tan desesperada, que tuvieron que traer a la abuela desde Polonia, a los 75 años de edad, para que Ana no estuviera sola en las tardes con su padre, cuando ella volvía del colegio y él de su turno en el negocio. ¿Es esto creíble? Tan desesperada era la situación que, dos semanas después de haber llegado a proteger a Ana, la abuela se va a trabajar con su hija al negocio, en el mismo horario, en las tardes, con lo cual Ana volvió a quedar completamente sola en la casa con el señor Kiev a la vuelta del colegio... O tal vez la situación no era nada de desesperada y era perfectamente razonable que la abuela Kiev ayudara a su hija en el trabajo, porque Ana jamás estuvo realmente en peligro con su padre, porque estos supuestos abusos jamás tuvieron lugar...

9. Formas de encarar el contraexamen

Para cada uno de los objetivos planteados para el contraexamen, éstos pueden ser encarados - en la medida en que la información nos lo permita- a través de una de las siguientes vías:

9.1 Utilizar las declaraciones previas del testigo contraexaminado.

Esta es una de las buenas posiciones en la que un abogado se pueda encontrar: el testigo está declarando en el examen directo y está siendo inconsistente con otras declaraciones prestadas con anterioridad. Técnicamente, cualquier exteriorización de la voluntad del sujeto constituye una declaración previa, cualquiera sea su grado de formalización: lo que le dijo a la policía, al fiscal, lo que escribió en una carta a una tía lejana, las anotaciones que hizo en un libro de contabilidad o en su diario de vida, un correo electrónico que escribió, etc. Todas estas manifestaciones son, técnicamente, 'declaraciones previas'. Por supuesto, el formato de estas declaraciones previas no es inocuo desde el punto de vista de nuestras posibilidades de probar la existencia de dichas declaraciones y su contenido; tampoco son inocuas las reglas de exclusión de la prueba y su alcance respecto de declaraciones para ser utilizadas con el específico fin de demostrar inconsistencias. El punto es que, habiendo el testigo declarado previamente hechos distintos, inconsistentes o contradictorios con los que ahora escuchamos en el examen directo, nos pone en una posición privilegiadamente segura para contraexaminarlo en esa área, extraer aquello de la declaración previa que ahora esté callando o dejar en evidencia la falta de consistencia que con ella tiene su testimonio, con el consecuente daño a su credibilidad.

Por su importancia y sofisticación, destinamos a este tema un capítulo especial del presente libro. En dicho capítulo nos hacemos cargo del procedimiento requerido para la utilización de las declaraciones previas y algunas cuestiones normativas que fijan el ámbito en el que nuestro código permite su utilización.

9.2 Utilizar las declaraciones de un testigo más creíble.

Una de las tareas duras durante el juicio es no perder la visión de conjunto de todo lo que está pasando al interior de él. Con frecuencia nos enfrascamos en la particularidad de la específica actividad de litigación en la que estamos sumergidos, perdiendo la percepción del juicio como conjunto. Esto no puede ocurrir, pues allí probablemente radica una de las destrezas claves de un buen litigante: jamás perder de vista el universo del juicio y ser capaz de dimensionar con precisión de qué manera cada pieza de lo que ocurre encaja en él. En el juicio, entonces, cada una de estas piezas es más idónea -o menos- para probar nuestras proposiciones fácticas o las de nuestra contraparte. Por supuesto, lo mismo ocurre con los testigos. Un testigo puede parecer tremendamente creíble y seguro de lo que dice, y a uno le puede parecer que no tiene nada que hacer con él en el contraexamen. Sin embargo, es posible que podamos conseguir -o que ya haya declarado- un testigo más creíble que él, y que ambos testimonios sean incompatibles. Por ahí debemos entrar. Si el testigo más creíble ya ha declarado, podemos citar su testimonio en el contraexamen y hacer que el testigo contraexaminado entre en directa confrontación con él, desacreditándose (pues el otro testigo era más creíble que él). Si el testigo más creíble no ha declarado, debemos extraer en el contraexamen las afirmaciones específicas que luego refutaremos llamando al estrado al testigo más creíble. La explicitación acerca de cómo el testigo ha quedado desacreditado nos la reservaremos para el alegato final.

9.3 Entorno de condiciones y falta de credibilidad.

El arte de litigar es el arte de construir entornos de condiciones. Esto es particularmente cierto cuando se trata de desacreditar al testigo o su testimonio. El mensaje subyacente -el argumento que debo estar en condiciones de ofrecer persuasivamente en el alegato final- es que, dado ese entorno de condiciones, es razonable creer que el testigo pueda estar mintiendo, o bien que no es creíble que las cosas hayan ocurrido como éste dice que ocurrieron.

Para eso, tengo que construir dicho entorno de condiciones en el contraexamen. El arte de construir el entorno de condiciones es el arte de desagregar, y de desagregar hechos (por oposición a calificaciones). Las condiciones que hacen a la dificultad del testigo para ofrecer un testimonio creíble, deben ser desagregada tanto como sea posible. Aquí cobra particular importancia la diferencia entre simplemente “nombrar” un tema, o realmente “explotarlo”. Los abogados suelen tomar en el contraexamen la actitud de un checking-list: han logrado identificar una serie de líneas de contraexamen -por ejemplo un conjunto de elementos problemáticos para la credibilidad del testigo- y despachan cada uno de ellos con una preguntita o dos, que por lo general preguntan por calificaciones más que por las condiciones fácticas; hecho eso, marcan el checking-list y siguen adelante. Típicamente, por ejemplo:

P: Señora Kiev, su relación con su marido no era buena, ¿no es así?
R: Bueno, no, no era muy buena

Y vamos a otro tema...

Cuando trabajamos con calificaciones como “no era muy buena”, por lo general no puedo estar seguro de que el juzgador entienda lo mismo que tenemos nosotros en mente. En esa medida, dejamos entregado nuestro punto a la fortuna de que así sea, de que el tribunal sea suficientemente inteligente o ingenioso para ver lo que no le hemos mostrado explícitamente, de que comparta nuestros prejuicios, y todo lo demás que hace nuestra comprensión de la expresión “no era muy buena”. Recuerden además que nuestra idea acerca de la relación de los Kiev cuenta con un conjunto de información obtenida a través de meses de relación con el caso, nada de lo cual está en la mente del tribunal. Así, en el ejemplo no sabemos si por “no muy buena” el tribunal entiende golpes físicos, desencuentro sexual o simple falta de mimos a la hora del té; no sabemos si del hecho de que la relación entre ellos haya sido “no muy buena” el tribunal sigue que la señora Kiev le guardaba tanto rencor a su marido que sería capaz de inducir a Ana a declarar falsamente en contra de su padre y de perjurar ella misma en el tribunal, o si simplemente hay muchas parejas que tienen una relación “no muy buena”, y no por ello es posible deducir este tipo de cosas. Por último, el formato de calificación no nos deja en buen pie para la argumentación en el alegato final: le abre toda la puerta a la contraparte para relativizar nuestra interpretación de la expresión “no muy buena”; así, la contraparte dirá: “...la defensa pretende que la señora Kiev está mintiendo porque, en sus propias palabras, la relación entre ella y su marido “no era muy buena”; de ahí la defensa deduce las cosas más increíbles... pero si le hubieran preguntado a la señora Kiev lo que quiso decir con eso –cosa que no escuché al defensor hacer- hay un millón de cosas que nos podría haber dicho, así como prácticamente cualquier matrimonio nos podría dar una versión diferente acerca de sus propias épocas de tener con su pareja una relación “no muy buena”... el defensor pretende que todos adoptemos la interpretación que más conviene a su caso, pero, ¿qué razones hay para adoptar esa en particular y no cualquiera otra...?”

Transformemos esa misma pregunta, en cambio, al entorno de condiciones:

- P: Señora Kiev, usted y su marido peleaban con frecuencia, ¿no es así?
- R: Bueno, no con tanta frecuencia...
- P: Ana declaró que aproximadamente dos o tres veces a la semana había entre usted y su marido una pelea... ¿es eso correcto, digamos, en promedio?
- R: Sí.
- P: Y esas peleas eran a gritos entre usted y su marido...
- R: O sea, por supuesto que a veces levantábamos la voz, pero no siempre...
- P: Pero de hecho, en doce ocasiones nada más el último año, fue la policía a su casa producto de denuncias de vecinos por ruidos molestos...
- R: No sabría decirle exactamente cuántas veces fueron, pero sí, vino la policía varias veces...
- P: De manera que los gritos entre usted y su marido podían ser oídos incluso desde las casas vecinas...
- R: Supongo...
- P: Y alguna de las cosas que su marido le gritaba, voy a citar textualmente, por favor corrija-me si no estoy en lo correcto, eran que usted era “una puta barata”, que “no calentaba a nadie en la cama”, que era una “frígida”, que usted era “estúpida como un perro recién nacido”... ¿le son familiares estas expresiones, señora Kiev?
- R: Sí, me decía todas esas cosas...

- P: Y muchas veces estas peleas incluían también agresiones físicas, ¿no?
- R: A veces...
- P: De hecho, en tres ocasiones usted estampó denuncias en contra de su marido por golpes recibidos de parte él... ¿no es así?
- P: ¿Y esos golpes eran con puño cerrado?
- R: Sí.
- P: ¿En la cara?
- R: En la cara, en los brazos, donde fuera que cayera...
- P: De hecho, una vez la tuvieron que enyesar un mes entero porque le rompió un brazo, ¿no es verdad?
- R: Sí, es cierto.
- P: Ahora, usted por su parte, una vez le rompió un florero de vidrio en la cabeza, ¿no es así?
- R: Sí.
- P: Y le produjo una herida en la cabeza que requirió 42 puntos...
- R: No sé cuántos puntos fueron...
- P: Pero si recuerda que lo hayan llevado de urgencia al hospital...
- R: Sí...

Ahora tenemos un entorno de condiciones con qué trabajar. Ahora no estamos dejando entregado al simple arbitrio de la imaginación judicial el significado de la expresión “no muy buena”; ahora todos sabemos -jueces incluidos- en qué se traduce concretamente dicha expresión.

Esta forma de contraexaminar -acaso la más común- consiste entonces en construir el entorno de condiciones fácticas que me pongan en condiciones de argumentar cómodamente en el alegato final.

Como se recordará, en el capítulo acerca de la teoría del caso hacíamos referencia a una serie de elementos que hacían a un relato creíble. De ellos, son de particular relevancia la coherencia interna y la consistencia con la experiencia común. Revisemos como juegan ambos elementos.

a) Coherencia interna

En ocasiones, sólo bastará para evidenciar la incoherencia interna hacer que el testigo repita ligadamente en el contraexamen trozos de su historia que en el examen directo se encontraban intercalados por otros aspectos del relato. En otras, el testigo deberá ser confrontado con declaraciones previas inconsistentes, o con elementos de prueba material que hacen perder coherencia a su testimonio.

Revisemos a la luz de esto el ejemplo de la familia Kiev: la madre de Ana acaba de pasar por el examen directo, y en él declaró cuán trágico había sido para Ana haber sido abusada por su padre durante todo el año en que los hechos ocurrieron. El contraexamen sigue más o menos así:

- P: Sra. Kiev, ¿nos dice usted que estaba preocupada por su hija Ana mientras estos hechos que nos ha relatado tenían lugar?
- R: Sí, estaba muy angustiada por lo que le estaba pasando a mi hija.
- P: Y esta situación se extendió durante un año completo.
- R: Sí.
- P: Pero durante ese año usted no le contó a nadie acerca de lo que supuestamente Ana le había dicho...
- R: No.
- P: Jamás hizo una denuncia ante la policía...
- R: No.
- P: ¿Nunca llevó a Ana a un hospital para que la examinaran?
- R: No.
- P: ¿Tampoco la llevó a algún otro especialista que la pudiera ayudar, un psicólogo, el centro comunitario, la corporación de asistencia judicial, los servicios sociales de la Municipalidad?
- R: No, no se me ocurrió.
- P: En cambio ese año se fue al Caribe con su marido a pasar su “segunda luna de miel”...
- R: Pensé que de ese modo podría protegerla...
- P: Y luego de ese largo año sin que usted haya hecho nada, finalmente decidió denunciar a su marido precisamente en el momento en que éste le anunció que la dejaría por un amante ¿es así como ocurrieron los hechos, Sra. Kiev?

En el ejemplo, sin agregar nueva información, uno sugiere que es inverosímil este comportamiento de la madre: pretender que creamos que es verdad que Ana le haya dicho que su padre estaba abusando de ella, aunque no haya ningún rastro de ello a lo largo de todo el año en que se supone los hechos ocurrieron. Contrapone entonces la afirmación del testigo “Ana me dijo que estaba siendo abusada” con esta otra “no me dijo nada que fuera lo suficientemente grave como para que yo actuara”. Por supuesto, esta inverosimilitud podrá ser discutida por la fiscalía si ésta tiene una explicación al respecto -por ejemplo que es normal en este tipo de casos este comportamiento por parte de las madres- sin embargo, la carga de la credibilidad se ha trasladado ya de una parte a la otra. Nótese que en este caso el contraexamen se puede limitar simplemente a exponer correlativamente una serie de hechos ninguno de los cuales es nuevo respecto de lo que escuchamos en el examen directo, pero cuya falta de credibilidad había pasado oculta o desatendida por haberse expuesto como una serie de ideas dispersas y entrelazadas con otras que distraían la atención del juzgador (por ejemplo, el fiscal las habrá mezclado con el relato de los hechos de los que Ana decía haber sido víctima o de cuánto sufrimiento le produjo a la madre toda esta situación...).

b) Experiencia común

Estamos más llanos a aceptar un relato cuando éste se acerca al formato de lo que en general ocurre en tales situaciones, de acuerdo a la experiencia más o menos repetida y uniforme de la generalidad de las personas. Mientras el relato más se aleja de tal experiencia compartida, más se desplaza la carga de la prueba acerca de su credibilidad en contra de dicho relato.

Así, por ejemplo, la principal testigo de la fiscalía en un caso por violación ha declarado que, una vez que encontró a su amiga violada en la playa, ésta le dijo que había perdido uno de sus zapatos rojos en la casa del violador y le había pedido que lo recuperara. El contraexamen de este caso (real), fue como sigue:

- P: Usted ha señalado en su examen directo que encontró a su amiga violada en la playa...
- R: Sí.
- P: Pero no la llevó inmediatamente a un hospital ¿verdad que no?
- R: No. Ella me pidió que fuera a buscar uno de sus zapatos, que lo había dejado en la casa de Ricardo.
- P: Ricardo era el sujeto que la violó...
- R: Sí.
- P: Y usted lo hizo...
- R: Sí.
- P: Fue a buscar el zapato...
- R: Sí.
- P: A la casa donde, se supone, estaba el violador de su mejor amiga...
- R: Bueno, yo lo conocía, nos habíamos visto un par de veces...
- P: Pero es usted quien ha venido a declarar que él la violó, ¿no fue eso lo que le escuchamos decir en el examen directo?
- R: Sí.
- P: De manera que usted fue a buscar el zapato...
- R: Sí.
- P: A la casa de quien usted suponía había violado a su amiga...
- R: Sí.
- P: Y se había cortado la luz, ¿no es eso lo que usted acaba de contarnos?
- R: Sí.
- P: Así que estaba oscuro...
- R: Sí.
- P: Y usted entonces entró por este oscuro jardín a la casa, para buscar el zapato...
- R: Sí, así es.
- P: A la oscura casa donde estaba el violador que acababa de violar a su mejor amiga...
- R: Sí.

Como se ve en el ejemplo, lo que explota esta parte del contraexamen es el hecho de que resulta perturbador desde el sentido común más elemental volver a la oscura casa donde está el violador, en busca de un zapato. El sentido común parece decirnos que la gente no está dispuesta a hacer tal cosa, menos cuando nuestra mejor amiga acaba de ser violada y necesita asistencia médica. El sentido común parece decir que uno evita el peligro más que buscarlo y que, en todo caso, no es un zapato el tipo de razón por la cual las personas invierten esta regla. Lo que uno termina preguntándose, en consecuencia, es si es cierto que la famosa violación tuvo lugar, o si, en cambio, cualquier cosa que haya ocurrido allí fue lo suficientemente menos intimidante para la supuesta víctima, como para pedirle a su amiga preocuparse por el zapato.

c) Detalles

Los detalles son relevantes para la credibilidad del testigo en varias formas, incluso en formas contrapuestas: tal vez el testigo provee de detalles tan exigüos que su declaración es inverosímil, precisamente porque la experiencia nos dice que, si efectivamente percibió lo que dice haber percibido, debería haber retenido también el tipo de detalles que la gente suele retener en ese tipo de situaciones. En otra versión, precisamente lo opuesto: la declaración es poco creíble precisamente por la enorme cantidad de detalles que aporta el testigo, allí donde la experiencia nos dice que la capacidad para retener detalles es humanamente limitada (esto es lo que ocurre en Chile, por ejemplo, con la preparación de testigos falsos en los juicios por accidentes automovilísticos: los testigos llegan al juicio declarando las cosas más inverosímiles, como el número de patente de los autos involucrados o el nombre y rubro de cada uno de los negocios en la esquina del accidente).

d) Consecuencias

Si lo que dice el testigo es cierto, ello implica que debieran haber ocurrido entonces algunas otras cosas, según nos informa también la experiencia compartida o el sentido común acerca de ese tipo de hechos (luego, la línea de contraexamen dice: “¿por qué no están ellas incluidas en el caso de mi contraparte?...”). La experiencia señala que hay hechos que generan cierto tipo de reacciones, cierta clase de consecuencias. Si en el contraexamen un testigo no puede declarar respecto de esos hechos adicionales, quizás sea posible inferir que tal vez las cosas no sucedieron tal y como el testigo afirma. Se trata, pues, de utilizar la propia experiencia para identificar los hechos que por modo consecuente debieron haber tenido lugar antes, durante y después del episodio principal relatado por el testigo.

Recordemos en el caso Kiev y el contraexamen a la madre de Ana. Si lo que ella decía era cierto -“Ana me dijo que su padre le estaba haciendo esas cosas”- ¿no debió haber buscado ayuda? ¿no debió haberlo comentado con alguien? ¿no debió haber denunciado a su marido? Esta, como se recordará, fue una línea de contraexamen de la defensa. Por supuesto, siempre es posible que el testigo tenga una explicación para que los episodios que narra se hayan apartado de los hechos que la experiencia común habría esperado estuvieran vinculados a éste. Aun así, el contraexamen ha logrado en este caso invertir la carga de la prueba, y eso es siempre una ventaja.

9.4 La utilización de nuestra propia historia

En este caso la idea es presentar nuestra versión de los hechos a través de preguntas sugestivas hechas al testigo que se contraexamina, aun sabiendo que el testigo negará todas nuestras preguntas sugestivas. Se trata de una forma débil de contraexamen, pues en definitiva no produce prueba: si el testigo niega mi pregunta sugestiva, no se acredita ninguna proposición fáctica. Sin embargo, en ocasiones puedo no tener opción: no tengo información para contraexaminar efectivamente al testigo, pero quiero hacerle ver al tribunal que no acepto su testimonio y que no estoy dispuesto a dejarlo pasar gratuitamente. Eventualmente, la negación a ultranza del testigo puede además tener algún impacto en su

credibilidad -dependiendo del resto de la información- especialmente si le dice al tribunal que este testigo está resuelto a negarlo todo, cualquiera sea la pregunta que le hagamos; siendo ello así -y especialmente si es natural que sea así, como cuando el imputado se resiste a la versión acusadora- entonces tal vez el tribunal crea que no es posible inferir demasiado del mero hecho de que el testigo niegue la información puesta por el contraexaminador. Después de todo -como dice por ahí Bergman- la pregunta implícita de “¿no es verdad que usted es un despreciable mentiroso?” rara vez encuentra acogida en su destinatario.

Veamos un ejemplo: La fiscalía ha acusado a Navarro -nuestro cliente- por el presunto delito de haber violado a Inés. Navarro sostiene que efectivamente sostuvo relaciones sexuales con Inés, pero que éstas fueron consentidas. Un contraexamen de Inés al estilo “nuestra historia” podría adoptar el siguiente formato:

- P: Mientras usted y Navarro estaban en la fiesta, bailaron toda la noche ¿no es así?
R: No, no toda la noche.
P: Pero en algún momento de la noche usted le comentó que estaba celosa de su esposa porque “lo podía tener cuando quisiera...”

R: *No, no es verdad, nunca le dije eso.*
P: De hecho, fue usted quien, en un momento de esa noche, le dijo que “continuaran la fiesta en su casa”...
R: Eso es mentira.
P: Sin embargo, cuando estaban en su casa, usted se cambió de ropa, se puso un baby doll...
R: No, simplemente me puse algo más fresco porque hacía calor.
P: Y en un momento le dijo a Navarro que usted podría “darle algo que su esposa jamás le daría...”
R: No, nunca he sido tan cursi...

En este ejemplo, nuestra historia afirmativa -en el sentido de que Inés habría tenido sexo consentido- no ha sido en absoluto probada por este contraexamen y, en cambio, se debe recurrir a otra prueba para acreditarlo. Cuando no podemos hacer nada mejor que esto, sin embargo, esta forma de contraexaminar puede todavía ofrecer algunos beneficios. El primero consiste en dejar claro que se cuestiona enfáticamente la declaración del testigo. Aunque no tengamos medios para hacer nada mejor con este testigo, no queremos permitir que el juzgador crea que aceptamos su declaración. Todavía es posible que el testigo responda afirmativamente a unas pocas preguntas acerca de nuestra propia historia, en cuyo caso habremos incorporado un beneficio adicional con el que no contábamos. Por último - particularmente si estamos del lado de la defensa- un contraexamen realizado a través de “nuestra historia” nos permite recordarle al juzgador que si hasta ahora todo lo que ha oído parece incriminatorio, eso es porque nuestro caso aún está por presentarse y que nosotros todavía no hemos disparado; de este modo compensamos en parte el problema de que el fiscal haya presentado su caso primero, generando ya una disposición mental en el tribunal.

Por otro lado, un problema adicional que impone esta entrada es que cada una de nuestras preguntas no puede asumir la información contenida por la anterior, precisamente porque la respuesta del testigo fue negativa (luego, si la pregunta siguiente asume dicha información, está tergiversando la prueba y es objetable por la contraparte). Por esta razón, este tipo de contraexamen se limita a los hechos mismos, y no admite en general adentrarse en los detalles. Así, por ejemplo, preguntar a Inés -una vez que ella ha negado haber hablado de sexo con Navarro- qué exactamente respondió él cuando ella se le insinuó, supondría hechos que no están acreditados (hechos fuera de la prueba), ameritando una objeción de nuestra contraparte.

9.5 Ir "de pesca"

Con demasiada frecuencia se ve a los litigantes ir de pesca en el examen y contraexamen de testigos: no sé que me va a responder, pero, como en la pesca, tiro el anzuelo "a ver si algo pica".

La regla a este respecto es casi absoluta: ir de pesca casi nunca es una opción. Especialmente en el contraexamen, cuando el abogado pregunta lo hace para superponer otra versión de la historia al testimonio que ya prestó el testigo; por lo tanto, ésta no es una instancia de investigación. Para hacer un contraexamen efectivo, el abogado tiene que haber hecho su trabajo de investigación antes del juicio; cuando vengo al juicio a contraexaminar, conozco las respuestas ¡o no hago las preguntas!

Esto es particularmente cierto en el caso del contraexamen, en que se trata de un testigo hostil con el cual, frecuentemente, no he tenido ninguna posibilidad de entrevistarme previamente. En este escenario, ir a pescar es puro riesgo; y aunque la litigación impone riesgos que cada litigante debe evaluar y eventualmente correr, cuando se va de pesca se apuesta exclusivamente por la suerte; y toda la idea de profesionalización del método consiste, precisamente, en trabajar sin consideración de la suerte y en no correr sino riesgos calculados.

Si el litigante no tiene elementos para trabajar el contraexamen y lo único que queda es salir a pescar, tal vez haya que preguntarse si realmente desea contraexaminar.

Con todo, si finalmente se decide salir a pescar, hay que evitar repetir el examen directo. Se debe poner atención a los temas que la contraparte evitó, pues es posible que ello se deba a que en la preparación el testigo le dio al abogado respuestas inconsistentes, o no pudo retener los detalles necesarios para dar credibilidad a su historia; Se debe evitar a toda costa los ataques frontales al testigo, pues no habrá una vía para refutar su afirmación absoluta del hecho y, en consecuencia, el control del contraexamen quedará en las manos de él y no en las suyas.

CAPÍTULO V: OBJECIONES

(LÍMITES A LA POSIBILIDAD DE EXAMINAR Y CONTRAEXAMINAR TESTIGOS Y PERITOS)

1. Introducción

En los capítulos anteriores hemos tenido la posibilidad de estudiar los principales aspectos a considerar en la estructuración de una teoría del caso y en la ejecución del examen directo y del contraexamen. El presente capítulo tiene por objeto complementar lo anterior revisando los límites que tienen las partes en sus facultades de ejecución de estas actividades respecto al tipo de preguntas que pueden formular. A este tema le llamamos objeciones.

En estricto rigor, el mecanismo de las objeciones es la forma que tienen las partes en juicio de manifestar su disconformidad con cualquier actividad de la contraparte que pueda afectar sus derechos o poner en riesgo la vigencia de las reglas que rigen el desarrollo del juicio oral. En este sentido, entendemos por objeciones aquellos problemas o cuestiones que en el contexto de los sistemas inquisitivos escritos llamaríamos incidentes. Las objeciones son incidentes, pero que al presentarse en el contexto de un juicio oral tienen un formato mucho más desformalizado, pues están regidos simplemente por la lógica del debate. En este capítulo no analizaremos el problema de los incidentes en general, sino sólo los vinculados a las preguntas que hacen los litigantes en juicio. Como hemos ido mencionando previamente, los abogados no tienen absoluta libertad para preguntar cualquier cosa o de cualquier forma. Los Códigos procesales regularmente establecen algunas restricciones que, en caso de ser violadas, debieran generar un incidente (objeción) de la contraparte y una decisión inmediata del tribunal en cuanto a su admisión o rechazo.

En tanto las objeciones constituyen incidentes, ellas son una clara consecuencia de la idea de contradictoriedad que orienta a un juicio oral acusatorio. Esto es, la idea que la contraparte tiene derecho a intervenir en forma activa en la producción de prueba y a controlar que las actividades realizadas por su contendor sean hechas correctamente. En consecuencia, cada vez que una parte vaya más allá de lo que la ley autoriza en la formulación de preguntas, se hace posible que la contraparte objete e intente impedir que esa pregunta sea contestada por el testigo.

Antes de analizar las limitaciones que el Código establece en materia de preguntas para el examen directo y contraexamen, es necesario destacar que el adecuado manejo de las objeciones es una de las cuestiones más complejas de controlar desde el punto de vista de las destrezas de litigación. En efecto, se trata de una habilidad que requiere operaciones de razonamiento y decisión estratégica en fracciones de segundo, como a la vez capacidad de respuesta inmediata orientada a presentar y fundamentar la objeción ante el tribunal. Por estas razones, en contextos de sistemas adversariales más desarrollados, resulta común encontrar la afirmación que el realizar objeciones pertinentes y en un momento correcto constituye la habilidad más difícil de manejar para un litigante con poca experiencia.¹⁶

¹⁶ En este sentido, por ejemplo, véase Thomas Mauet, *ob. cit.* 333.

Junto con esta dificultad propia que presentan las objeciones en cualquier sistema adversarial, debemos agregar dos dificultades adicionales que es posible encontrar en nuestro contexto. La primera de ellas es que las objeciones suponen un tipo de litigación que enfatiza fuertemente la contradictoriedad del debate, allí donde naturalmente esta no ha sido ejercida con mucha fuerza en el sistema anterior a la reforma. Nuestro sistema procesal penal se caracterizaba fuertemente por ser un sistema bastante unilateral. Las objeciones, en cambio, son las herramientas más paradigmáticas para la disputa bilateral en el juicio. Una segunda dificultad que es posible identificar en la materia es que, en este contexto de vertiginosidad, en las objeciones se expresa también paradigmáticamente la idea del razonamiento por “estándares” más que por “reglas”; esto quiere decir que la argumentación en torno a las objeciones está fuertemente determinada por las muy heterogéneas y múltiples circunstancias que rodean a la objeción y a esa porción del caso, así como por el conjunto de intereses que concurren en ella, considerada en concreto; de esta suerte, con frecuencia no es tanto que haya una “regla clara” acerca de la procedencia de la pregunta, como del hecho de que dicha regla debe ser construida argumentativamente por las partes desde las circunstancias concretas. Esto, que es cotidiano en sistemas adversariales maduros, resulta extraño a culturas profesionales como la nuestra. Esta es la razón por la que, paradójicamente, la tercera dificultad consiste en que los nuevos Códigos procesales penales existentes en América Latina (del cual Chile no es una excepción) han regulado normativamente este tema en forma bastante pobre, es decir, casi sin reglas que orienten un trabajo fino de litigación por parte de los abogados. De esta forma, la fundamentación legal de una práctica intensa de objeciones no ha sido fácil en una cultura legal que sigue siendo eminentemente positivista.

2. Ideas fuerza detrás de los límites a las facultades de preguntar

Una primera pregunta relevante de formularse en la materia que estamos revisando se refiere al por qué existen limitaciones a las partes en sus facultades de preguntar en el contexto de un sistema acusatorio. Alguien podría sostener que un sistema acusatorio es aquél que hace descansar la producción de evidencia en las partes y, como consecuencia de lo mismo, debiera darse plena libertad a las mismas para la producción de información y obtención de testimonios en el juicio.

Si bien esta idea parece adecuada como forma de comprender la lógica general del juicio oral, no resulta correcta desde el punto de vista que estamos analizando. El hecho de que las partes tengan un rol importante en la producción de información no significa que en esa función no deban estar sujetas a ciertos límites que impidan algunos problemas o defectos que cualquier sistema intenta evitar. El método adversarial deposita su confianza en que la competencia entre las partes –la contradictoriedad de la prueba- proveerá al juzgador de más información y de mejor calidad, pues entrega a quien tiene más incentivos para ello, la contraparte, el rol de develar cada debilidad, vacío, falsedad, tergiversación, exageración, matiz o interpretación alternativa de cada trozo de información que ingresa al juicio. Desde este punto de vista, se ha dicho, el juicio oral se erige como un test de control de calidad de la información con arreglo a la cual se va a juzgar. Las justificación de las objeciones es en

parte una extensión y en parte una limitación a esta misma lógica: de una parte, hay cierto tipo de preguntas que, por el modo en que están hechas o la respuesta que requieren del testigo, deterioran la calidad de la información; de otra parte, para que el método competitivo del sistema adversarial cumpla su función, debe protegerse un cierto entorno de juego justo para ambas partes. Ese juego justo debe ser protegido con reglas concretas de litigación o límites a la litigación. En el ámbito de la protección del juego justo parece legítimo que el sistema imponga límites o, desde el punto de vista de los litigantes, éstos no estén facultados para hacer cualquier cosa en juicio.

A partir de la idea de proteger un juego justo, la lógica básica de un sistema de juicio es que quien aporta la información al tribunal debe ser la fuente directa (la prueba, usualmente testigos) y no los abogados. Si la fuente de información fueran los abogados, la prueba carecería de relevancia y el juicio mismo sería innecesario. Con esto tiene que ver, por ejemplo, la prohibición de preguntas sugestivas en el examen directo.

Una segunda cuestión básica que un sistema de juicio oral debe proteger es que la información que emane del testigo no sea consecuencia de errores o de la confusión de éste acerca de qué es lo que se le está preguntando. El sistema debe tomar decisiones tremendamente relevantes y significativas para la vida de las personas (acerca de su libertad, propiedad, intimidad, entre otros valores muy importantes) y por ello no se puede dar el lujo que ellas sean inspiradas en información de dudosa calidad. Si el sistema se toma en serio su función, no debe admitir que los defectos de litigación de las partes generen información de mala calidad, mucho menos si la confusión o el error es generado deliberadamente por los abogados. Con esto tiene que ver, por ejemplo, la prohibición de preguntas engañosas, vagas o confusas.

De otra parte, también es posible identificar ciertos valores asociados más directamente al adecuado funcionamiento del sistema y lograr la confianza en el mismo. Así, un valor central en esta dirección es que los testigos que comparezcan al juicio no se vean expuestos gratuitamente a un tratamiento denigrante, ofensivo u hostil. El sistema debe generar confianza a la gente que comparece a declarar y la ciudadanía debe tener la razonable expectativa de que el juicio será una instancia en donde serán tratados de conformidad a la dignidad y respeto que se merece cada persona. Por lo mismo, a los abogados no les estará permitido hacer cualquier cosa con los testigos.

En este contexto, el objetivo final de las objeciones es el proteger la lógica que se encuentra detrás de la estructuración del juicio oral y las cuestiones básicas que hemos revisado en los párrafos anteriores. Ellas no excluyen otros valores posibles de identificar y que justifican las más variadas objeciones. Con todo, representan el núcleo duro de cuestiones que han sido recogidas por nuestro Código y que revisaremos con mayor detalle en este capítulo.

En conclusión, por vía de las objeciones impediremos que los abogados sean quienes introduzcan información a juicio, se produzca información errónea o basada en la confusión y, finalmente, hostiguen sin justificación a los testigos. Como indicábamos, estos valores darán pie a diversas objeciones. Antes de revisar en detalle cada una, detengámonos por un momento en el análisis de la regulación normativa del Código Procesal Penal en la materia.

3. Limitaciones a las facultades de preguntar contenidas en el Código Procesal Penal Chileno

Como anticipábamos en la introducción, la regulación que hace el nuevo Código Procesal Penal en la materia es bastante escueta. De partida, el Código, al igual que otros varios de América Latina, no regula expresamente las objeciones, sino que lo hace a través del artículo 330 denominado “métodos de interrogación”. Por otra parte, salvo un par de artículos adicionales en los que indirectamente se pueden obtener reglas relevantes en materia de límites a las facultades de preguntar de las partes en juicio, el Código no dice nada más.

Como señalamos es, entonces, el artículo 330 el que contempla las reglas fundamentales sobre objeciones en el Código. Estas son básicamente cuatro:

- a) No se puede formular preguntas sugestivas en el examen directo de testigos, peritos y del imputado (Art. 330 inciso primero: *“En sus interrogatorios, las partes que hubieren presentado a un testigo o perito no podrán formular sus preguntas de tal manera que ellas sugieran la respuesta”*).
- b) No se admiten preguntas capciosas ni en el examen directo ni en el contraexamen de testigos, peritos y del imputado (Art. 330 inciso tercero: *“En ningún caso se admitirán preguntas engañosas”*).
- c) No se admiten preguntas destinadas a coaccionar ilegítimamente al testigo o perito ni en el examen directo ni el contraexamen de testigos, peritos y del imputado (Art. 330 inciso tercero: *“En ningún caso se admitirán (...) aquellas destinadas a coaccionar ilegítimamente al testigo o perito”*).
- d) No se admiten preguntas formuladas en términos poco claros al testigo, perito o al imputado, ni en el examen directo ni en el contraexamen (Art. 330 inciso tercero: *“En ningún caso se admitirán (...) las que fueren formuladas en términos poco claros para ellos”*).

Si se observa la redacción del artículo 330 se puede apreciar que las hipótesis contenidas en los incisos primero y tercero están pensadas como límites tratándose de testigos o peritos. Con todo, el inciso cuarto del mismo artículo hace aplicable las mismas restricciones tratándose del examen directo o el contraexamen del imputado y por eso fueron agregadas en nuestra descripción precedente.

Junto con el artículo 330, existen otras dos normas relevantes de las cuales pueden deducirse reglas de objeción o límites a las facultades de formular preguntas de que disponen las partes. La primera de estas es el artículo 335 del Código. Dicho artículo establece una prohibición absoluta en el juicio de invocar (en consecuencia, de incorporar como contenido de una pregunta) ningún antecedente relativo a la proposición, discusión, aceptación, rechazo o revocación de una suspensión condicional del procedimiento, de un acuerdo reparatorio o de la tramitación de un procedimiento abreviado. A este límite a la capacidad de preguntar subyace

una lógica distinta a la que veníamos describiendo (calidad de la información): el claro objetivo de esta norma es el de crear un escenario razonable en el que las partes puedan discutir la procedencia de esas instituciones sin temor a que, en caso de fracaso, el contenido de esas negociaciones pueda eventualmente ser invocado en su contra en el juicio.

La segunda norma adicional que establece una regla relevante en materia de objeciones es la del artículo 292 inciso primero. Se trata esta de una norma destinada a regular las facultades del juez presidente de la sala del tribunal oral para administrar el debate. En ese contexto, se le faculta para “... *impedir que las alegaciones se desvien hacia aspectos no pertinentes o inadmisibles, pero sin coartar el ejercicio de la acusación ni el derecho de defensa*”. Esta norma permite fundamentar las objeciones por causal de irrelevancia de la pregunta, esto es, como veremos, de preguntas que intentan incluir información no pertinente para el debate o para las teorías del caso en juego. Además, contiene la regla general que permite fundamentar la oposición de cualquiera de los litigantes en información inadmisibile en juicio (por ejemplo, debido a haber sido excluida por violación de garantías fundamentales en la audiencia de preparación del juicio oral).

Junto con estas normas, el Código contempla, además, algunas normas que regulan la formulación, debate y resolución de incidentes en juicio aplicables en materia de objeciones, los que revisaremos cuando abordemos algunos aspectos procesales de las mismas. Lo que ahora nos interesa revisar es el contenido y alcances de las objeciones descritas precedentemente.

4. Tipos de preguntas objetables en el nuevo sistema procesal penal

A continuación revisaremos con detalle las preguntas objetables reguladas expresamente en el Código Procesal Penal. Junto con ello, propondremos algunas categorías de objeciones que nos parece posible plantear en nuestro sistema procesal penal que, si bien no están explícitamente contenidas en las reglas revisadas, se pueden deducir de ellas o constituyen una extensión lógica de las mismas.

4.1 Preguntas sugestivas

Una primera categoría de preguntas prohibidas por el Código son las preguntas sugestivas. Ya hemos tenido oportunidad de discutir el significado de las mismas y los alcances que tiene la prohibición, tanto tratándose del examen directo como del contraexamen de testigos. Así, hemos señalado que la regla de prohibición sólo es aplicable al examen directo, ya que en ese caso el efecto de admitirla sería autorizar que quien incorpore la información relevante al juicio sea el abogado que realiza el examen directo y no el testigo. Esto está claramente recogido en la regla del artículo 330 del nuestro Código.¹⁷

¹⁷ Cabe señalar que esto no siempre fue así. En los proyectos originales del Código se contenía el mismo tipo de norma general, que es posible encontrar en la mayoría de los códigos procesales penales y civiles de la región, según la cual las preguntas sugestivas son prohibidas a todo evento. Afortunadamente el debate legislativo permitió perfeccionar este

Sólo para efectos de mantener la información fresca en nuestra memoria, valga la pena recordar el sentido o alcance que tiene una pregunta sugestiva. Una pregunta es sugestiva cuando la misma pregunta sugiere o fuerza el contenido de la respuesta.

Sin reiterar lo que ya hemos señalado a propósito de estas preguntas en capítulos anteriores, nos parece que también resulta claro el porqué este tipo de preguntas debe ser prohibida en el examen directo, pues ellas importan que quien declara en definitiva es el abogado, poniendo las palabras en la boca de su propio testigo; un testigo por lo general amigable a su caso, que será proclive en consecuencia a aceptar la formulación de la realidad que el abogado sugiere, aun cuando tal vez él mismo no la habría formulado de esa manera de no ser por la sugerencia del abogado. La situación es diferente tratándose del contraexamen. En el contraexamen el abogado se enfrenta a un testigo hostil, que siempre tiene la posibilidad (incluso normalmente intentará) negar la información que le presenta el abogado. Por lo mismo, por muy sugestiva que sea la pregunta, el testigo siempre estará en condiciones de -y estará dispuesto a- contestar en un sentido diferente al preguntado, o negar derechamente la sugerencia del contraexaminador. En consecuencia, como hemos visto, cuando el legislador quiere impedir las preguntas sugestivas, se está refiriendo al caso del examen directo y no del contraexamen, pues la finalidad que se pretende evitar con la prohibición de preguntas sugestivas se cumple sólo en el primer caso.

La regla de prohibición de la pregunta sugestiva en el examen directo, en consecuencia, fue diseñada para servir este propósito. A partir de dicha función, entonces, es posible construir algunos matices y excepciones:

4.1.1. Preguntas preliminares. Tratándose de cuestiones preliminares o introductorias de la declaración de los testigos y peritos, el tribunal debe tener mayor flexibilidad en la materia. Entendemos por cuestiones preliminares o introductorias aquellas que no constituyen aquel tipo de información substancial respecto de la cual el abogado querría “poner las palabras en la boca del testigo”. Pensemos por ejemplo en el policía que concurrió al sitio del suceso: ¿es objetable la pregunta “concurrió usted a tal dirección en la madrugada de tal fecha? ¿Es ésta una cuestión sobre la cual un abogado intentaría poner “las palabras en la boca del testigo”? Nosotros diríamos que probablemente no: todavía si la respuesta del policía es “sí” va a tener que contarnos un millón de detalles acerca de dicha diligencia. El abogado no está “burlando” al sistema, simplemente está llegando rápido a la parte del relato en el cual en verdad nos interesa obtener la información del propio testigo. En este sentido, en las preguntas preliminares el “valor agregado” de la información espontánea del testigo es mínimo, medido en contra de razones de economía procesal de mayor peso. En este tipo de situaciones los problemas que intenta evitar la prohibición de las preguntas sugestivas no se producen y, en cambio, el tener mayor flexibilidad puede traducirse en un juicio más ágil y expedito. En consecuencia, en materias preliminares debe existir cierta flexibilidad de la regla en análisis. A su turno, qué pregunta es preliminar y qué pregunta se

defecto y así evitar un problema serio para la litigación en nuestro sistema, especialmente en la realización de los contraexámenes.

adentra ya en información substancial no es una cuestión abstracta, sino que depende también del grado de controversia que haya sobre la información en cuestión.

4.1.2. Sugestividad irrelevante. El problema con que el abogado “ponga las palabras en la boca del testigo” es que es el abogado quien está formulando la realidad de un modo ventajoso para su caso, allí donde el testigo tal vez no la formularía espontáneamente de dicha manera. Cuando la respuesta a la pregunta no admite más que una sola formulación de la realidad, la sugestividad se torna irrelevante. De vuelta, el valor agregado de la pregunta no sugestiva es mínimo o ninguno. Esto configura otra hipótesis en las que se debe tener mayor flexibilidad con la admisión de preguntas “técnicamente” sugestivas. Así por ejemplo, la pregunta “¿es usted la madre del imputado?” se trata de una información que sólo admite una formulación de la realidad; es decir, que de cualquier forma en que se hubiere preguntado hubiere sido respondida unívocamente por el testigo. En estos casos, de vuelta, el valor agregado de la prohibición no se justifica en frente de la ganancia en celeridad.

En ambos, entonces, el tribunal debe estar en condiciones de tolerar o tener más flexibilidad en la admisión de la pregunta. La principal razón es que una pregunta sugestiva inocua, como los dos casos que hemos visto, junto con no afectar ningún valor del sistema, permite trabajar con mayor rapidez y eficiencia. Sólo cuando hay valores comprometidos detrás de una mala formulación de una pregunta es relevante impedirla. Fuera de esos casos, pareciera que el valor que debe primar es permitir que la dinámica de la audiencia no se interrumpa por cuestiones formales.

4.1.3. “Testigo hostil”. Una situación distinta, en donde también es necesario flexibilizar la regla en estudio, se produce tratándose de la institución de los “testigos hostiles”. Esta es una institución clásica en los sistemas adversariales más desarrollados, aunque no contemplada expresamente en nuestro Código. Sin embargo, creemos que ella debe ser construida desde la comprensión de la lógica a la que obedece la prohibición de las preguntas sugestivas en el examen directo y su permisión en el contraexamen. La institución pretende responder al problema de testigos que una parte necesita llamar a declarar, pero que son hostiles a su teoría del caso. Técnicamente, la parte que los llama como testigos debe hacer el examen directo y por lo tanto no dispone de preguntas sugestivas, pero lo que tiene es un testigo hostil que no está dispuesto a colaborar, mucho menos a formular la realidad contenida en la teoría del caso de la parte que la presenta. Supongamos que el fiscal necesita citar a juicio a un amigo del acusado, quien lo vio la noche del homicidio entero manchado de sangre y quemando las ropas en la chimenea. Es posible que el amigo pueda no estar dispuesto a colaborar con el fiscal en el examen directo, pues sabe que dicha información es altamente incriminatoria. En esta situación, pese a que el fiscal deberá llamarlo a declarar -la Defensa no tiene ninguna intención de citarlo- la situación en realidad se parece más a un contraexamen que a un examen directo. Por eso mismo, en ese tipo de situaciones es imprescindible darle al litigante la posibilidad de utilizar preguntas sugestivas, si es que se quiere obtener la información que este testigo

tiene. Uno de los escenarios es que el amigo, sin necesariamente incurrir en falso testimonio, hará todo lo posible por ocultar, tergiversar, minimizar, o relativizar la información que posee, eludiendo al máximo las preguntas del abogado. Tal vez simplemente “no recordará”. Si el litigante sólo cuenta con preguntas abiertas, obtener la información del testigo se hace imposible. A su turno, como se trata de un testigo hostil, este siempre estará en condiciones de negar las proposiciones de quien hace el examen directo y el valor entonces que protege la prohibición de formular preguntas sugestivas no se pone en riesgo.

4.1.4. Sugestivas para negación. La pregunta es sugestiva cuando contiene su propia respuesta. Si la respuesta esperada, en cambio, es la negación del contenido de la pregunta, la pregunta no es sugestiva aun cuando en su estructura lo parezca. Así, por ejemplo, si le preguntamos en examen directo al policía: “¿hubo algún momento en que usted le haya dicho al acusado ‘si no confiesas vamos a detener a tu señora’?”; esta pregunta tiene un formato altamente sugestivo: la pregunta incluso sugiere las palabras que habría supuestamente pronunciado. Excepto que la respuesta esperada por el fiscal en este caso es “no”. En consecuencia, no está “poniendo las palabras en la boca del testigo”, sino todo lo contrario: quiere que el testigo niegue la formulación de la realidad que el abogado esta haciendo. La pregunta, en consecuencia, no es sugestiva.

4.1.5. No hay otra manera de preguntar. Por último, hay preguntas que simplemente no hay cómo hacerlas sino sugestivamente. Supongamos, por ejemplo, que el abogado quiere preguntarle al acusado si tiene entrenamiento en el uso de armas. Supongamos que no es una cuestión preliminar (es relevante, por ejemplo, para excluir la culpa o para configurar la legítima defensa). Se trata de una pregunta sugestiva. Pero, aunque sea substancial, tal vez aun así no se trate de que el abogado “está tratando de poner las palabras en la boca del testigo”, sino simplemente que no hay otra forma de preguntarlo, salvo que lo obliguen a hacer un enorme rodeo por vía de preguntas abiertas. En nuestra opinión, entonces, el juez debe evaluar esto también para flexibilizar la prohibición de preguntas sugestivas.

4.2 Preguntas capciosas o engañosas

En la literatura procesal más tradicional de América Latina no es común encontrar un tratamiento doctrinario detallado ni construcciones jurisprudenciales sobre el significado de las preguntas capciosas, no obstante se trata de una limitación al examen de testigos que se encuentra presente en los Códigos anteriores a la reforma e incluso en la legislación procesal civil. Lo mismo ocurre en nuestro país. La prohibición de la capciosidad no es algo nuevo en nuestra legislación, pero con anterioridad a la reforma su tratamiento doctrinal ha sido bastante pobre. Probablemente esto tenga que ver con un punto que marcábamos al inicio de este capítulo: la inexistencia de un sistema adversarial en donde existe genuina contradictoriedad entre partes ha hecho que las objeciones hayan sido un tema de menor importancia práctica y, en consecuencia, doctrinal. A esta circunstancia

obedece el cambio de nomenclatura del Código, pretendiendo enviar una señal para su construcción jurisprudencial y dogmática.

No obstante las carencias apuntadas, es posible señalar que, en términos generales, las preguntas capciosas pueden ser entendidas como aquellas preguntas que en su elaboración inducen a error al sujeto que responde, favoreciendo de este modo a la parte que las formula. Esta formulación relativamente abstracta quedará más clara si revisamos un ejemplo: el testigo ocular del robo al banco declara que vio al acusado huir en un auto que describe. El defensor, en contraexamen, le presenta un set de varias fotografías de autos similares y le pide que señale cuál de ellos es el auto involucrado. La pregunta precisa es “¿Cuál de estos autos es el que usted reconoce como aquél en que, según dice, vio huir a mi cliente?”. El auto supuestamente involucrado no está en el set. En este caso, sin embargo, la pregunta le sugiere al testigo que “uno de esos es”. La pregunta pone al testigo en el escenario de tener que forzar la identificación, sin incorporar en la pregunta el factor de que “también es una posibilidad que no sea ninguno de estos”. El testigo no cuenta con que el abogado pueda estar “jugando sucio” y, en consecuencia, su proceso mental tal vez corra en el tono de “caspitás!, la verdad, no me parece que ninguno de estos sea, pero, en fin, si abogado dice que uno de estos es, tengo que esforzarme por ver cuál se parece más al recuerdo que tengo del auto... después de todo, tal vez algunos detalles se me puedan haber escapado...”

Cuando, el abogado, luego de que el testigo señala uno de los autos, le salta a la yugular diciendo algo así como “¡¡¡Aha!!!! El testigo reconoce uno de los autos, pero en verdad el auto no está aquí!”, uno podría creer que estamos en presencia de una conclusión de muy baja calidad (“el testigo no es creíble”). Tal vez si hubiéramos puesto al testigo en un escenario más leal (“díganos si es uno de estos autos, aunque una posibilidad es que no sea ninguno de estos”), la respuesta de éste habría sido muy otra.

La prohibición de realizar preguntas capciosas es absoluta para cualquier actuación en el desarrollo del juicio oral. En el contexto del ejemplo resulta relativamente claro el porqué ellas son prohibidas tanto para el examen como para el contraexamen de un testigo o perito (sin perjuicio que evidentemente será en el contraexamen cuando normalmente el abogado intentará utilizarlas como herramienta en contra de un testigo que lo perjudica o que le resulta hostil). La razón es que las preguntas capciosas producen información de baja calidad de parte del testigo, información fundamentalmente proveniente de su error o confusión derivado de una formulación de la pregunta orientada a crear dicho error o confusión. Como se trata de información de baja calidad, el sistema no considera razonable admitir que se formulen preguntas de esta naturaleza. De otra parte, el sistema tampoco quiere dar señales ambiguas a los testigos en términos que podrán ser engañados en el juicio oral para prestar declaraciones sobre cuestiones que no creen o no están dispuestos a declarar.

Como veremos en algunos momentos más, uno de los temas más complejos en la objeción de preguntas capciosas, es que la capciosidad de una pregunta representa un género dentro de un conjunto muy abierto de modalidades o formatos en los que se puede manifestar. Esta

característica dificultará que identifiquemos una determinada pregunta como capciosa y, en consecuencia, nuestra función de objetarla oportunamente en juicio.

4.3 Preguntas destinadas a coaccionar ilegítimamente

Una tercera categoría de objeciones reguladas en el artículo 330 son las preguntas destinadas a coaccionar ilegítimamente a los testigos, a los peritos o al imputado. ¿Qué quiere decir el Código con coacción “ilegítima”? En nuestra opinión es claro que el Código se está refiriendo a situaciones relativamente excepcionales en los que existe un hostigamiento o presión abusiva sobre la persona del testigo que coarta de manera significativa su libertad para formular sus respuestas. Por otra parte, también es claro que el Código admite coacciones legítimas. De hecho, las preguntas sugestivas –herramienta esencial del contraexamen– sin lugar a dudas tienen un efecto en limitar la plena libertad del testigo al momento de responder.

En este contexto, esta cláusula del artículo 330 está pensada como una herramienta para evitar el abuso y que la comparecencia a juicio se transforme en una instancia de humillación de las personas sin justificación alguna. El gran desafío para los tribunales será el ponderar cuándo se cruza la delgada línea entre un examen directo o contraexamen agresivo o coaccionador, pero legítimo, y un caso de coacción ilegítima. Nos parece que, salvo casos relativamente obvios, resulta difícil proponer una regla muy específica para realizar tal ejercicio. Nos interesa destacar sí que el hecho de que una cierta línea de examen o pregunta –incluso tono– sea “abusiva”, sin embargo, no es una cuestión abstracta, y depende de factores como quién es el testigo que se está examinando, cuál es el desarrollo del testimonio, , qué es lo que está en juego y cuál es el aporte específico del testigo respectivo. No es lo mismo si el testigo es un niño o un adulto; si es la víctima o un tercero; no es lo mismo si el testigo parece estar mintiendo y su testimonio puede enviar a una persona a la cárcel; no es lo mismo si lo que se juega es una violación o un hurto menor; cárcel o multa. Como en todas las objeciones, se trata de la ponderación de los diversos factores e intereses concretos. En este sentido, si lo que pretende proteger la prohibición de la “coacción ilegítima” es fundamentalmente el entorno del juicio en tanto instancia de comparecencia ciudadana, la aceptación de que existe cierta “coacción legítima” contrapone la idea de que un juicio penal es una cuestión muy grave, y la información debe rigurosamente testeada. Esto es así incluso en los casos en que la prohibición de coacción parece más obvia: pensemos por ejemplo en la mujer, supuesta víctima de violación. El sistema tiene máximo interés en que declare y en que no sea doblemente victimizada por el juicio. Pero, si la violación es un delito muy grave, igual o mayor gravedad tiene acusar falsamente a alguien de violación. De esta suerte, si bien en principio sobre el defensor que está contraexaminando a esta víctima regirá una versión bastante rigurosa de la prohibición de coacción, en la medida en que el contraexamen empiece a develar inconsistencias que hagan al tribunal “oler” que tal vez la víctima esté mintiendo, quizás ese tribunal ya no esté dispuesto a impedir al abogado defensor ir endureciendo su contraexamen.

4.4 Preguntas formuladas en términos poco claros (preguntas confusas, ambiguas o vagas)

Las preguntas formuladas en términos poco claros pueden ser divididas en tres categorías específicas: preguntas confusas, preguntas ambiguas y preguntas vagas. En conjunto pueden ser entendidas como aquellas preguntas que por su defectuosa formulación no permiten comprender al testigo con claridad cuál es el tema que efectivamente indagan. La confusión se da por lo complejo o poco claro de la formulación. La ambigüedad se da por el hecho que la pregunta puede sugerir distintas cuestiones que se intentan indagar. Finalmente, la vaguedad se puede dar por la amplitud o falta de claridad en la pregunta.

En estas tres hipótesis, lo que se pretende evitar es que el testigo cometa errores en su declaración de los hechos que conoce derivado de la mala formulación de una pregunta, ya sea porque no se entiende lo que se pregunta, porque lo que se pregunta no es claro o porque la respuesta requerida puede dirigirse en un sentido muy abierto. Dos observaciones respecto de ellas. La lógica detrás de su prohibición es evidentemente la de evitar introducir información de baja calidad al juicio, no porque el testigo necesariamente tenga información de ese tipo, sino que por quien intenta obtenerla no lo hace en forma correcta. En segundo término, es posible apreciar que este tipo de preguntas corresponde a una categoría específica del género “capciosidad”, en consecuencia, aún cuando el Código no las hubiere regulado, sería posible formular una objeción a las mismas fundándose en el carácter capcioso de ellas.

4.5 Preguntas impertinentes o irrelevantes

Finalmente, la última categoría de preguntas que expresamente prohíbe el Código se refiere a las preguntas impertinentes o irrelevantes. Estas preguntas son aquellas que intentan obtener del testigo información que no tiene una relación substancial con los hechos que son objeto de prueba, es decir, que no resultan relevantes para decidir el asunto que se encuentra bajo la decisión del tribunal. Un estándar más fino para describirlas es hacerlo en relación con las teorías del caso de las partes. Una pregunta impertinente o irrelevante lo será en la medida que no avanza desde un punto de vista lógico la teoría del caso de alguna de las partes. No se trata aquí de juzgar si las teorías del caso son buenas o malas: si la pregunta avanza la teoría del caso aunque sea mínimamente, por absurda que ésta sea, es relevante y debe ser admitida en el juicio. La pregunta para el tribunal, en consecuencia, no es una pregunta de mérito, sino una de lógica formal: no se trata de si el tribunal habría litigado la teoría del caso que propone el abogado, o si lo habría hecho buscando esta específica información. La pregunta, en cambio, es: la respuesta perseguida ¿hace más probable que menos probable alguna de las teorías del caso en competencia? Si la respuesta es afirmativa, la pregunta es relevante.

Resulta difícil dar un ejemplo en abstracto de preguntas impertinentes o irrelevantes ya que, como señalamos, el parámetro básico para medir impertinencia o irrelevancia es la o las teorías del caso concretas que se discutan en un juicio. En esto el tribunal debe ser muy cuidadoso al decidir y, por lo tanto, la duda beneficia a la parte. Ello, pues son las partes las

que saben en qué sentido la información que están preguntando es útil para el desarrollo de su teoría del caso, y las que están poniendo en juego su trabajo profesional en torno al caso.

Sobre la base anterior, también resulta más o menos evidente porqué este tipo de preguntas deben ser prohibidas tanto en el examen directo como en el contraexamen: el juicio oral es una institución compleja de organizar y muy costosa, el sistema no puede desgastar sus recursos escasos en la producción de información que no es relevante para resolver los conflictos que son llevados a este mecanismo de decisión de controversias.

4.6 Otras Objeciones Posibles

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 muchas otras causales de objeción. Hay aquí un espacio vasto para un desarrollo jurisprudencial del sistema que, sobre la base de normas generales como las que ya hemos revisado, puedan establecer nuevas causales para objetar. Esta es la experiencia de lo que ocurre en países con mayor experiencia adversarial, como lo es por ejemplo Estados Unidos, en donde el listado de objeciones posibles en juicio es mucho mayor.¹⁸

Creemos que una de las fuentes normativas que puede ser más rica en la generación de nuevas y más específicas causales de objeción a las preguntas de abogados es la cláusula genérica que impide formular preguntas capciosas en los exámenes y contraexámenes. Se trata, como hemos dicho, de una causal genérica en cuyo “regazo” es posible identificar múltiples manifestaciones. A continuación revisaremos algunas causales de objeción posibles que han sido desarrolladas en sistemas comparados de justicia criminal e intentaremos ofrecer una interpretación que las permita ubicar en alguno de los casos descritos por nuestro Código Procesal Penal.

4.6.1 Preguntas por opiniones o conclusiones

La regla general es que el rol de los testigos legos es relatar hechos que percibieron directamente a través de sus sentidos, o bien hechos que pertenecen a su propio estado mental en un momento determinado. El testigo nos podrá decir lo que vio, lo que oyó, lo que palpó, lo que olió o lo que degustó. O bien, nos podrá decir que él estaba asustado, atento, nervioso o apurado. Este tipo de cosas son las que naturalmente un testigo declara en juicio. En este contexto, las opiniones o conclusiones a las que un testigo pudo haber arribado son, en general, irrelevantes para la decisión del caso, y suele configurar información de baja calidad.

Las preguntas que persiguen del testigo una conclusión o una opinión son, en principio, inadmisibles, pues, en la medida en que los testigos son legos, dichas opiniones o

¹⁸ Mauet, por ejemplo, éste se hace cargo de la descripción de 26 tipos de objeciones en materia de evidencia. Véase Thomas Mauet, ob. cit. págs. 341 a 362.

conclusiones son irrelevantes. Señalamos que esta limitación es “en principio”, ya que, como siempre, hay excepciones.

En primer lugar, decíamos que una cuestión relevante para la prohibición de preguntas por opiniones ó conclusiones es que se trate de testigos legos. La regla va perdiendo intensidad, entonces, mientras más experticia va a acreditando el testigo. La máxima expresión de esto es el caso de los peritos *en el área de experticia que se acredite en juicio*. Los peritos están eximidos de esta causal de objeción ya que ellos suelen ser convocados a declarar precisamente para ofrecer opiniones y conclusiones más que hechos. Por cierto, esto en la medida que el perito haya sido debidamente acreditado en las materias en donde surgen sus opiniones y conclusiones. Fuera del área de su experticia, los peritos se comportan igual que un testigo lego y, en consecuencia, tienen las mismas restricciones. Pero lo mismo puede ocurrir con testigos que dan cuenta en el juicio de cierta experticia, en el área de dicha experticia, y dentro de los límites de la idoneidad concreta que dicha experticia ofrezca. Pensemos, por ejemplo, en el Carabinero que practicó la detención. No es un perito ni fue convocado al juicio en esa calidad. Supongamos que el fiscal le pregunta: en su opinión, el arma que encontró en poder del acusado, ¿había sido disparada recientemente? (el policía responderá que sí, porque sintió el fuerte olor a pólvora en el arma). Se trata de una pregunta por opinión o conclusión, sin embargo tal vez la experticia concreta del policía alcance para dar cuenta de dicha opinión o conclusión. Cuidado, que, como toda acreditación, se trata de la experiencia y conocimientos *concretos* de ese Carabinero. El hecho de ser un Carabinero, en abstracto, no necesariamente alcanza para nada. Depende de su manejo cotidiano de armas de fuego, de que las dispare con cierta frecuencia, tal vez de que tenga entrenamiento especial en la materia, etc.

Una segunda excepción a esta regla se refiere a opiniones o conclusiones que, por ser de sentido común –o pertenecer a las máximas de la experiencia–, podrían ser objeto de declaración por cualquier persona. Si éste es el caso, no se requiere ninguna experticia particular para dicha opinión o conclusión. No obstante, también es cierto que hay muy diversas maneras en que la opinión o conclusión puede formarse, y no todas ellas representan información de calidad suficiente como para ser relevantes para el juicio. Esta es la razón por la cual las reglas de evidencia de modelos comparados con frecuencia exigen, para aceptar la opinión de un testigo lego: a) que la opinión o conclusión no requiera expertizaje (que sean estrictamente de sentido común); b) que se base en hechos directamente percibidos por el testigo; y c) que sea útil para la completa comprensión del relato del testigo¹⁹. Supongamos por ejemplo que el acusado ha declarado que vio a la víctima venir hacia él, y que fue en ese momento cuando tomó el arma y le disparó. El abogado defensor le pregunta cuáles eran en su opinión las intenciones de la víctima cuando iba a su encuentro; el acusado responde que venía a enterrarle un cuchillo. Se trata de una opinión o conclusión, pero: a) es una que no requiere expertizaje; b) está basada en hechos directamente percibidos por el acusado (“sacó un cuchillo a medida que avanzaba hacia mí”, “me gritó que ahora iba a pagar por no haberle pagado lo que le debía”, “tenía cara furibunda”); y c) la conclusión del acusado de que

¹⁹ Ver por ejemplo la regla 701 de las Reglas Federales de Evidencia, USA.

“venía a enterrarle el cuchillo” es útil para entender su relato en el sentido de que “no tuve más opción que dispararle”.²⁰

A su turno, cuidado con lo que entendemos por “sentido común” o “máximas de la experiencia”, pues los abogados solemos pasar por tales afirmaciones que para nada pertenecen a dichos ámbitos. Supongamos, por ejemplo, que le preguntamos al policía que llegó al sitio del suceso de un choque entre dos automóviles cuál fue la causa de la muerte de uno de los conductores. En este caso, esta pregunta solicita del testigo una conclusión que no está en condiciones de ofrecer, desde luego debido a que el policía no presencié el accidente y, aun cuando lo hubiera presenciado, hay “causas de la muerte” que exceden al conocimiento del policía. Quizás el choque se produjo como consecuencia de un ataque al corazón previo de la víctima que fue justamente la causa de la muerte; tal vez ésta se produjo con posterioridad al choque como producto de la intervención de una tercera persona (por ejemplo la mujer ansiosa de obtener su herencia que aprovechó la circunstancia); o bien, quizás la causa de la muerte no fue el golpe mismo, sino la epilepsia que sufría el conductor –detonada por un golpe que a otra persona sólo le habría producido una magulladura. La causa de la muerte en este caso simplemente escapa a toda posibilidad de conclusión por parte del Carabinero y no pertenece ni a su experticia ni al sentido común de ninguna manera concebible. Ello es así aun cuando el sentido común diga que hay “una buena probabilidad” de que haya sido el choque. “Una buena probabilidad” no basta para habilitar la posibilidad de que un testigo lego concluya desde el sentido común.

En nuestra opinión la principal causal normativa para fundamentarla objeción de la pregunta por opinión o conclusión es su impertinencia o irrelevancia. Como dijimos, lo que opine o concluya un lego en cuestiones fuera de su percepción no tienen ningún valor en el juicio oral en principio. La conclusión del policía en el caso que veíamos recién simplemente no avanza la teoría del caso de ninguna de las partes: si el policía cree que la causa de la muerte fue el accidente, ¿entonces qué? Y si no cree que fue el accidente: ¿entonces qué? Si la respuesta es “entonces nada” -como creemos que es en este caso- la conclusión es irrelevante.

Algo muy similar ocurre tratándose de las preguntas que requieren del testigo lego una opinión. Por ejemplo, cuando el defensor le pregunta a su testigo “¿cree usted que don Juan es capaz de cometer este delito?” Lo que crea el testigo respecto de esto es, en principio, irrelevante: Dios sabe por qué el testigo opina lo que opina acerca del acusado o de su capacidad para cometer este delito; desde las experiencias de su más tierna infancia hasta sus conversaciones una película que vio sobre alguien parecido al acusado; desde la religión que lo inspira y su creencia en Satanás, hasta sus posturas antropológicas acerca del bien y del mal; desde J.J Benítez hasta Corín Tellado: las opiniones de la gente pueden provenir de las más diversas fuentes, múltiples, no necesariamente concientes, no siempre declaradas. En este sentido, la calidad de la información que contiene la opinión de un lego

²⁰ En estados como California se ha considerado que dentro de las posibilidades del testigo está el declarar estimando cantidad, valor, peso, medida, tiempo, distancia y velocidad. También se ha considerado legítimo que puedan describir emociones como la rabia, miedo, entusiasmo, amor, odio, lástima y placer, entre otras cuestiones. Con más detalle sobre este punto véase Miguel Méndez, *Prueba Pericial en Estados Unidos de Norteamérica*, en *La Prueba en el Nuevo proceso Penal Oral*, Lexis Nexis, Santiago 2003, pág. 72.

no basada en su percepción directa es imposible de testear y, por lo mismo, baja hasta la irrelevancia.

Nótese que una pregunta por opinión puede serlo sin que necesariamente se formule expresamente de manera de solicitar una opinión del testigo. Así, por ejemplo, cuando el abogado pregunta “¿puede ser que el asesino haya querido dar la impresión de un robo?”. En este caso, aún cuando no se formule la pregunta mencionando la palabra “opinión”, lo que en buenas cuentas se le está pidiendo al testigo es precisamente eso, pues lo que haya habido en la mente del asesino difícilmente está al alcance de los sentidos de ningún testigo. Esto es generalmente cierto para todas las preguntas por hechos internos (mentales) de terceros.

El hecho que las preguntas por opiniones o conclusiones sean en principio objetables no clausura la posibilidad para que el abogado litigante, si sabe lo que hace, pueda obtener la información relevante en la materia en la cual estaba solicitando, o querría solicitar, una opinión o conclusión. En la mayoría de los casos es perfectamente posible y legítimo solicitar al testigo que relate los hechos que den cuenta o permitan fundamentar la opinión o conclusión, y dejar que el sentido común de los jueces haga el resto, amén de nuestros alegatos finales. Veamos la diferencia sutil entre las dos preguntas que siguen:

Pregunta 1: “¿Hablaba en serio Pedro cuando hizo la amenaza?”

Pregunta 2: “¿Ocurrió algo que sugiriera que Pedro lo había amenazado en serio?”

La primera pregunta requiere del testigo una mera opinión. En efecto, el testigo puede responder “sí, hablaba en serio”, información que está fuera del alcance de sus sentidos y no constituye un hecho. La segunda pregunta, en cambio, exige una respuesta del tipo “sí, al día siguiente compró una pistola”. Eso sí es un hecho sobre el cual el testigo puede declarar.

Dos observaciones finales antes de pasar a una nueva categoría de objeciones. La primera es que el tribunal, al resolver una objeción de esta naturaleza, podría decidir que las opiniones o conclusiones de cierto testigo lego, por opiniones que sean, son relevantes. Los abogados tendrán que estar preparados para argumentar respecto de esa relevancia.

En segundo lugar, es necesario destacar la diferencia entre preguntas conclusivas y de opiniones con preguntas que recaen sobre hechos subjetivos propios las que sí resultan legítimas. Un hecho subjetivo propio se refiere al estado de ánimo o los pensamientos del propio testigo en un momento determinado, como por ejemplo si el fiscal preguntará al testigo “¿Qué sintió al ver el cadáver?”. Aquí el fiscal indaga sobre un hecho del testigo, se trata de un hecho subjetivo, no necesariamente exteriorizado, pero en el cual su testimonio es absolutamente idóneo. No es una opinión ya que se trata de un hecho propio que el testigo experimentó. La particularidad de este hecho es que es subjetivo, o sea, se produjo en la interioridad del propio testigo.

4.6.2 Pregunta Repetitiva (preguntada y respondida)

Tanto en el examen directo como en el contraexamen los abogados pueden tener razones ilegítimas para repetir una y otra vez la misma pregunta.

En el caso del examen directo, por ejemplo, puede buscarse intensificar con la repetición el valor emotivo o prejudicial de una información. Por ejemplo, como cuando hemos ofrecido una nota del jefe a su subalterna, diciéndole que si quiere mantenerse en el trabajo no lo vuelva a rechazar sexualmente. La nota tiene sin duda valor probatorio, y es por eso que la ingresaremos como prueba –quizás, entre otros, a través del testimonio de la víctima- y la leeremos en el juicio. Sin embargo, en principio ese valor probatorio parece quedar satisfecho con su exhibición, su lectura, y con el hecho de que los jueces van a disponer de ella al deliberar. La pregunta, “léala de nuevo, por favor”, no agrega probatoriamente nada; sólo persigue su valor emocional o de prejuicio. En este sentido, la repetición es objetable.

En el contraexamen, a su turno, es relativamente frecuente que los abogados vuelvan una y otra vez, intercaladamente, sobre una misma porción de información respecto de la cuál el testigo ya declaró. Hacen esto esperando que el testigo en algún momento responda una de ellas en forma inconsistente con alguna de las respuestas ofrecidas en el resto de las ocasiones.

Esta manera de formular preguntas no es legítima. Técnicamente debe asimilarse a una forma de pregunta capciosa y, en consecuencia, es objetable sobre la base de que ha sido ya una pregunta hecha y contestada en juicio. La capciosidad surge debido a que en el fondo lo que se pretende obtener con estas preguntas es que el testigo en algún momento, y frente a la diversidad de preguntas orientadas a obtener la misma información, cometa un error y se contradiga con su declaración anterior. O la contraparte tiene como contraexaminar al testigo (por ejemplo, contrastando sus declaraciones actuales con declaraciones previas, cuestionando su credibilidad o confrontándolo con otras porciones de prueba) o lo debe dejar tranquilo; pero no puede tener al tribunal escuchando una docena de veces la misma pregunta y respuesta esperando que la diosa fortuna, el cansancio o la confusión, hagan que el testigo eventualmente se equivoque.

Hay que tener cuidado, eso sí, con la regla en análisis. Para que la pregunta repetitiva pueda ser objeto de una objeción legítima debe tratarse de una pregunta repetitiva ya contestada. Si la pregunta ha sido formulada en varias ocasiones sin que el abogado haya obtenido respuesta del testigo, está en su legítimo derecho de formularla cuantas veces sea necesario para que el testigo responda la pregunta precisa que se le hizo. Veamos un ejemplo que grafica lo señalado:

- P: Usted le dijo al Topo Gigio: “La próxima vez te voy a matar” ¿no es así?
R: El Topo Gigio me había amenazado de muerte el día anterior.
P: No le pregunté si el Topo Gigio lo había amenazado de muerte, sino si usted le dijo “la próxima vez te voy a matar”
R: En esas circunstancias uno no piensa lo que dice.

P: No le pregunté si en esas situaciones uno piensa lo que dice, le pido que responda la pregunta que sí le estoy haciendo: ¿le dijo usted ese día al Topo Gigio “la próxima vez te voy a matar”?

En el ejemplo, la pregunta se repite varias veces, pero no es este tipo de repetición la que amerita la objeción. La pregunta se formula tres veces, sin embargo en ninguna de ellas ha sido respondida por el testigo. La pregunta en cuestión puede ser respondida de solamente de una de tres formas: “sí”, “no”, o “no me acuerdo”. La afirmación “el Topo Gigio me había amenazado de muerte el día anterior” no es una respuesta a la pregunta.

Veamos ahora un ejemplo distinto. El Defensor contraexaminando al testigo ocular:

P: ¿Cuál dijo era el motivo del tatuaje que dice haber visto en la espalda del sujeto?

R: Una ballena blanca.

P: Y usted dice, además, que se fue como a la 1:00 a.m.

R: Sí.

P: En ese mismo momento fue cuando usted vio por primera vez a la mujer de pelo rubio...

R: Sí, justo en ese momento.

P: ¿Y cuál nos dijo era el motivo del tatuaje?

R: Una ballena blanca

P: ¿Y dónde estaba ese tatuaje?

R: En la espalda del sujeto.

P: Y al momento de ver a la mujer rubia, usted dice que ella andaba en un automóvil marca BMW modelo deportivo...

R: Sí, por cierto muy llamativo...

P: El mismo auto en el que luego encontraron el cuerpo de don Ricardo...

R: Sí, el mismo.

P: Y el motivo del tatuaje ¿qué era exactamente?...

Fiscal: ¡¡¡Objeción!!!! Repetitiva... Su señoría, la pregunta ya fue preguntada y respondida...

En este ejemplo, a diferencia del anterior, la pregunta por el tatuaje ha sido formulada varias veces y ha sido exactamente respondida por parte del testigo. En este contexto, su repetición intercalada entre otras preguntas no intenta sino hacer que el testigo pueda confundirse o equivocarse y responder algo distinto a lo ya dicho. Esto es lo que la causal de objeción debiera evitar.

Al igual que en los demás casos, hay que tener cuidado con transformar la objeción en análisis en una regla absoluta, sin matices o excepciones. No basta la mera repetición para que proceda esta objeción. Muchas veces la construcción efectiva de un relato -tanto en el examen directo como en el contraexamen- requiere cierta repetición de información, de manera de engarzar las partes unas con otras, volver con más detalle sobre ciertos aspectos, o relacionar la información entre sí. A su turno, el contraexamen consiste precisamente en superponer otra versión de los hechos al relato presentado por el examen directo, y ello

supone repetir temas o preguntas que ya han sido objeto de desarrollo en el examen directo. El contraexaminador tiene pleno derecho a organizar la información en el contraexamen del modo que quiera, incluyendo la reorganización de la información ofrecida en el examen directo. En consecuencia, en el contraexamen no hay objeción por repetitividad respecto del examen directo.

Los abogados tienen pleno derecho para poder construir su relato con efectividad, aún cuando ello pueda significar eventualmente repetir. Lo relevante es por qué estoy repitiendo: ¿porque quiero que el testigo “pise el palito” o porque quiero predisponer el prejuicio de los jueces más allá del valor probativo agregado de la repetición? En este caso corresponde la objeción. Pero, si la repetición efectivamente aporta al mejor relato de la prueba o de la teoría del caso, entonces eso agrega valor probatorio a dicha repetición. En este sentido, los jueces tienen que tener cierta flexibilidad con las partes para permitirles hacer su trabajo, pero a la vez cierta agudeza para evaluar el valor agregado de la repetición.

Supongamos, en el ejemplo que veníamos revisando, que el abogado vuelve a preguntar otro par de veces al testigo acerca del tatuaje y hace que éste lo describa con más detalle; quizás haya allí preguntas que se han hecho, pero también puede ser cierto que el abogado no está buscando el error o la confusión del testigo sino mejorar la calidad de su relato o, por ejemplo en el contraexamen, hacerlo fijar con detalle su testimonio para confrontarlo con una declaración previa. En este caso, una cierta repetición está al servicio de un contraexamen en regla y no está siendo usada de mala fe por el abogado para la mera confusión del testigo. Los jueces entonces deberán ponderar criteriosamente estos elementos para decidir la objeción.

4.6.3 Pregunta que tergiversa la prueba

Las preguntas que se realizan en un examen o contraexamen no son más que un instrumento a través del cual se pretende introducir prueba en el juicio oral (el testimonio de una persona determinada). Las preguntas que formulan los abogados nunca constituyen prueba en sí mismas. Es por eso que cuando una pregunta asume como ciertos hechos sobre los cuales no ha habido prueba en el juicio -o habiendo prueba ésta no se ajusta a la información contenida en la pregunta-, no debe permitirse su formulación ni menos que el testigo las conteste.

Como se puede apreciar, es posible establecer dos categorías distintas de preguntas que tergiversan la prueba. La primera se refiere a casos en los que la formulación de la pregunta cambia o altera la información que efectivamente ha incorporado al juicio la prueba respectiva y la segunda cuando la pregunta incluye información que no ha sido objeto de prueba en el juicio.

Veamos un ejemplo de la primera modalidad de preguntas:

- Fiscal: ¿Podría explicarnos por qué estaba su huella digital en el arma hallada en el sitio del suceso?
- Defensor: ¡Objeción!
- Juez: ¿Fundamento?
- Defensor: Si la huella digital era o no de mi representado es precisamente la discusión en este caso.
- Juez: ¿Señor fiscal?
- Fiscal: Señores jueces, escuchamos minutos atrás al perito Juan Manríquez quien señaló haber identificado una huella del señor Burna en el arma hallada en el lugar...
- Defensor: Señores jueces, lo que escuchamos a ese perito fue que para identificar una huella digital se requería de 14 puntos dactiloscópicos y que dichos 14 puntos no habían sido hallados en esa huella. No me parece justo que se le pida al testigo explicaciones sobre esto como si fuera una información cierta del juicio, la verdad es que se trata de una información cuestionada por el mismo perito que la presentó.

Según se puede observar en el ejemplo, la pregunta incorpora una versión de los hechos que no coincide exactamente con la prueba ofrecida. En este caso, el perito había señalado que no era posible afirmar con certeza la identificación de una huella del señor Burna, en tanto que, en su pregunta, el fiscal lo da como un hecho probado en el caso.

Veamos ahora un ejemplo de pregunta que tergiversa la prueba en la segunda modalidad ya descrita:

- Fiscal: ¿Podría explicarnos por qué estaba su huella digital en el arma encontrada en el sitio del suceso?
- Defensor: ¡¡Objeción!!
- Juez: ¿Base?
- Defensor: No hay ningún antecedente sobre huellas digitales en este caso.
- Juez: Ciertamente señor fiscal, no recuerdo que en este caso se haya mencionado prueba alguna vinculada a acreditar la existencia de huellas digitales.
- Fiscal: Eso es efectivo señor presidente, no hay ninguna.
- Juez: Ha lugar a la objeción. Cambie la pregunta señor fiscal.

En este segundo ejemplo, se puede apreciar que el uso de información en la pregunta que no ha sido objeto de prueba vicia la pregunta y obliga al litigante a reformularla, cambiarla o abandonarla.

En ambos casos de preguntas que tergiversan la prueba, nos parece que es posible realizar una identificación de las mismas con las preguntas capciosas cuando son formuladas en el contraexamen. En efecto, ellas buscan que el testigo declare producto del error que genera la información contenida en la pregunta que no se adecua a la realidad del juicio. En cambio, cuando estas preguntas son formuladas en el examen directo, nos parece que ellas responden a la lógica de las preguntas sugestivas, en cuanto incorporan información inexistente sobre la

cual pautean la declaración del testigo. De esta forma, aún cuando las preguntas que tergiversan la prueba no tienen una regulación expresa en el Código, sí pueden ser objetadas recurriendo a las reglas de capciosidad y sugestividad.

4.6.4 Preguntas compuestas

Suele ocurrir que muchas veces una pregunta en realidad contiene más de una pregunta. En estos casos se habla de preguntas compuestas, es decir, preguntas que incorporan en su contenido varias afirmaciones, cada una de las cuales debe ser objeto de una pregunta independiente. Un ejemplo dejará en claro lo anterior:

P: Y usted fue de vacaciones al Caribe luego de que le notificaron la quiebra...

Si el testigo no ha declarado sobre ninguna porción de esta información en forma previa, el abogado en realidad ha realizado varias preguntas completamente diferentes y autónomas entre sí (primera pregunta: “¿fue usted de vacaciones?”; segunda: “¿fue al Caribe?”; tercera: “¿lo notificaron de la quiebra?”; cuarta: “¿fue de vacaciones después de esa notificación?”). Es por esto mismo que en el caso de las preguntas compuestas lo que se hace en realidad es inducir al testigo en un error, pues por lo general se lo invita a responder a la última pregunta contenida en la frase, pretendiendo que cuando responde lo está haciendo también respecto de todo el resto de la información. En el ejemplo, si el testigo responde “sí” entonces el abogado pretenderá que esa respuesta significa que sí fue de vacaciones, sí fue al Caribe, sí lo notificaron de la quiebra y sí fue después de eso que hizo el viaje; sin embargo, no se dio al testigo la posibilidad de precisar con claridad a qué aspectos de los diversos que fueron preguntados efectivamente la respuesta era “sí”. Esto es lo que precisamente se intenta evitar con las preguntas capciosas, por lo que estimamos que la base legal de objeción de una pregunta compuesta es su potencial capciosidad.

4.6.5 Otras preguntas objetables

El listado precedente es sólo un registro de algunas categorías de preguntas que podrían ser objetadas en el nuevo sistema procesal penal. Este listado no constituye una enumeración cerrada (podrían ser incluidas otras categorías de preguntas), sino que constituyen un catálogo que a modo ilustrativo presenta algunos de los problemas que se producirán en la realización de los juicios y que en definitiva se deberá resolver en la práctica y jurisprudencia que el sistema vaya generando a partir de su funcionamiento. Ya señalamos que a este respecto la experiencia de sistemas comparados con prácticas de litigación más maduras puede ser muy útil para identificar otras áreas problemáticas en la formulación de preguntas que afecten valores relevantes y que, en consecuencia, no debieren ser permitidas en juicio.

5. Aspectos procedimentales en la formulación, resolución y debate de las objeciones

Ya hemos señalado que técnicamente una objeción es un incidente. Debido a que se presenta en el contexto de una audiencia oral, el formato de presentación del incidente-objeción es a través de su manifestación oral en el mismo acto. Esto es algo que regula expresamente el

artículo 290 de nuestro Código, el que no sólo regula la formulación de los incidentes sino que, además, la forma en que deben ser resueltos (*"inmediatamente por parte del tribunal"*).

La "objeción" debe ser planteada tan pronto sea formulada la pregunta impugnada y antes de que comience la respuesta del respectivo testigo o perito. El momento, por tanto, es una fracción de segundo que supone que el abogado esté absolutamente compenetrado con la labor que realiza su contraparte. Por lo mismo, la formulación de "objecciones" resulta una técnica sumamente difícil de adquirir sin una práctica forense intensa.

La fórmula en que debiera plantearse la "objeción" es algo que surgirá directamente de la práctica de abogados y jueces. Sin embargo, hay que tener presente que para que las objeciones tengan algún efecto práctico será necesario que el presidente del tribunal permita al abogado plantear su objeción antes de escuchar la respuesta del testigo. De lo contrario, el daño que se intenta evitar podría estar causado y ser irreparable.

La forma de expresar la objeción debe ser una manifestación oral breve que de cuenta del problema, veamos algunos ejemplos:

- Ejemplo N° 1: Objeción, pregunta capciosa.
Ejemplo N° 2: Señor Presidente, objeción, pregunta sugestiva.
Ejemplo N° 3: Objeción, señoría, pregunta repetitiva.

Al formular la "objeción" se debe tener cuidado de no realizar un discurso, sino solamente manifestar la causal específica que se invoca. A no mucho andar en el sistema, los jueces tendrán más que claro el panorama de las objeciones y les bastarán enunciaciones generales como las de los ejemplos para entender con claridad la objeción concreta y su fundamento. Sólo si el tribunal lo pide, es necesario fundar con mayor precisión el motivo o razón por la cual dicha pregunta o afirmación no está permitida. En esos casos, además, siempre debe darse la posibilidad a la contraparte de señalar su posición sobre el punto. Por ejemplo:

- Defensor: Objeción, tergiversa la prueba.
Juez: ¿En qué sentido específicamente señor abogado?
Defensor: Señor Presidente, ningún testigo ha dicho haber escuchado a mi cliente pronunciar las palabras "te voy a matar". El único testigo que se refirió a eso, la señora Marta, dijo haber visto un gesto, hecho con la mano, al cual ella le asignó una interpretación personal...
Juez: ¿Señor fiscal?
Fiscal: Efectivamente señores magistrados...

Hay que tener presente que en muchas ocasiones la presentación y debate de las objeciones a viva voz en la sala de audiencias del juicio podría frustrar los objetivos que se intentan con su formulación. Así, por ejemplo, si el tribunal me pide que explique la sugestividad de la pregunta podría aportar información al caso que, al ser escuchada por todos, podría permitir al testigo responder sin necesidad de escuchar la pregunta. Por eso mismo, cada vez que un litigante se vea en la necesidad de fundamentar una objeción y crea que esa fundamentación pone en riesgo la posibilidad que la objeción cumpla con sus fines, debe

solicitarle al tribunal presentar sus argumentos acercándose ambas partes al estrado para evitar que terceros, pero especialmente el testigo, conozcan esa información.

Como adelantábamos, una vez formulada la objeción el tribunal podrá resolverla de inmediato (por ejemplo si se trata de una cuestión obvia) o podría dar pie a un debate con la contraparte. Nuestra sugerencia en la respuesta de las objeciones apunta a dos comentarios. El primero es que no es necesario pelear todas las objeciones, particularmente si mi contraparte tiene la razón. Hay muchos casos en que la prudencia aconseja abandonar la pregunta hecha y reformularla de una manera que sea legítima, esto evitará que la declaración pierda dinámica y el tribunal pierda la información que estoy intentando mostrarle. Un segundo comentario es que, en los casos en que “decido pelear” una objeción, tampoco es necesario que ello se traduzca en un largo discurso. La defensa de mi pregunta puede perfectamente hacerse recurriendo a formulas sintéticas similares a los ejemplos dados a propósito de su formulación.

6. La presentación de una objeción también es una decisión estratégica

La dificultad que envuelve el correcto manejo de las objeciones en el juicio no sólo emana del conocimiento técnico de las reglas que la regulan y de la habilidad del abogado para reaccionar en breves segundos frente a una pregunta mal formulada, sino que también de la evaluación casi instantánea que se requiere realizar acerca de la conveniencia de plantear objeciones a las preguntas de la contraparte.

Como todo el resto de las actividades de litigación, las objeciones son esencialmente una decisión estratégica. Esto quiere decir que como litigante objetaré cada vez que una pregunta mal formulada puede dañar mi caso y no cada vez que haya sólo una pregunta mal formulada. Los fines que como litigante persigo con las objeciones no son la depuración técnica o lingüística del debate, sino favorecer las posibilidades de mi caso impidiendo que mi contraparte formule preguntas que lo puedan afectar o alterar. En consecuencia, cuidado con objetar automáticamente, muchas veces, aún cuando la pregunta esté mal formulada, resulta funcional a mi teoría del caso y en ese evento la peor decisión estratégica es impedir que se responda.

Un segundo aspecto que es necesario tener presente desde un punto de vista estratégico se refiere al exceso en la utilización de las objeciones. La experiencia indica que no resulta conveniente sobreutilizar "objeciones", en cuanto pueden generar una predisposición del juzgador en contra del abogado que entorpece el curso del juicio con su utilización excesiva. Probablemente existen pocas cosas más odiosas que un abogado que interrumpe el normal desarrollo de un juicio sin contar con una buena razón para ello. Por lo mismo, el abogado debe ser especialmente cuidadoso en objetar preguntas en situaciones en que realmente se produce un daño al caso y no sólo con el afán de purismo técnico o como una estrategia destinada a sabotear el desempeño de la contraparte. Los jueces, a su turno, deberán también comprender que las objeciones constituyen una manifestación de la contradictoriedad en juicio y que es trabajo de las partes objetar cada vez que estimen que

se está infringiendo las reglas del juego justo. Nuestro punto no es una cuestión aritmética sino estratégica, es decir, que el abogado debe pesar las ventajas y desventajas de objetar una determinada pregunta tomando en consideración no sólo el debate específico sino que también el impacto que su actividad genera en el juicio en su conjunto.

CAPITULO VI:
EL USO DE DECLARACIONES PREVIAS EN
JUICIO

1. Introducción:

Uno de los temas que genera más problemas prácticos para la correcta realización de un juicio oral efectivamente acusatorio se refiere al uso que en él se puede hacer con las declaraciones previas rendidas por un testigo o perito. Es así como existe una tendencia casi irrefrenable de parte de los litigantes que provienen de sistemas inquisitivos de intentar incluir al juicio oral los documentos en los que constan las declaraciones previas, como si fueran esas declaraciones las que el tribunal debiera valorar para adoptar su decisión final en el caso. Nada más alejado de la lógica del juicio oral en un sistema acusatorio.

La regla general de un juicio oral, en un sistema acusatorio, es que la prueba de testigos y peritos consiste en la comparecencia personal del testigo o perito al juicio y su declaración será aquella que se presenta en el mismo juicio oral. Hemos tenido oportunidad de revisar y reiterar en varias ocasiones que dicha regla, además, encuentra reconocimiento normativo en el artículo 329 de nuestro Código Procesal Penal. En consecuencia, la única información que el tribunal puede valorar para efectos de su decisión es la entregada por los testigos y peritos en su declaración personal prestada en el juicio. Toda otra declaración previa prestada por ellos antes del juicio no tiene valor ni puede utilizarse en reemplazo de la declaración personal de los testigos y peritos el día del juicio, salvo algunas excepciones que suele contemplar la legislación comparada en la materia (en nuestro caso reguladas en el artículo 331, aunque debiera todavía discutirse, también, la incorporación de otras situaciones no previstas en dicha norma, y que incorporamos en el capítulo de prueba material).

La razón de esta regla tan fuerte obedece a la necesidad de darle vigencia práctica a dos principios centrales sobre los cuales se estructura el juicio oral en un sistema acusatorio. Ellos son la inmediación y la contradictoriedad. La prueba testimonial introducida por vía de la lectura de declaraciones previas no permite satisfacer ninguno de estos principios. Por cierto, no permite el contacto directo del tribunal con la fuente de información; pero, tampoco permite a la contraparte poder contrastar esas declaraciones previas de forma intensa, tal como lo exige la contradictoriedad del juicio.

Lo anterior no significa que no pueda darse uso alguno a las declaraciones previas en el juicio. El objetivo de este capítulo será analizar qué uso legítimo se les puede dar en el contexto de un sistema oral acusatorio y qué aspectos de litigación son relevantes de considerar para usarlas de manera efectiva. Este uso está consagrados en el art. 332 y tiene dos objetivos básicos: (a) refrescar la memoria del testigo o perito y (b) evidenciar inconsistencias del testigo o perito.

En ambos casos, la declaración previa no se utiliza con el objeto de sustituir la declaración actual del testigo, sino que con el fin de contribuir a que la declaración actual sea completa o con el objeto de entregarles elementos al tribunal para pesar la credibilidad de los testigos o peritos. En consecuencia, en ambos casos, las declaraciones previas no constituyen prueba en el juicio. La prueba sigue siendo la declaración que en el mismo presenta el testigo o perito. La primera idea que queremos destacar, en consecuencia, es que la información que comparece al juicio puede ser inadmisibile en tanto prueba, pero admisible

para otros usos, tales como refrescar la memoria del testigo o demostrar inconsistencia con declaraciones previas. La diferencia entre que una declaración sea utilizable como prueba o sólo para los efectos del art. 332 no es en absoluto baladí: sólo si es admisible como prueba podrá ser utilizada para acreditar la o las proposiciones fácticas que contiene; sí, en cambio, la declaración es utilizada para los efectos del art. 332, la prueba sigue siendo el testimonio, con el impacto en credibilidad –cualquiera su grado- que haya sufrido a resultas de la declaración previa.

Antes de entrar al análisis de estos usos de las declaraciones previas, nos parece necesario mencionar un tercer uso de las declaraciones previas. Este tercer uso puede parecer obvio, pero es indispensable para la litigación en juicios orales. Las declaraciones previas siempre constituyen el material de trabajo básico que permite a los litigantes preparar el examen directo y contraexamen de testigos y peritos. Este es el uso común de tales declaraciones y, como resulta lógico, no encuentra regulación normativa en ningún código. En este sentido, una de las principales justificaciones de los sistemas de registro de las actividades de investigación en las etapas preliminares en los sistemas acusatorios tiene que ver precisamente con permitir, tanto a la parte que registra como a la contraparte, tener material de trabajo sobre el cual preparar sus actividades de litigación en el juicio.

2. ¿Qué constituye una declaración previa?

Lo primero que es necesario despejar, antes de revisar los usos que tienen las declaraciones previas en juicio, es en qué consiste una declaración previa. Una declaración previa es cualquier exteriorización del fuero interno de una persona realizada con anterioridad, y que consten en algún soporte, cualquiera que éste sea. Así, las declaraciones previas pueden haber sido hechas en cualquier momento o ante cualquier instancia, pública o privada: durante una audiencia judicial anterior al juicio, en la etapa de investigación ante la policía o el Ministerio Público, una declaración de impuestos, un cuestionario municipal, o una carta a una tía lejana del testigo, etc. Todas estas manifestaciones son, técnicamente, declaraciones previas. A su turno, ellas pueden estar registradas en papel –como el acta de la audiencia o del interrogatorio del fiscal, pero también los pensamientos que el testigo escribió en el boleto del bus- o bien de cualquier otra manera, como los pensamientos que talló en el banco de la plaza. Por supuesto, no es inocuo, desde el punto de vista de nuestras posibilidades de probar la existencia de dichas declaraciones y su contenido, cuál de estas versiones ellas hayan adoptado, pero esa es otra cuestión: técnicamente, cualquier exteriorización de voluntad del sujeto, como sea que haya quedado registrada, es una declaración previa..

No obstante que, en teoría, todo podría ser considerado declaración previa, nuestro código hace una limitación explícita de qué debemos considerar para estos efectos. Así, el artículo 332 considera básicamente que se pueden ocupar –para los efectos de refrescar la memoria o manifestar inconsistencias- las declaraciones prestadas por el acusado o los testigos ante el juez de garantía o ante el Ministerio Público. Agrega, además, que tratándose de los peritos la declaración previa por excelencia de los mismos es el informe pericial que deben redactar al momento de practicar su pericia.

Un problema que se ha planteado en la interpretación del artículo 332 es si es posible considerar como declaración previa, para los efectos de este mismo, la declaración prestada por el acusado o por un testigo ante la policía. No es oportunidad de detallar el intenso debate que existe sobre la materia ya que ello nos alejaría de los objetivos de estos materiales. Con todo, baste mencionar que las posiciones son básicamente dos.

La primera niega la posibilidad que las declaraciones tomadas por la policía puedan ser usadas para los efectos del artículo 332, invocando precisamente su redacción y la norma general contenida en el artículo 334, que contiene una regla de prohibición para el uso como medio de prueba en juicio oral de los registros de la policía.

Una segunda interpretación señala que sí podrían ocuparse dichas declaraciones previas, particularmente por el hecho que cuando la policía toma declaración al acusado debe hacerlo previa delegación de funciones (bajo responsabilidad) del fiscal, según lo dispone el artículo 91. En ese contexto, se sostiene, debe interpretarse que las declaraciones prestadas por el acusado ante la policía son equivalentes a las tomadas por los fiscales que están expresamente permitidas. Detrás de estas interpretaciones normativas existe un intenso debate político criminal acerca de los valores que se encuentran en juego detrás de cada uno de esas opciones. Como señalamos, nos alejamos de los objetivos de estos materiales si nos detuviéramos a revisar ese debate. Para lo que nos importa en este momento, el litigante debe tener presente que eventualmente podría utilizar las declaraciones prestadas ante la policía con el objeto de refrescar memoria o manifestar inconsistencias, pero para ello deberá realizar algún tipo de ejercicio de argumentación normativa que le permita fundar dicha posibilidad ante el tribunal oral.

3. El uso de declaraciones previas para refrescar la memoria

El primer uso legítimo de declaraciones previas en juicios orales es para refrescar la memoria de un testigo o perito que no recuerda con precisión algún punto específico de su declaración al momento de prestarla en juicio. El Código describe esta hipótesis en el artículo 332 señalando “... *para ayudar la memoria del respectivo acusado o testigo*”. En este caso, lo que se intentará realizar con la declaración previa es que el testigo, con su lectura o revisión, pueda recordar el aspecto específico o “refrescar su memoria”, lo que le permitirá en el juicio prestar una declaración más completa y precisa.

Como se puede apreciar, se trata de una actividad de litigación que fundamentalmente se encuentra al servicio de mejorar la calidad de la información que el testigo o perito incorpora al juicio. El valor que está detrás reposa en la idea de experiencia en el sentido de que la memoria humana tiene limitaciones y que, por lo tanto, es razonable que algunos detalles se olviden o se tornen difusos con el paso del tiempo. Esa es precisamente una gran gracia de la escritura: permitimos registrar información para que perdure en el tiempo. Nótese, entonces, que, allí donde se ha reprochado la escrituración en otras áreas del procedimiento -por ejemplo como método de litigación o como escenario de evaluación de la prueba- ésta resulta en cambio útil y deseable para efectos de registrar experiencias que refrescar meses más tarde la memoria de las personas.

Por lo mismo, refrescar la memoria del testigo es normalmente un actividad “amigable” del abogado para con el testigo, y esa es la razón por la que suele tener lugar en el examen directo.

Con todo, hay que tener cuidado con este uso de las declaraciones previas. No toda duda u olvido merece ser refrescado. El procedimiento para refrescar memoria tiene siempre algún impacto negativo en la credibilidad de un testigo (después de todo, es un reconocimiento explícito de que el testigo no recuerda el punto con precisión, y los jueces no son ningunos ingenuos: están viendo que el testigo está declarando a partir de un registro escrito que le está mostrando el abogado). A veces ese impacto es menor y vale la pena asumirlo por las ganancias que tendrá la información que obtendremos del testigo si este supera las dudas que tiene. Otras veces, en cambio, el impacto negativo es tan alto que no valdrá la pena hacer ningún esfuerzo por refrescar la memoria. Cuánto el la actividad de refrescar la memoria impacta la credibilidad del testimonio está directamente relacionado con cuán razonable es que el testigo no recuerde la información por la que se le está preguntando, dadas las máximas de la experiencia y el sentido común. Veamos algunos ejemplos.

Ejemplo N° 1:

El testigo presencial de un homicidio que ocurrió hace 10 meses no recuerda con precisión la hora de su llegada al sitio del suceso (las 7:15 horas), pero sí es capaz de decir que fue alrededor de las siete. En este caso puede parecer razonable que, producto del paso del tiempo o del propio nerviosismo que genera la declaración en juicio, el testigo tenga problemas en la memoria para precisar con exactitud la hora. En un caso de esta naturaleza pareciera que el costo de refrescar la memoria será bajo para el testigo, ya que con el tiempo transcurrido una duda de ese tipo parece ser algo natural.

Ejemplo N° 2:

En el mismo caso, el testigo olvida el sexo de la víctima que observó sobre la cama sin ropa. Aquí, en cambio, parece tratarse de una porción fundamental de su relato, algo que, aun en un escenario de sentido común, debería ser recordado. En suma, mientras más el testigo no es capaz de declarar sobre porciones de información de este calibre y relevancia, más costos empieza a pagar en credibilidad: de vuelta, todos estamos viendo que lo están haciendo leer, que no recuerda de primera mano, y que no es su memoria lo que estamos escuchando, sino su lectura del papel; en algún momento ello empieza a cobrar todos los costos de calidad de la información escrita, obtenida sin intermediación y sin contradictoriedad; mientras más ocurre esto, más quienes están escuchando empiezan a pensar “si quisiera leer el papel puedo hacerlo solo, no necesito al testigo para que lo recite, aparentemente éste no tiene mucho valor agregado respecto del papel, y habíamos acordado que el papel no es suficientemente confiables...”. Mientras más ocurre esto, entonces, más refrescar la memoria empieza a enfatizar más bien la incompetencia de nuestro propio testigo.

En ambos casos, debe haber una decisión estratégica del litigante en la que se debe pesar los perjuicios que se causan a la credibilidad del testigo con los beneficios o ventajas que se esperan obtener de su testimonio refrescado. No existe una fórmula general para resolver este problema en los casos concretos salvo el decir que cuando los beneficios superen los perjuicios, debiera optarse por refrescar la memoria y viceversa.

Desde el punto de vista del litigante, el uso de las declaraciones previas presenta tres desafíos importantes. El primero se refiere al desarrollo de un procedimiento que permita al litigante anticipar a los jueces que se pretende utilizar la declaración para el fin legítimo de refrescar la memoria, y evitar así objeciones de la contraparte en este primer nivel de admisibilidad; el segundo problema tiene que ver con acreditar suficientemente la declaración previa, de manera de evitar objeciones a este segundo nivel de admisibilidad. Estas primera dos cuestiones son más bien procesales (problemas de admisibilidad). La tercera cuestión tiene que ver con darle un uso efectivo a la declaración previa, esto es, refrescar efectivamente la memoria y hacerlo con el menor costo posible.

Estas dificultades hacen conveniente que el litigante internalice un procedimiento estándar para su utilización cada vez que se enfrente a una situación en la que sea necesario refrescar la memoria de un testigo. De esta forma, el litigante se evita tener que pensar cómo y qué debe hacer en el caso concreto, perdiendo valiosos segundos en el juicio oral y, probablemente, perdiendo el punto y oportunidad en la que era urgente intervenir.

A continuación, sugerimos un procedimiento para refrescar la memoria del testigo utilizando declaraciones previas que consta de tres pasos. No se trata de un procedimiento contemplado en la ley ni que sea obligatorio para los litigantes. Constituye simplemente una sugerencia para simplificar la labor de litigio en juicio y no incurrir en errores que puedan impedir la admisibilidad de la declaración previa para refrescar efectivamente la memoria de un testigo cuando sea necesario.

Paso 1: Generar el escenario de duda y dar cuenta de la existencia de la declaración previa.

Para entrar al mundo del uso de declaraciones previas para refrescar memoria, lo primero que tiene que haber es un escenario en donde un testigo necesite que su memoria sea refrescada. A esto le llamamos el escenario de duda.

El escenario de duda se genera cuando el testigo o el perito no puede recordar con precisión o tiene dudas sobre un punto específico que se le pregunta (normalmente en el examen directo, según hemos visto). Aquí es necesario detenernos y enfatizar que debe existir una legítima duda del testigo o perito y no tratarse de un defecto de litigación, es decir, de un caso en donde el testigo o perito no responde debido a que no entiende que se le pregunta o porque derechamente la pregunta está mal formulada. El litigante debe tener cuidado en este punto. No es poco común que abogados con poca experiencia en litigación recurran al instrumento de refrescar la memoria simplemente porque el testigo no responde lo que ellos esperan, y que esto ocurra no porque el testigo no recuerde, sino porque las preguntas están mal hechas. Los jueces deben estar alerta a esto también: se trata de una herramienta que

introduce información escriturada, obtenida sin intermediación ni contradictoriedad y, en esa medida, algo que debería siempre poner nerviosos a los jueces. En consecuencia, estos no deberían permitir que la posibilidad de utilizar declaraciones previas para refrescar la memoria se transforme en una muleta para subvencionar malos litigantes; Desde el punto de vista del litigante, a su turno, ya vimos que este procedimiento siempre tiene costos por el potencial impacto en la credibilidad del testigo. Por lo mismo, el abogado debe estar seguro que está genuinamente en un escenario de duda y no en un problema de comunicación puro y simple con el testigo.

Desde luego, este escenario de duda queda claro cada vez que el testigo responde derechamente “no recuerdo”, o cualquier equivalente funcional (“no sabría decirle con precisión”; “no recuerdo las palabras exactas”, etc.). Sin embargo, no siempre el escenario va a ser tan explícito. En ocasiones el testigo simplemente se va a equivocar y va a decir algo inconsistente, no por estar siendo inconsistente, sino por responder algo que en verdad no recuerda. En otras ocasiones, en fin, simplemente va a omitir información que, el litigante sabe, el testigo posee.

En cualquiera de estos tres casos, no corran: asegúrense primero de que realmente no pueden obtener la información por simple examen directo.

Si realmente lo que se necesita es refrescar la memoria, la pregunta “le refrescaría la memoria ver... (la declaración previa)” sitúa a los jueces en el propósito del ejercicio. Esto, por supuesto, después de haberle preguntado por la existencia de dicha declaración, según explicamos a continuación (todo esto antes siquiera de haber levantado la declaración del escritorio).

Generado el escenario de duda, el litigante debe comenzar a ofrecer la salida para superarla. Esta salida comenzará con alguna frase del estilo “¿pero recuerda haber prestado una declaración ante el Ministerio Público en este caso?”. Esta pregunta va a dar pie para que el testigo acepte el puente de plata que el abogado le está ofreciendo y luego, en el segundo paso, introducir la declaración previa para refrescar la memoria. Veamos con un ejemplo el desarrollo de este primer paso:

- P: Señor Martínez ¿Podría decimos a qué hora llego a la casa de su hermano?
R: Sí, fue alrededor de las 7 de la tarde.
P: ¿Recuerda con precisión la hora exacta en la que llegó?
R: Bueno, como le digo alrededor de la 7 de la tarde, pero con precisión no recuerdo exactamente el minuto preciso (queda de manifiesto una duda o falta de memoria sobre un punto específico)
P: Señor Martínez, ¿recuerda usted haber prestado una declaración ante la fiscalía en este caso con anterioridad al desarrollo de este juicio? (se da a conocer la existencia de una declaración previa)
R: Sí, claro, al día siguiente en que se cometió el delito concurrí ante la fiscalía a prestar declaración sobre los hechos que presencié (testigo reconoce la existencia de esa declaración previa)

- P: Le refrescaría la memoria (le ayudaría a recordar mejor; le permitiría recordar con precisión, etc., etc., etc.) si le exhibiera esa declaración y usted pudiera examinarla con cuidado (se manifiesta que esa declaración puede ser utilizada para refrescar la memoria del testigo)
- R: Sí, claro..... (el testigo acepta el ofrecimiento del abogado)

Como se puede observar en el ejemplo, el testigo es incapaz de precisar con exactitud la hora de llegada a la casa de su hermano, lo que constituye un aspecto relevante de su testimonio para la teoría del caso de quien lo presenta. Frente a la imposibilidad de precisar ese aspecto, y sabiendo el abogado que este testigo declaró con anterioridad con precisión esa hora, le ofrece la oportunidad de revisar dicha declaración para prestar una declaración más completa. Por eso mismo hace reconocer al testigo que hay una falla de memoria respecto del punto. Frente a esta falla de memoria, entramos al mundo de las declaraciones previas para refrescar memoria y, en ese escenario, lo que hará el litigante es dar cuenta de la existencia de una declaración previa y ofrecerla al testigo para ayudar a superar la duda que tiene en ese momento.

Antes de pasar al segundo paso, es necesario hacerse cargo de un problema de interpretación que se ha generado en algunos tribunales de juicio oral en nuestro país. Como hemos visto, poder refrescar la memoria en forma efectiva supone que el litigante pueda iniciar tal actividad en el momento en que se genera la duda o en el que la declaración del testigo o perito requiere ser refrescada. En este contexto, un problema es que algunos jueces han interpretado la primera frase del artículo 332 (*"Sólo una vez que el acusado o testigo hubieren prestado declaración, se podrá leer en el interrogatorio parte o partes de sus declaraciones anteriores..."*) como una norma que sólo habilita a realizar el ejercicio de refrescar memoria al finalizar la declaración "completa del testigo". Es decir, si el problema se presenta en un examen directo, solo al concluir el relato de todo el examen directo podría utilizarse el mecanismo de leer declaraciones previas para que el testigo precise información. Creemos que desde un punto de vista dogmático, pero sobre todo desde la lógica de la litigación, es una interpretación errada. Ello dificulta seriamente la posibilidad de utilizar con mínima efectividad el mecanismo del artículo 332, sin que pareciera existir alguna razón de fondo para proceder de esa forma. Nosotros entendemos que el artículo 332 quiere decir "una vez finalizada la porción de la declaración que requiere ser refrescada" o, en nuestra terminología, "una vez que el litigante ha creado el escenario de duda" puede hacer uso del artículo 332. Creemos que esta interpretación es dogmáticamente correcta y, como adelantamos, más satisfactoria desde la perspectiva de resguardar una litigación adversarial que permita a los abogados realizar un ejercicio profesional riguroso.

Paso 2: Exhibición y reconocimiento de la declaración previa.

Una vez que el testigo ha aceptado la ayuda de memoria, se procede a exhibirle la declaración para que la reconozca como aquélla que efectivamente prestó en el caso en concreto. Es importante destacar que el propio testigo debe reconocer la declaración y no el abogado por vía sugestiva mencionarle de qué se trata. Además, debe siempre cuidarse que la contraparte tenga la posibilidad de cerciorarse de que el documento que está a punto de

mostrarle sea, efectivamente, aquello que supuestamente debiera ser: la declaración previa del testigo (y no, por ejemplo, un “torpedo” que le “sopla” la respuesta). El reconocimiento se hace necesario ya que el tribunal debe ser muy cuidadoso respecto de que no cualquier cosa le sea exhibida al testigo. Es por ello que si el testigo no está en condiciones de reconocer la declaración previa como propia, no se puede autorizar el uso de este mecanismo. A este respecto, entonces, rige la misma lógica -y por ende las mismas exigencias de acreditación- que tratamos a propósito de la prueba material.

Una vez que la declaración ha sido exhibida al testigo y éste la ha reconocido, estamos en condiciones de pasar al tercer paso de este procedimiento. Antes de pasar a él, sigamos con el ejemplo anterior para ver cómo se desarrollaría el segundo paso.

- P: ¿Le refrescaría la memoria (le ayudaría a recordar mejor; le permitiría recordar con precisión, etc., etc., etc.) examinar esa declaración? (se manifiesta que esa declaración puede ser utilizada para refrescar la memoria del testigo).
- R: Si, claro, sería de gran utilidad (el testigo acepta el ofrecimiento del abogado)
- P: (Mientras el abogado ha realizado estas preguntas, ha tomado la declaración previa y se la ha exhibido a la contraparte antes de formular su pregunta) Señor Martínez ¿Nos podría decir qué es esto que le exhibo en este momento?
- R: Bueno, se trata de la declaración que presté ante el Ministerio Público.
- P: ¿Cómo sabe que se trata de dicha declaración?
- R: Debido a que al final de la hoja está mi firma, la fecha corresponde también a la del día en que fui al Ministerio Público.

Como se puede observar, el testigo debe reconocer el documento como su declaración previa, para lo cual normalmente deberá dar alguna justificación. En el ejemplo, la justificación es que el testigo reconoce su firma al final del documento y, además, este tiene la misma fecha en la que él recuerda haber prestado la declaración. Sin embargo, estos elementos son ofrecidos de manera nada más ilustrativa, pues en el caso de la utilización de declaraciones previas para refrescar la memoria, la exigencia de acreditación debería satisfacerse de manera bastante fácil, porque es fundamentalmente el testigo diciendo “esta es mi declaración, esto fue lo que yo dije”. Si el testigo dice eso, haya o no firma, haya o no fecha, la exigencia de admisibilidad parece quedar satisfecha. La cuestión de la falta de firma o de fecha, por supuesto, puede perfectamente ser materia de contraexamen a nivel de la credibilidad.

El reconocimiento y las razones del mismo, entonces, no deberían ser problemáticas cuando estamos en el escenario de refrescar la memoria. Recordemos que normalmente estaremos en el examen directo y que este procedimiento es “amistoso”, es decir, está destinado a ayudar al testigo a precisar sus declaraciones ante el tribunal. Por lo mismo, la hipótesis normal será que el testigo estará tremendamente dispuesto a contribuir en el mismo.

Paso 3: Lectura y declaración actual refrescada

Una vez realizados los pasos anteriores estamos en condiciones de utilizar la declaración previa para que el testigo o perito pueda recordar aquél punto de su declaración que generó

el escenario de duda. ¿Cómo se utiliza? Se solicita al testigo que lea en silencio (para sí) aquella porción de la declaración previa relevante al punto (la que normalmente debe haber sido marcada por el abogado para que el testigo la identifique en forma rápida y sin problemas).

La razón de la lectura en silencio obedece a que la declaración previa, como hemos dicho, no puede ser valorada por el tribunal ya que no se trata de una declaración en juicio. Por lo mismo, lo que esperamos es que el testigo, sobre la base de su memoria refrescada por la lectura, sea capaz en el juicio de ofrecer testimonio sobre la pregunta realizada. Por eso, una vez que concluye su lectura le pedimos la declaración de vuelta y repetimos la pregunta original que dio lugar al escenario de duda. Aquí el testigo tendrá oportunidad de responder a viva voz con información que sí constituye prueba -testimonio, con cualquiera que sea el impacto en credibilidad generado por el hecho de haber tenido que refrescar la memoria- y que, en consecuencia, puede ser valorada por el tribunal para la decisión final del caso.

Continuemos con el ejemplo para ver como concluiría:

- P: Señor Martínez ¿Podría leer en silencio por favor el párrafo marcado con lápiz rojo de su declaración? (abogado le indica además el párrafo)
- R: Sí.
- P: (dejando pasar un plazo prudente) Señor Martínez, ¿leyó el párrafo?
- R: Sí.
- P: ¿Recuerda con precisión la hora exacta en la que llegó?
- R: Sí, claro, ahora sí le puedo precisar, llegué a las 7:15 horas a la casa de mi hermano, lo que pasa es que estaba un poco nervioso, pero ahora recuerdo con claridad, eran las 7:15 horas.

En el ejemplo, se puede observar cómo todo el procedimiento está destinado a obtener una declaración del testigo en juicio sobre el tema y no a introducir información de las declaraciones previas. Obtenida la información en juicio, estamos en condiciones de continuar el examen directo y pasar a nuestro punto siguiente.

Aunque el proceso presentado por partes, tal como lo hemos hechos para efectos pedagógicos, pueda parecer engorroso o complicado, en realidad es breve y fluido en manos de un litigante con experiencia. Aquí va el ejercicio de corrido:

- P: Señor Martínez ¿Podría decirnos a qué hora llego a la casa de su hermano?
- R: Si, fue alrededor de las 7 de la tarde.
- P: ¿Recuerda con precisión la hora exacta en la que llegó?
- R: Bueno, como le digo alrededor de la 7 de la tarde, pero con precisión no recuerdo exactamente el minuto preciso...
- P: Señor Martínez, ¿recuerda usted haber prestado una declaración ante la fiscalía en este caso con anterioridad al desarrollo de este juicio?
- R: Sí, claro, al día siguiente en que se cometió el delito concurrí ante la fiscalía a prestar declaración sobre los hechos que presencié...
- P: ¿Le ayudaría a recordar mejor si le exhibiera esa declaración?

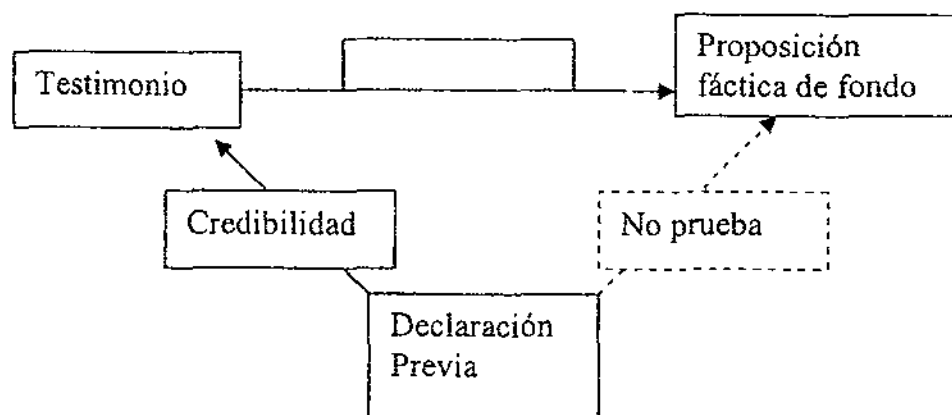
- R: Sí, claro.....
- P: Señor Martínez ¿Nos podría decir qué es esto que le exhibo en este momento?
- R: Bueno, se trata de la declaración que presté ante el Ministerio Público.
- P: ¿Cómo sabe que se trata de dicha declaración?
- R: Debido a que al final de la hoja está mi firma, la fecha corresponde también a la del día en que fui al Ministerio Público.
- P: Señor Martínez ¿Podría leer en silencio por favor el párrafo marcado con lápiz rojo de su declaración?
- R: Sí.
- P: Señor Martínez, ¿leyó el párrafo?
- R: Sí.
- P: ¿Nos podría decir ahora la hora exacta en la que llegó?
- R: Sí, claro, ahora sí le puedo precisar, llegué a las 7:15 horas a la casa de mi hermano, lo que pasa es que estaba un poco nervioso, pero ahora recuerdo con claridad, eran las 7:15 horas.

4. El uso de las declaraciones previas para manifestar inconsistencias

Una segunda finalidad legítima en la que las declaraciones previas pueden ser utilizadas es con el objetivo de manifestar inconsistencias del testigo entre sus declaraciones actuales –prestadas en el estrado- y las previas. El artículo 332 del Código describe la hipótesis de la siguiente forma “... para demostrar o superar contradicciones...”.

Se trata de un objetivo mucho más adversarial que el anterior. En el fondo, lo que se intenta es desacreditar al testigo debido a que se trataría de una persona que cambia sus versiones sobre los hechos, lo que impacta su credibilidad. En consecuencia, esta segunda versión del uso de declaraciones previas normalmente se utilizará en el contraexamen como una de las estrategias de desacreditación de los testigos de la contraparte. Vale la pena repetir nuevamente que a través de este mecanismo no se pretende introducir la declaración previa inconsistente como prueba sobre el fondo del asunto, sino simplemente aportar al juicio un elemento que pueda permitir pesar mejor la credibilidad de las declaraciones actuales del testigo respectivo.

El siguiente diagrama ilustra la diferencia:



El diagrama pretende ilustrar que las afirmaciones contenidas en la declaración previa no constituyen prueba en el juicio y, por lo tanto, no pueden ser utilizadas para tener por acreditadas las proposiciones fácticas que la declaración contiene, salvo que dichas afirmaciones sean realizadas por el testigo en el juicio. De lo contrario, la declaración previa sólo puede ser utilizada para evaluar la credibilidad del testimonio.

Supongamos, por ejemplo, que el testigo afirma en el estrado que nunca fue a la casa de la víctima el día de los hechos. Supongamos que el contraexaminador tiene en su poder una declaración previa en la que dice “pasé brevemente por la casa de la víctima como a las nueve”. Pues bien, una vez manifestada la inconsistencia, el contraexaminador sólo puede argumentar -y el tribunal recoger- que “el testigo no es creíble cuando, hoy, en el juicio, dice no haber ido nunca a la casa de la víctima”. Pero el tribunal no puede, sobre la base de la declaración previa, dar por acreditado que “el testigo pasó ese día por la casa de la víctima a las nueve”; no hay prueba para dicha proposición fáctica y la declaración previa no puede ser considerada como tal. Si el contraexaminador o el tribunal desean dar por acreditada dicha proposición fáctica, necesitan echar mano de genuina prueba, válidamente incorporada al juicio.

Al igual que tratándose de los casos de refresco de memoria, hay que tener cuidado con el uso de este mecanismo. Se trata de una herramienta muy poderosa de desacreditación en la medida en que las inconsistencias en las declaraciones del testigo sean genuinas inconsistencias y recaigan sobre aspectos relevantes. Es común observar que frente a cualquier inconsistencia, por menor que sea, los abogados tienen la tendencia a invocar las declaraciones previas y saltar al cuello del testigo con una actitud de “con esto destruyo al tonto”. Y con igual frecuencia, observamos que el cuadro del abogado haciendo esto, en un contexto de libre valoración, no produce ni remotamente ese efecto. Muchas veces, al contrario, al impresión que se apodera de uno es que es el abogado el que pierde credibilidad profesional al pretender que restemos credibilidad a un testigo por lo que no son más que variaciones naturales o insignificantes de un relato en general consistente, como la experiencia y el sentido común nos dicen suele ocurrir incluso entre aquellos que dicen la verdad. Lo que uno adivina en esta actitud, en cambio, es todavía el resabio de los formalismos propios de la prueba legal o tasada: la idea de que cualquier error o alteración “formal” tiene la capacidad de “anular” el acto (el testimonio). En un sistema de libre valoración, en cambio, esto no es así en absoluto: la única pregunta relevante para los jueces es si en verdad creen que el testigo esté mintiendo por este cambio de versión, o si creen dicho cambio no alcanza a restar solidez a su testimonio. Entonces, sólo en aquellos casos en donde las declaraciones actuales cambien en forma importante la versión de los hechos o en una porción de los mismos que es relevante, este mecanismo será efectivo. En el resto de los casos es mejor utilizar otras herramientas del contraexamen y no perder el tiempo demostrándole al tribunal cuestiones irrelevantes para el juzgamiento final del caso. El procedimiento para manifestar inconsistencias constituye una promesa muy fuerte al tribunal de que algo serio ha ocurrido. La mejor forma de defraudarlo es ocuparlo para inconsistencias irrelevantes.

La utilización de las declaraciones previas inconsistentes de un testigo al que contraexaminamos se encuentra con los mismos tres desafíos que mencionábamos a propósito de refrescar la memoria: generar el escenario de inconsistencia, acreditar la declaración previa, y utilizarla efectivamente. También aquí, entonces, ofrecemos un procedimiento que a nuestro juicio se hace cargo de estos desafíos y que, de nuevo, no se trata de un procedimiento normativamente regulado sino de una sugerencia que permita al litigante actuar de manera efectiva cuando se enfrente a situaciones de este tipo. Por lo mismo, cada litigante puede hacer variaciones, cambios o adaptaciones al mismo. Lo importante de retener es la necesidad de contar con un procedimiento que permita no enredar el juicio por defectos de litigación. Aquí va nuestra sugerencia:

Paso 1: Fijar la declaración actual inconsistente

El primer paso que hay que seguir es fijar la declaración actual inconsistente. Es decir, debemos pedir al testigo que fije exactamente cuál es su testimonio (ese por el cual lo pretendemos desacreditar). De esta forma fijamos ante el tribunal cuál es exactamente la declaración actual del testigo, sin darle oportunidad para que se escude luego en afirmaciones del tipo “eso no fue exactamente lo que dije” o “aunque dije eso, usted no lo entendió exactamente en el sentido que yo lo dije” (“ahora que usted me muestra una declaración previa mía que es inconsistente con lo que acabo de decir, déjeme inventar un nuevo sentido a lo que dije para que usted no le vaya a sugerir al tribunal que yo estoy mintiendo...”). El evidenciar la inconsistencia con una declaración previa es una “trampa” (una trampa legítima) que le hemos tendido al testigo o al perito, y, antes de dejarla caer, la puerta, queremos cerrar todas las ventanas por las cuales se pueda escapar. La primera ventana que debe clausurarse es que el testigo o perito luego desconozca haber dicho en el juicio lo que el litigante cree haber entendido.

Un ejemplo nos permitirá aclarar este punto:

- P: ¿Y dice que la persona a quien usted vio forzando a la Sra. Martita tenía un tatuaje en la espalda?
- R: Así es.
- P: ¿De qué tamaño era?
- R: Era grande, como del porte de mi mano, más o menos....
- P: ¿Qué porción de la espalda más o menos cubría?
- R: Como un cuarto de la espalda....
- P: ¿Y recuerda cuál era el motivo del tatuaje?
- R: Era algo así como un pájaro en llamas.
- P: ¿Es posible que esté confundido, y que no haya sido esa persona la que tenía el tatuaje?
- R: No, recuerdo perfectamente que era él.

A estas alturas, entonces, el testimonio del testigo respecto del tatuaje está más que fijo, de manera bastante específica y difícilmente podría ser negado o relativizado en los puntos que el juzgador acaba de oír.

Paso 2: Rodear de condiciones de legitimidad a la declaración anterior

Una vez que fijamos con precisión el contenido de la declaración actual, surge la necesidad de trabajar sobre las condiciones de credibilidad de la declaración previa, aquella que queremos contrastar con el testimonio actual. Esta es la segunda ventana de escape que debemos cerrar: evitar que el testigo salga con algo así como: “no es que esté siendo inconsistente, lo que pasa es que yo nunca dije eso que usted dice que dije” (en verdad lo escribió la policía, lo escribió el fiscal, me dijeron que firmara un papel en blanco, jamás me dejaron leer lo que firmé, etc.); o bien con algo así como: “en verdad usted está malinterpretando mis palabras, porque lo que yo quise decir no es inconsistente con lo que acabo de afirmar... déjeme inventarle una interpretación compatible...” Para cerrar esta ventana de escape, lo que hacemos es destacar precisamente todas las condiciones que hacen que esa declaración previa da cuenta con fidelidad lo que el testigo quiso decir en ese momento. Algunos de los factores que típicamente juegan en este sentido, por ejemplo, son: fue más cercana en el tiempo a los hechos, que fue emitida bajo juramento, que fue voluntaria, que fue prestada con el objetivo de contribuir con la persecución penal, que el abogado defensor estaba presente si es el caso, que de hecho la pudo leer y la firmó; en fin, todos los detalles que la asientan como una declaración confiable en el sentido de que el testigo dijo lo que dijo, y que lo dijo pretendiendo decirlo. En consecuencia, no se trata, en ningún caso de que la declaración previa -dada fuera del juicio oral- pueda ser admitida en sí como prueba, sino de cerrar el paso a que el testigo pueda decir “no es que tenga versiones inconsistentes, lo que pasa es que, en verdad, ese registro que usted tiene en la mano no da cuenta de una versión que yo haya emitido jamás.

Continuemos con nuestro ejemplo para ver como se ejecuta este segundo paso:

- P: Señor testigo, ¿recuerda haber sido interrogado por la policía un par de días después del crimen?
- R: Sí, así es.
- P: Y usted sabía que esos policías estaban tratando de dar con el paradero del violador de la Sra. Martita ¿verdad?
- R: Por supuesto.
- P: ¿Y usted quería que la policía hiciera justicia en este caso?
- R: Claro, quería que agarraran al degenerado...
- P: Y por eso, cuando la policía lo entrevistó, usted se esforzó por darle todos los detalles que recordaba sobre lo sucedido.
- R: Sí.
- P: ¿Le dijeron ellos que todo detalle, por insignificante que pareciera, podría ayudar?
- R: Sí, me parece que sí.
- P: Y usted se esforzó por recordar todo lo que pudiera, ¿no es así?
- R: En efecto.
- P: Y de hecho, tenía los detalles bastante frescos a esas alturas...
- R: Bueno, podría decirse...
- P: Pero ciertamente los tenía más frescos dos días después de los hechos, que hoy, diez meses después ¿no?
- R: Claro, pero ahora recuerdo todo muy bien también...
- P: Y cuando terminó de declarar, ¿firmó una transcripción de dicha declaración?

- R: Sí.
- P: Y supongo que la leyó antes de firmarla ¿verdad?
- R: No sé, no lo recuerdo con precisión...
- P: Bueno, Sr. testigo, ¿recuerda usted que lo hayan hecho firmar algún documento que lo le hayan permitido leer?
- R: No, no me acuerdo de nada semejante
- P: Y usted nos dijo que quería que “agarraran al degenerado”...
- R: Sí
- P: Y esa es la razón por la que tenía especial interés en que la policía hubiera recogido todo lo que usted les había dicho... ¿no le interesaba asegurarse de esto, señor?
- R: En efecto.
- P: Déjeme preguntarle de nuevo, entonces, dado que está su firma puesta al pie de esta declaración, ¿la leyó antes de firmarla...?
- R: Sí, lo hice.
- P: Y la firmó porque la transcripción reflejaba exactamente lo que usted les había dicho, ¿no es verdad?
- R: Supongo...
- P: Bueno, ¿no le dijeron los policías y el fiscal que si la transcripción no reflejaba exactamente lo que usted les había dicho, que se los hiciera saber?...
- R: Sí, me lo dijeron.
- P: Sin embargo, cuando usted leyó la transcripción no les hizo saber de ninguna imprecisión... ¿verdad que no?
- R: No
- P: Simplemente la firmó...
- R: Sí
- P: Porque la transcripción, de hecho reflejaba lo que usted le había dicho a los policías...
- R: Sí

Como se puede apreciar, en este caso las circunstancias que rodean de legitimidad a la declaración prestada ante la policía es precisamente la intención -declarada por el mismo testigo- de colaborar lo más posible y esforzarse por aportar detalles a la investigación. A eso se debe agregar la proximidad en el tiempo respecto de los hechos y el hecho de que la firmó, habiéndosele dicho expresamente que acusara las impresiones o incompletitudes que el acta pudiera tener.

Paso 3: acreditamos el documento

Hasta el momento, nuestras preguntas al testigo han producido sólo testimonio respecto de la declaración previa prestada. No hemos utilizado todavía “el papel”, tal vez ni siquiera lo hemos tomado todavía de la mesa. Hasta el momento, además, los jueces sospechan que hay una inconsistencia con declaraciones previas, pero no se han enterado todavía cuál es y en qué consiste exactamente. Para mostrar esta inconsistencia a los jueces, el recurso más adversarial es leer la parte de la declaración previa inconsistente con el testimonio actual.²¹

²¹ Por supuesto, siempre puedo obtener del propio testimonio en contraexamen que el propio testigo declare acerca de haber dicho antes cosas inconsistentes con su actual testimonio; si puedo hacer eso, tanto mejor, pues es derechamente

Para leer la declaración previa, sin embargo, debemos “acreditar” el documento en que están contenidas, exactamente igual que como explicamos a propósito de la prueba material. Es decir, debemos salvar la cuestión de “por qué tenemos que confiar que eso que tiene en la mano es la declaración previa del testigo, simplemente porque usted lo dice...”. La dinámica, entonces, es la misma: que el testigo reconozca el documento y que dé razones de dicho reconocimiento (que, tratándose de declaraciones propias, se satisface con que el testigo diga cualquier cosa en la sintonía de “esta es mi declaración, esto fue lo que yo dije”).

El paso 3 (construir la legitimidad o la integridad de la declaración previa) y el paso 4 (acreditar el origen del documento) apuntan a objetivos distintos, aunque con frecuencia se entremezclan, comparten algunas preguntas, o se enrocan. En ocasiones acreditamos primero el origen del acta concreta y luego vamos sobre las condiciones en que fue obtenida, en ocasiones lo hacemos al revés, en ocasiones, en fin, entremezclamos ambos temas.

Paso 4: Obtenemos la declaración previa inconsistente

Una vez dados los pasos anteriores, estamos en condiciones de manifestar la inconsistencia. ¿Cómo se hace? Se lee, esta vez en voz alta, aquella porción de la declaración que resulta inconsistente con su declaración actual. Podemos hacer que la lea el propio testigo, o la puede leer el abogado, lo mismo da. Al igual que en el caso de refresco de la memoria, será conveniente que el abogado litigante previamente marque aquella porción de la declaración para que el testigo la lea sin equivocarse.

La lectura en voz alta se explica por el hecho de que, precisamente, se quiere con este procedimiento poner en evidencia ante el tribunal que ha habido en el caso un cambio de versiones. Es decir, que declaraciones anteriores prestadas por el testigo en condiciones equivalentes de credibilidad que las actuales tienen un contenido diferente a las declaraciones prestadas por él mismo en el juicio (según ya mencionábamos: el testigo X es un mentiroso, mire como cambia de versiones a cada rato, no obstante cada vez que ha declarado ha pretendido decir la verdad sobre lo que sabía).

Continuemos con el ejemplo que hemos venido analizando para ver cómo se desarrollaría la ejecución de este tercer paso:

- P: Señor testigo, le voy a mostrar un documento. Le voy a pedir que lo mire con atención y que me diga si lo reconoce.
- R: Sí, señor. Es la declaración que me tomaron los policías cuando me interrogaron.
- P: ¿Es ésta la declaración de la que hablábamos recién, en la que usted se esforzó por recordar detalles útiles, sólo dos días después de cometido el delito?

testimonio y, en tanto tal, valorable. Pero en ese caso ya no estamos en el mundo del art. 332. El art. 332 –la utilización de declaraciones previas para demostrar inconsistencia con declaraciones previas entra a jugar precisamente cuando el testigo –hostil a nuestro caso– no está dispuesto a ofrecer su testimonio en este sentido.

- R: Sí.
- P: ¿Cómo sabe que se trata de su declaración?
- R: Bueno, aquí está mi firma que yo le dije había estampado una vez concluida y leída la declaración.
- P: ¿Podría por favor leerle al tribunal la parte de ella en que aparece mencionada la palabra “tatuaje”?
- R: Bueno... no está señor.
- P: ¿Ni una sola mención a un tatuaje?
- R: Bueno, lo que pasa es que...
- P: Señor testigo, ya habrá oportunidad de que nos explique qué es lo que pasa. De momento lo que quisiera que le dijera al tribunal es si aparece en esa declaración, en alguna parte, la palabra “tatuaje”.
- R: No, señor, en ninguna...

Lo que el abogado debe hacer en este paso es simplemente evidenciar la inconsistencia ante el tribunal. Nada de ponerse a discutir con el testigo sobre explicaciones o conclusiones, ya habrá tiempo para eso en el alegato final. Aquí es donde los abogados suelen verse particularmente tentados por la pregunta de más. Suele no bastarles con haber evidenciado suficientemente la inconsistencia y no se aguantan hasta el alegato final para argumentar de qué manera este testigo no debe ser tomado en cuenta. Hay que evitar esa tentación a toda costa. Evidenciar la inconsistencia es todo lo que necesitamos para seguir construyendo el alegato final. Será en ese alegato final cuando haremos ver al juzgador de qué manera este testigo -que hoy declara con tanta seguridad haber visto entonces el tatuaje de nuestro cliente- no dijo nada sobre un detalle tan importante al momento en que la policía le tomó declaración, sólo dos días después de los hechos. Ello invitará al juzgador a dudar poderosamente que el testigo haya visto realmente tal tatuaje en la escena del delito.

El ejemplo da cuenta de un caso negativo, es decir, en el que la declaración anterior no decía nada sobre el tatuaje. Pero podría tratarse de un caso en que la declaración anterior contiene información positiva que es inconsistente (por ejemplo, que en la declaración previa haya dicho que el motivo del tatuaje era el de unos ángeles bailando tango). En esos casos la lectura a viva voz será el mecanismo idóneo para dar cuenta de la inconsistencia. Por ejemplo, si en la declaración previa sostuvo que se trataba de un lugar oscuro y ahora nos viene a decir en juicio que se trata de un lugar con perfecta luminosidad. Lo que le haremos leer en voz alta es aquella porción de la declaración previa en la cual señala que se trataba de un lugar oscuro.

Según hemos podido apreciar en los ejemplos, al igual que en el procedimiento para refrescar memoria, la efectividad en la manifestación de la inconsistencia depende de que ella pueda ser realizada en el momento en que se produce una declaración actual inconsistente con la declaración previa. Por lo mismo, valga nuestro argumento de cómo debe interpretarse la primera frase del artículo 332 expresado a propósito del procedimiento para refrescar la memoria

CAPÍTULO VII

PRUEBA MATERIAL

(OBJETOS Y DOCUMENTOS)

1. Introducción

Hasta aquí hemos revisado qué hacer con los testigos -legos o expertos-, quienes constituyen la principal fuente de información y de prueba en un juicio oral.

No obstante, la información puede provenir también de otras fuentes probatorias, constituidas fundamentalmente por objetos y documentos; por 'cosas' que se exhiben en el juicio oral. Tal es el caso, por ejemplo, del arma homicida, la ropa ensangrentada de la víctima, el contrato a través del cual se consumó la estafa o el video de seguridad del banco en que quedó grabado el asalto. Hoy día, como nunca tal vez en la historia, las sociedades modernas se caracterizan por tener una cultura eminentemente audiovisual, es decir, en donde las representaciones en imágenes, gráficos, películas, videos, entre otras, forman parte de nuestra vida cotidiana y son una de las principales formas de acceso a la información, educación y diversión. Esta es la razón por la cual la introducción de documentos y objetos como prueba en el juicio debiera ocupar una parte importante del desarrollo de las audiencias orales y éstos debieran constituir elementos probatorios muy relevantes en el peso final de la evidencia que realicen los juzgadores al momento de decidir.

En múltiples ocasiones ver una imagen o escuchar un sonido resulta clave para comprender una historia, aún cuando nuestro relator sea claro y ameno. Esto, que forma parte de nuestra intuición más elemental en la vida cotidiana, también inunda la realidad del juicio. Así, en el desarrollo de una audiencia, una imagen o un sonido puede ser más decidor para los jueces que la declaración de muchos testigos competentes al momento de resolver un caso. De otra parte, ver el arma homicida puede, en muchas otras ocasiones, permitirnos apreciar más claramente las características de un delito que la opinión de un experto que nos cuenta sobre ellas de una manera abstracta. Un mapa de la intersección donde ocurrió el accidente puede ser más útil para nuestro caso y para la comprensión de los juzgadores que citar al jefe de tránsito de la respectiva municipalidad. De ahí entonces la importancia de este tipo de pruebas en el juicio oral y, por lo mismo, lo necesario que resulta desarrollar una teoría un poco más acabada acerca de un procedimiento para su introducción como prueba en las audiencias. A este tipo de prueba la llamaremos 'prueba material'.

¿Qué tienen en común todas estas pruebas como para que merezcan ser agrupadas en una misma categoría? ¿Qué tienen en común el arma homicida y el contrato; la ropa ensangrentada y el video de seguridad? Fundamentalmente dos cosas, aunque caras diversas de una misma moneda:

- a) Ninguna de estas pruebas está sujeta a contradictoriedad, al menos en la versión tradicional. Esto no quiere decir que no haya forma de controvertir la información que dichas pruebas contienen; pero ni las armas ni las escrituras pueden responder las preguntas de un contraexaminador. En estos casos la contradictoriedad irá más bien sobre testimonios adosados a dicha prueba, sea en su modo de producción, sea en su cadena de custodia, sea en los procedimientos utilizados para obtenerla.

CAPÍTULO VII

PRUEBA MATERIAL

(OBJETOS Y DOCUMENTOS)

1. Introducción

Hasta aquí hemos revisado qué hacer con los testigos -legos o expertos-, quienes constituyen la principal fuente de información y de prueba en un juicio oral.

No obstante, la información puede provenir también de otras fuentes probatorias, constituidas fundamentalmente por objetos y documentos; por ‘cosas’ que se exhiben en el juicio oral. Tal es el caso, por ejemplo, del arma homicida, la ropa ensangrentada de la víctima, el contrato a través del cual se consumó la estafa o el video de seguridad del banco en que quedó grabado el asalto. Hoy día, como nunca tal vez en la historia, las sociedades modernas se caracterizan por tener una cultura eminentemente audiovisual, es decir, en donde las representaciones en imágenes, gráficos, películas, videos, entre otras, forman parte de nuestra vida cotidiana y son una de las principales formas de acceso a la información, educación y diversión. Esta es la razón por la cual la introducción de documentos y objetos como prueba en el juicio debiera ocupar una parte importante del desarrollo de las audiencias orales y éstos debieran constituir elementos probatorios muy relevantes en el peso final de la evidencia que realicen los juzgadores al momento de decidir.

En múltiples ocasiones ver una imagen o escuchar un sonido resulta clave para comprender una historia, aún cuando nuestro relator sea claro y ameno. Esto, que forma parte de nuestra intuición más elemental en la vida cotidiana, también inunda la realidad del juicio. Así, en el desarrollo de una audiencia, una imagen o un sonido puede ser más decidor para los jueces que la declaración de muchos testigos competentes al momento de resolver un caso. De otra parte, ver el arma homicida puede, en muchas otras ocasiones, permitirnos apreciar más claramente las características de un delito que la opinión de un experto que nos cuenta sobre ellas de una manera abstracta. Un mapa de la intersección donde ocurrió el accidente puede ser más útil para nuestro caso y para la comprensión de los juzgadores que citar al jefe de tránsito de la respectiva municipalidad. De ahí entonces la importancia de este tipo de pruebas en el juicio oral y, por lo mismo, lo necesario que resulta desarrollar una teoría un poco más acabada acerca de un procedimiento para su introducción como prueba en las audiencias. A este tipo de prueba la llamaremos ‘prueba material’.

¿Qué tienen en común todas estas pruebas como para que merezcan ser agrupadas en una misma categoría? ¿Qué tienen en común el arma homicida y el contrato; la ropa ensangrentada y el video de seguridad? Fundamentalmente dos cosas, aunque caras diversas de una misma moneda:

- a) Ninguna de estas pruebas está sujeta a contradictoriedad, al menos en la versión tradicional. Esto no quiere decir que no haya forma de controvertir la información que dichas pruebas contienen; pero ni las armas ni las escrituras pueden responder las preguntas de un contraexaminador. En estos casos la contradictoriedad irá más bien sobre testimonios adosados a dicha prueba, sea en su modo de producción, sea en su cadena de custodia, sea en los procedimientos utilizados para obtenerla.

- b) Estas pruebas, por definición, son producidas sin intermediación: los jueces no estaban allí cuando el arma pasó a ser el arma homicida o cuando fue hallada en el sitio del suceso; no estaban allí cuando las partes firmaron la escritura, ni cuando la sangre manchó las ropas del acusado.

Estas características traen como consecuencia que el mero objeto o documento no sean, en sí mismos, información de calidad suficiente, al menos porque no podemos estar seguros de que sean lo que efectivamente la parte que los presenta dice que son, porque no tenemos por qué depositar ninguna confianza especial en dicha parte. Esa es toda la gracia del juicio: no hay confianzas preestablecidas. El fiscal tiene una carga probatoria, el defensor puede jugar a desacreditar el caso del fiscal hasta hacerlo caer por debajo del estándar, o bien puede acreditar su propia defensa afirmativa; pero, en todo caso, todo se remite al lenguaje de la prueba y de la credibilidad concreta de la misma; por fuera del mundo de la prueba, no tiene por qué haber concesiones para nadie (tanto al fiscal como al defensor les pagan por ganar este caso).

La producción de prueba material en el juicio, en consecuencia, se rige por dos lógicas en tensión: de una parte, la lógica de la desconfianza; de la otra, la lógica del sentido común.

2. La lógica de la desconfianza

La lógica de la desconfianza puede ser resumida en la siguiente fórmula: “nadie tiene por qué creer que esto es lo que la parte dice que es, simplemente porque ella lo diga”. Nadie tiene por qué creer que este cuchillo es el cuchillo encontrado en el sitio del suceso, simplemente porque el fiscal lo diga. Nadie tiene por qué creer que este cuaderno que presenta el defensor es el diario de vida del testigo, simplemente porque él lo diga. Recordemos -una vez más- que los jueces toman contacto con el caso por primera vez en la audiencia de juicio oral y, puesto que se toman en serio el principio de imparcialidad, no están dispuestos a conceder credibilidades preconcebidas a ninguna de las partes. Nadie tiene por qué creer que el objeto o documento que presenta la parte sea lo que ella pretende que es; ¿cómo saber que no lo falsificó, inventó o alteró? ¿Sólo porque creemos que es un abogado noble y probo? En principio, en el juicio oral no hay confianzas preconcebidas, de manera que si el fiscal pretende que este cuchillo ensangrentado que trae al juicio es el arma hallada en el sitio del suceso, tiene que presentar información sobre eso más allá de su propia palabra. Lo mismo la defensa: si pretende que este diagrama grafica el barrio donde los hechos ocurrieron, tiene que ofrecer acreditación respecto de esto. ¿Puede la defensa simplemente pararse y decir “quiero introducir este diagrama que representa el lugar donde ocurrieron los hechos”? ¿puede el fiscal simplemente pararse y decir “aquí tengo este enorme cuchillo ensangrentado, que es el que fue recogido de la escena del crimen”?

La principal consecuencia de la lógica de la desconfianza es la exigencia de que los objetos y documentos deban en general ser “acreditados” (o cualquiera otra denominación que se adopte para esta idea); esto es, que alguien declare que

efectivamente aquel objeto corresponde a aquello que la parte pretende que es. Esto implica que los objetos y documentos deben ser ingresados a través de testimonio.

Esta exigencia de acreditación proviene tanto de las reglas de la prueba como de consideraciones de litigación.

Desde el punto de vista de las reglas de la prueba, la acreditación es una exigencia de admisibilidad. Como se recordará, un sistema de libre valoración de la prueba opera según la máxima general de “todo entra, mas no todo pesa”. Lo que la máxima refleja es que, en general, las cuestiones relativas a la prueba serán cuestiones de credibilidad, no cuestiones de admisibilidad. Así, por ejemplo, casi todas las causales de tacha de los viejos sistemas inquisitivos pasan de ser causales de inadmisibilidad -que impedían que la prueba fuera escuchada- a ser, eventualmente y según el testimonio concreto, cuestiones de credibilidad (escuchamos al testigo, pero luego decidimos cuán creíble es su testimonio).

Esto, sin embargo, no quiere decir que se supriman completamente las cuestiones de admisibilidad de la prueba en un sistema de libre valoración. Una de esas cuestiones está constituida por la relevancia de la prueba. Aun en un sistema de libre valoración, la prueba irrelevante no es admisible. Pues bien, el fiscal le anunció que presentaría el cuchillo encontrado en poder del acusado al momento de la detención. Ese cuchillo es relevante porque -y si es que- es el cuchillo encontrado en poder del acusado al momento de la detención. Si es simplemente un cuchillo, no se ve como ese puro hecho avance la teoría del caso del fiscal de ningún modo y, por lo tanto, no es relevante. Ahora bien, la proposición fáctica “este es el cuchillo hallado en poder del acusado al momento de ser detenido” es, en tanto proposición fáctica, completamente equivalente a la de “el acusado fue el que mató a la víctima” o “la mató por celos”. Todas son proposiciones fácticas igualmente merecedoras de prueba. Y tal como no estamos dispuestos a dar por probado que el “imputado fue quien mató a la víctima” -o que “lo hizo por celos”- simplemente porque el fiscal lo dice, no hay ninguna razón tampoco para aceptar que “este cuchillo es ese” simplemente porque él lo afirma.

Debe tenerse presente que, desde el punto de vista del diseño general del sistema, es una mala opción pretender que las actas o registros de la propia investigación constituyen la prueba independiente que las necesidades de acreditación exigen. Típicamente, el registro de la investigación del fiscal: que el fiscal se pare y diga “este es el cuchillo encontrado en el sitio del suceso porque aquí tengo el acta de incautación de especies que hizo la policía...” es perfectamente equivalente a que el fiscal diga “este cuchillo es ese porque yo lo digo...”. En un juicio genuinamente oral, la investigación no tiene valor probatorio, y si el fiscal quiere ingresar el cuchillo necesitamos a ese policía en el estrado (o cualquier otro testigo idóneo), en condiciones de inmediación y sometido a completa contradictoriedad.

De esta suerte, la falta de acreditación es causal de una legítima objeción por parte de la contraparte, tendiente a impedir que el objeto o documento se utilice en juicio mientras un testigo idóneo no dé cuenta de su origen y fidelidad. A su turno, si el objeto o documento

no es ingresado al juicio no puede ser utilizado como prueba, ni en la argumentación de las partes ni en el razonamiento judicial.

Debe entenderse que ésta es completamente una discusión a nivel de la admisibilidad de la prueba, que deja completamente a salvo la cuestión de credibilidad. Por así decirlo, la exigencia de acreditación responde a la pregunta “¿bajo qué supuesto vamos a permitir que el fiscal -en este ejemplo- ingrese en el debate este cuchillo pretendiendo que es ese cuchillo?”. Su correcta acreditación sólo posibilita al fiscal a ingresarlo en la prueba y referirse a dicho objeto como “el cuchillo que la policía dice haber hallado en poder del acusado”, lo cual no obsta en absoluto a que los jueces, en definitiva, no confieran credibilidad a dicha proposición fáctica. Son estándares diferentes: tal vez el testimonio del policía alcance para ingresar el objeto, pero no para que los jueces creen en definitiva el relato en el que dicho objeto se inserta. Supongamos, por ejemplo, que los jueces creen que el policía ha mentido en otras porciones de su testimonio; nada obsta, en consecuencia, a que digan en la sentencia que, habiendo llegado a la convicción de que el policía mentía en dichos puntos, no saben si no mintió también en relación a haber encontrado el cuchillo en poder del acusado.

Pero dijimos que no sólo desde el punto de vista de las reglas de la prueba, sino también desde las consideraciones estratégicas de litigación, las partes deben acreditar la prueba.

La primera de estas consideraciones dice relación con que muy rara vez la prueba “habla por sí misma”. La prueba hay que insertarla en un relato. Ese cuchillo, esas ropas ensangrentadas, esa escritura, esos libros de contabilidad, son poderosos porque se insertan en el relato de nuestra teoría del caso. Constituyen prueba de proposiciones fácticas que los testigos y los peritos afirman. Su completa explotación en tanto prueba, entonces, se produce en la medida en que yo pueda insertar dichos objetos y documentos en el relato de mi teoría del caso. Y eso debe ser hecho a través del testimonio de esos testigos y peritos. Simplemente ingresar la prueba material para tirársela a los jueces arriba del estrado disminuye la información que podemos obtener de esos objetos y documentos, dejándola entregada a la fortuna de que, ojalá, los jueces obtengan de ellos la información que nosotros sabemos ellos contienen.

En segundo lugar, queremos evitar también los defectos de credibilidad que vienen aparejados con la falta de acreditación. Un buen litigante quiere ponerse a salvo de tener a la contraparte en el alegato final diciéndole al tribunal cosas como ésta: “...la fiscalía pretende sacar conclusiones sobre este cuchillo... sin embargo, no tenemos ninguna razón para creer que ese es el cuchillo encontrado en la casa de la víctima... habría sido muy útil que alguien nos dijera que en verdad fue hallado un cuchillo allí, eso podría arrojar luz sobre los hechos, pero lo cierto es que lo único que hemos oído es que el fiscal dice que ese es el cuchillo; obvio, el mismo fiscal que dice que mi cliente es culpable... si de él dependiera, este juicio no sería en absoluto necesario ¿verdad? Pero este juicio es necesario para que el fiscal pruebe su acusación, más allá de su propia palabra; y sus propias palabras son lo único que hemos oído respecto de este cuchillo...”. Ese mismo fiscal, respecto del diagrama presentado por la defensa, podría señalar: “...la defensa presentó este diagrama para mostrarnos qué tanta distancia había entre el lugar en que ocurrieron los hechos y el lugar en que fue detenido por Carabineros; con esto pretende que concluyamos que no pudo

haber recorrido toda esa distancia en tan poco tiempo y, por lo tanto, que él no cometió el delito; sin embargo, no sabemos nada de este diagrama... no sabemos si está hecho a escala o no, por un dibujante o por el hijo menor de mi distinguido colega... quizás las distancias no estén fielmente representadas, quizás hayan sido accidentalmente dibujadas con holgura, para bendición de la defensa... sería muy útil saber si ese diagrama representa fielmente la realidad, pero lo cierto es que no escuchamos ninguna palabra acerca de esto en el juicio...”.

La acreditación de la prueba material se traduce concretamente en el juicio en la necesidad de que alguien -un testigo en este sentido- esté en condiciones de declarar acerca de la procedencia del objeto y su fidelidad. Así, por ejemplo, el policía que concurrió a la escena del crimen podrá reconocer el cuchillo como aquél recogido por él al concurrir al lugar; asimismo, la víctima podrá señalar que el mapa representa fielmente el barrio donde vive. Ya veremos que para realizar el procedimiento de acreditación muchas veces contamos con diversos testigos, incluso los de la contraparte.

3. La lógica del sentido común

La segunda lógica en competencia -en tensión con la lógica de la desconfianza- es lo que podríamos llamar la lógica del sentido común. En virtud de esta lógica, hay objetos y documentos cuya naturaleza o autenticidad es tan evidente, que sus exigencias de acreditación disminuyen ostensiblemente o desaparecen. Estos casos son mucho menos que los que solemos creer. Sin embargo, hay casos en que, por ejemplo, la estandarización de los documentos o la obviedad de la identidad de un objeto traslada la carga de la discusión más bien hacia la parte que desea controvertir su autenticidad. Pensemos por ejemplo en que el defensor desea presentar una página de El Mercurio, relevante para el juicio (por ejemplo, porque el diario fotografió al imputado en otra ciudad el día en que se supone cometió el crimen). El Mercurio es uno de los principales diarios del país y la mayoría de las personas están familiarizados con él; la página presentada por el defensor parece exactamente una página de El Mercurio y, probablemente, dada la estandarización del documento y la familiaridad de todas las personas con el mismo, el tribunal pueda decidir que no es necesario traer al editor de El Mercurio para atestiguar que esa es efectivamente una página correspondiente a la edición de la fecha en cuestión. En este caso, si el defensor desea plantear que el fiscal fabricó la página en cuestión, entonces la carga de la prueba se traslada y será éste quien deberá presentar un caso serio respecto de la falsificación (salir de pesca en este sentido tampoco debiera ser tolerado por el tribunal). Veamos otro ejemplo: supongamos que el fiscal toma un cuchillo de su escritorio y dice “le voy a mostrar el cuchillo que encontramos en el sitio del suceso...”; pues bien, todos estamos familiarizados con esos objetos llamados “cuchillos”, de manera que el tribunal puede no tener problemas en aceptar la afirmación ‘este objeto es un cuchillo’. No obstante, la parte de la afirmación ‘...que hallamos en la escena del crimen’ es otra historia: nadie tiene por qué aceptar la pura palabra del fiscal al respecto -ni los antecedentes, actas o registros de su propia investigación, que, para estos efectos, es lo mismo- y a ese respecto el cuchillo debe ser acreditado para poder ingresar en la prueba. En general, para evitar estos problemas es una buena idea establecer en los tribunales un sistema de marcación de los objetos y documentos, como diremos más adelante.

Nótese que, en la órbita de la prueba documental, la idea de que ciertos documentos pueden tener muy bajas o ninguna exigencia de acreditación inicial -que pueden, por así ponerlo, “autoacreditarse” al menos en principio- no responde a la distinción clásica entre instrumentos públicos o privados. Desde el punto de vista de un sistema de libre valoración, una escritura pública no hace fe respecto de nada (siempre es posible probar que, incluso en el hecho de haberse otorgado o en su fecha, es falsa) y, a su turno, hay instrumentos privados que pueden ser igual o más confiables que sus equivalentes públicos. Hay instrumentos públicos que merecen la máxima desconfianza por parte del sistema (por ejemplo los registros policiales) así como documentos privados cuya estandarización, en principio, los dota de altos grados de confianza, por ejemplo la citada página del diario. La lógica del sentido común tiene que ver con el sentido común: dado el documento del que estamos hablando, su modo de producción (especialmente su estandarización), entre otros, con cuánto el sentido común nos llama realmente a invertir la carga de la controversia acerca de su origen o fidelidad.

4. La Prueba Material en el Nuevo Código Procesal Penal:

Antes de entrar al análisis de la forma en que en concreto es posible realizar la acreditación de la prueba material en juicio, resulta conveniente que nos detengamos en forme breve en revisar la regulación que nuestro Código Procesal Penal realizada de la categoría de cosas que hemos agrupado bajo la noción de prueba material. El código distingue basicamente tres categorías en su artículo 333. Estas son:

- a) Documentos: Concebidos en el código como textos escritos en lo que consta información relevante acerca del caso (luego revisaremos con más detalle algunas complejidades de esta categoría de prueba material). La regla que establece el código respecto de la introducción en juicio de ellos es que “...*deben ser leídos y exhibidos en el debate, con indicación de su origen*”.
- b) Objetos: Concebidos en el código como cosas tangibles. La regla que establece el código respecto de la introducción en juicio de ellos es que “...*deberán ser exhibidos y podrán ser examinados por las partes*”.
- c) Otros medios: Que incluyen grabaciones, elementos de prueba audiovisuales, computacionales y similares. La regla que establece el código respecto de la introducción en juicio de ellos es que “...*se reproducirán en la audiencia por cualquier medio idóneo para su percepción por los asistentes*”. Esta regla se complementa con la del artículo 323 que regula a “otros medios de prueba”. Allí se indica que su incorporación al procedimiento debe realizarse adecuándola en lo posible al medio de prueba más análogo.

Junto con las distinciones descritas, el artículo 333 contempla dos reglas relevantes de tener presente. La primera de ellas es que el tribunal puede autorizar, con acuerdo de las partes, la lectura o reproducción resumida de la prueba material a incorporar a juicio. Se trata de una regla lógica que busca evitar la lectura o reproducción de partes de la prueba que no resultan relevantes para el caso y cuyo efecto sería alargar innecesariamente la audiencia.

La segunda regla reafirma normativamente las necesidades de acreditación que requiere la introducción de prueba material. Así, el código establece que *“Todos estos medios podrán ser exhibidos al acusado, a los peritos o a los testigos durante su declaraciones, para que los reconocieran o se refirieran a su conocimiento de ellos”*.

5. Acreditación

A pesar de que la acreditación de los objetos y documentos es un procedimiento sencillo que se desarrolla generalmente al interior de un examen o contraexamen, cada uno de estos ítems -objetos, por una parte, y documentos, por la otra- tiene algunos cuidados particulares que es necesario revisar por separado.

En lo que sigue sugeriremos un tipo de práctica de acreditación de objetos y documentos que satisface la necesidad de acreditación, tanto desde la lógica normativa de la prueba como desde las necesidades estratégicas de litigación. Es necesario advertir que las prácticas que sugeriremos no constituyen la única forma de acreditar, sino simplemente una recomendación que facilita el trabajo del litigante en el juicio.

5.1. Objetos

A continuación ofrecemos un esquema que a nuestro juicio satisface la exigencia hecha a las partes en este sentido:

- 1º paso: Elijo a un testigo idóneo para reconocer el objeto. Generalmente esto coincidirá con la necesidad de utilizar el objeto para el examen o contraexamen del testigo que reconocerá el objeto, aunque no hay necesidad de que sea así. Es posible también que un mismo objeto pueda ser acreditado por más de un testigo.
- 2º paso: Le exhibo el objeto al testigo, preguntándole si lo reconoce.
Ejemplo: “Le voy a mostrar lo que ha sido previamente marcado como el objeto N°x de la parte que represento (fiscalía o defensa). ¿Lo reconoce? ¿Podría decirnos qué es?”.
- 3º paso: Le pido al testigo razones de su reconocimiento. “¿Cómo lo reconoce?” (“¿cómo sabe que es el arma encontrada en la escena del crimen considerando que hay miles de armas iguales a esta?...”; “¿cómo sabe que es la ropa que llevaba puesta el imputado al momento de la detención?...”).
- 4º paso: Utilizo el objeto (hago que el testigo relate los hechos en el diagrama, le pido al perito que muestre en qué posición fue hallada la huella digital en el arma, le pido al imputado que vista la chaqueta del modo que la llevaba ese día, lo ingreso como prueba si es el caso, etc.). En suma, inserto el objeto en el relato.

Algunas observaciones relativas a este procedimiento de acreditación:

- a) El testigo debe ser 'idóneo' (1er. paso), en el sentido de que pueda genuinamente reconocer el objeto y dar razones que hagan verosímil dicho reconocimiento. Así, por ejemplo, si el detective que investigó el caso no se hizo cargo de él desde sus inicios, tal vez no sea idóneo para acreditar el arma como aquella encontrada en el sitio del suceso; el jefe del servicio médico legal no es necesariamente idóneo, por el simple hecho de ser el jefe, para decir que cierta muestra corresponde al peritaje, si él no hizo dicho peritaje personalmente. Hay testigos que son naturalmente idóneos para realizar la acreditación del objeto en cuestión: típicamente, por ejemplo, el policía que recogió el arma en el sitio del suceso o la persona que reconoce un objeto propio. En ocasiones, sin embargo, la idoneidad del testigo exige más trabajo y construcción: supongamos que el policía que recogió el arma en el sitio del suceso no está disponible para el juicio (murió). Si es que podemos o no ingresar el arma hallada en el sitio del suceso, dependerá de cuánto estemos en condiciones -genuinamente en condiciones- de formar convicción en el tribunal en el sentido de que "esta pistola es esa": tal vez el compañero del policía que la recogió pueda dar suficientemente cuenta de ello, si es que las circunstancias fácticas alcanzan (lo cual no es necesariamente así); tal vez el compañero del policía que recogió el arma lo vio cuando la guardaba en la bolsa de evidencia; tal vez el policía le dijo a su compañero "encontré esta pistola junto al cadáver"; tal vez todo eso ocurrió en un tiempo muy inmediato, apenas habían llegado al lugar; en fin, tal vez el tribunal, a partir del testimonio del compañero, estime suficientemente acreditado el origen de la pistola para efectos de su admisibilidad (y ya veremos qué ocurre en el juicio a nivel de la credibilidad concreta).
- b) La referencia a un sistema de marcación de los objetos por parte del tribunal (2º paso) es un mera sugerencia y dependerá de cuál sea la práctica que finalmente desarrollen los tribunales al respecto. De lo que se trata en definitiva es que la información provenga del testigo y no que el abogado se la sugiera; es cierto que, de no instaurarse en los tribunales un sistema de marcación de los objetos, todavía es posible evitar la sugestividad y preguntar algo del tipo "le voy a mostrar un objeto ¿podría decirnos si los reconoce?"; el punto es que tribunal y contraparte deben estar alertas a que la pregunta no sea hecha sugestivamente, sustituyendo el abogado el reconocimiento que debe ser hecho por el testigo ("¿son estos los desodorantes que usted vio en la tienda el día antes del robo?"). Para ello, un sistema de marcación facilita las cosas.
- c) Asociado al tercer paso es que se encuentra el tema de la "cadena de custodia", especialmente relevante para la actividad policial y para los peritajes. Con mucha frecuencia ocurre que la posibilidad de que un testigo esté efectivamente en condiciones de decir "este objeto es ese" -allí donde el objeto en cuestión es indistinguible de otros muchos similares o idénticos-

depende de la existencia de procedimientos que, precisamente, pongan al testigo en dichas condiciones: procedimientos de marcación de los objetos y de manipulación e intervención sobre los mismos.

Usualmente la cadena de custodia toma la forma de que los objetos recogidos o incautados sean marcados o rotulados de una cierta manera que los vincule al caso, exigiendo además algún tipo de constancia de quiénes los han manipulado en cada eslabón de la cadena, hasta su presentación en juicio.

Con demasiada frecuencia -especialmente en los países latinoamericanos sin demasiada experiencia en genuinos juicios adversariales- la exigencia de una cadena de custodia se pone de moda como una especie de requisito puramente formal, sin real comprensión de que todo el tema con la cadena de custodia es poner a un testigo en condiciones de poder genuinamente decir “este objeto es ese”. Así, con frecuencia la cadena de custodia pasa a ser comprendida como una especie de requisito procesal -de hecho la mayoría de las legislaciones contemplan normas detalladas al respecto- lo cual es un problema en ambos extremos de la balanza, pues hace olvidar a las partes y los jueces que cuánto se requiere para que un testigo sea idóneo para reconocer un objeto depende de las circunstancias concretas del caso, tanto del testigo como del objeto. Así, por ejemplo, mientras más singular el objeto, menos exigencias a la cadena de custodia en términos de la posibilidad real de un testigo de decir “esta objeto es ese” (por ejemplo, el arma homicida que el policía está reconociendo es un machete africano, con mango de marfil negro y unos elefantes tallados). De esta suerte, el mero hecho de que la cadena de custodia no haya sido rigurosa no excluye automáticamente la posibilidad de acreditar el objeto.

Lo anterior a nivel de la admisibilidad. Todavía, el litigante deberá hacerse cargo, al acreditar la cadena de custodia, de temas adicionales como la fidelidad (que el objeto no haya sido alterado) y las condiciones de conservación de la especie. Pero, de vuelta, esto en la medida en que ello sea realmente relevante, y probablemente las más de las veces a nivel de la credibilidad y no de la admisibilidad del objeto.

Supongamos que el policía reconoce el cuchillo que le exhiben como aquel que fue hallado en poder del acusado y da buenas razones para ello; supongamos que el defensor objeta la incorporación del cuchillo en la prueba por falta de acreditación, señalando que el policía no puede asegurar que la sangre que el cuchillo tiene en la hoja estaba allí o fue plantada por la policía, digamos porque el acta de incautación de la especie no dice nada acerca de ninguna sangre (sugiriendo alteración de la especie); nada obsta a que en este caso el tribunal deniegue la objeción -aceptando la admisibilidad y permitiendo por ende la incorporación del cuchillo en el debate- aunque ello no quiera decir en absoluto que, a nivel de la credibilidad, el tribunal llegue a la conclusión de que la sangre fue puesta allí por la policía. La credibilidad es simplemente materia de contraexamen.

Así, por ejemplo, si en el tribunal se va a exhibir el cuchillo hallado en el sitio del suceso, la cadena de custodia podrá ir como sigue: el policía convocado el día de los hechos encontró el cuchillo; lo marcó de alguna manera, de modo de identificarlo con este caso preciso; lo puso en una bolsa sellada, de manera que nadie más tenga acceso a él y de modo que los

elementos naturales (humedad, calor, frío, suciedad...) no alteren la posible evidencia que pueda contener (sangre, huellas dactilares); dejó esta prueba así marcada y sellada en un depósito de la policía o del Ministerio Público, a cargo de un responsable identificado. Hasta aquí la porción de la cadena de custodia de la que puede dar cuenta el policía. Quizás haya sido él mismo quien haya llevado la prueba al laboratorio donde se practicaron las pericias, en cuyo caso nos podrá dar cuenta también de eso. Si no, quien sea quien continúe la cadena de custodia deberá dar cuenta de ella en el juicio.

La cadena de custodia debe ser parte de los procedimientos policiales y periciales, de lo contrario abrirá líneas de cuestionamiento de la prueba material en el contraexamen que apuntarán a la falta de rigor de dichos procedimientos y a cómo no podemos estar seguros de que no se haya confundido este cuchillo con otro de las docenas de cuchillos en poder de la fiscalía para otros casos, o a cómo no podemos estar seguros que los resultados de las pericias no hayan sido producto del estudio de alguno de esos otros cuchillos, de otros casos. Esto es particularmente cierto si hay testigos de la contraparte que no están dispuestos a reconocer el cuchillo que se les presenta como aquel hallado en el sitio del suceso (por ejemplo, el imputado declara nunca haber portado el cuchillo que trajo la fiscalía al juicio y que fue reconocido por el policía como aquel encontrado al momento de la detención; el imputado señala además que va a presentar testigos que van a declarar esto mismo).

A continuación un ejemplo del procedimiento:

P: Detective Manríquez, una vez que detuvo al sospechoso ¿lo registró?

R: Sí señor.

P: ¿Produjo ese registro algún resultado?

R: Sí, encontré un revólver en el bolsillo del sospechoso. (El detective Manríquez se transforma en un testigo idóneo para reconocer dicha arma).

P: (El fiscal toma el arma que se encuentra en su poder en una bolsa) Detective Manríquez, le voy a mostrar lo que ha sido marcado como el objeto N°1 de la fiscalía ¿lo reconoce?

R: Si señor, es el revolver que portaba el sospechoso ese día.

P: ¿Y cómo sabe usted que se trata del mismo revólver?

R: Bueno, en primer lugar porque se trata de un revólver marca Colt, calibre 38, color café con cacha de madera de color café claro, lo cual coincide con el arma del acusado. Además, una vez que lo encontré puse un autoadhesivo con mis iniciales en el marco del gatillo, así como con un código que relaciona el arma con el caso al que se vincula.

P: ¿Ese es el procedimiento normal?

R: Si señor, así no confundimos las pruebas de cada caso.

P: ¿Qué hizo con el arma?

R: La puse en la bolsa plástica de evidencia y la sellé.

P: ¿Para qué hizo eso?

R: Bueno, ese también es un procedimiento normal. De esta manera me aseguro que nadie toque el arma o cualquier otra pieza de evidencia hasta que ésta llegue a

nuestro laboratorio. De este modo nadie pude alterar la prueba y sólo yo soy responsable por ella, al menos hasta que la entrego al laboratorio.

- P: (Estoy en condiciones de utilizar el objeto) Detective Manríquez, ¿podría mostrarle al tribunal dónde exactamente llevaba el revólver el sospechoso? (Si el fiscal hubiera partido con esta pregunta la defensa habría podido legítimamente decir algo así como “señor presidente, no hay ninguna señal en este juicio que diga que esa arma fue hallada en poder de mi cliente el día de los hechos...”; o bien, lo que es lo mismo -más corto y resumido- la defensa podría simplemente haber dicho: “objeción, falta de acreditación”).

5.2. Documentos

En el caso de los documentos hay que distinguir entre dos “instituciones” que, aunque mortalmente parecidas (desde el punto de vista de los riesgos que representa para el sistema su confusión), obedecen a lógicas distintas; una cosa es la prueba documental y otra, diferente, las declaraciones previas.

La prueba documental constituye prueba y puede ser incorporada como tal; las declaraciones previas como hemos visto con anterioridad nunca constituyen prueba y sólo pueden ser utilizadas de una manera muy específica para evaluar la credibilidad de un testigo de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 332 del Código Procesal Penal. La distinción entre declaraciones previas y prueba documental es de fundamental importancia, especialmente en nuestros países latinoamericanos, en los que una de las principales formas para desvirtuar la reforma hacia juicios genuinamente orales ha sido, precisamente, la incorporación del expediente como prueba documental. La importancia de esta cuestión nos ha hecho dedicarle a este tema un capítulo especial.

Cuando decimos “prueba documental”, entonces, nos referimos a instrumentos públicos o privados que contienen información relevante para el caso de fondo, producida en ámbitos externos al sistema de persecución penal -fiscalía o policía- (incluso ante los jueces en las etapas preliminares del proceso) y que no substituyen testimonio. Así, por ejemplo, la escritura de sociedad celebrado por el imputado a través del cual materializó el fraude o la página del diario El Mercurio en donde aparece la foto del imputado.

Técnicamente, alguien podría sugerir que el acta en que consta, por ejemplo, la confesión del imputado o la declaración de un testigo ante el aparato de persecución, cae bajo esta definición de prueba documental. Y, técnicamente, tal vez sea así. El punto es que, en el caso de los documentos producidos por el propio sistema de persecución para el caso concreto, el sistema ha tomado una opción política. Esta opción política tiene muchas justificaciones y no es materia de este libro, pero ellas están asociadas a la protección del juicio oral y a los fuertes incentivos estructurales que existen para que las partes prefabriquen su propia prueba.

De esta suerte, conviene distinguir varias situaciones que pueden confundirse a propósito de la prueba documental. Las situaciones que mencionamos a continuación constituyen un

primer esfuerzo por iniciar el debate en torno a los “papeles”, pero de ninguna manera pretendemos agotar la sofisticación de las cuestiones probatorias asociadas a ellos:

- a) Declaraciones producidas por el sistema de persecución penal, por ejemplo, de las declaraciones prestadas ante la fiscalía y/o la policía. Este tipo de declaraciones no constituyen prueba en ningún caso, y sólo pueden ser utilizadas en el juicio como elemento de juicio de la credibilidad del testigo que las realizó, sea para refrescar la memoria de dicho testigo o bien para demostrar inconsistencia entre su testimonio en el juicio y dicha declaración previa. Luego, si el testigo no está disponible para el juicio, la declaración no puede ser utilizada.
- b) Declaraciones previas realizadas fuera del sistema de persecución penal (una carta, libros de contabilidad, un diario de vida, etc.). Aquí hay cuatro hipótesis²²:
 - b.1) Si la declaración fue hecha por un testigo y dicha declaración tiende a probar los hechos del caso de fondo, esa información debe siempre ser dada por el testigo en el juicio oral y la información escrita no podría nunca utilizarse sino por esa vía. Pretender introducir la declaración previa como prueba documental implicaría substituir testimonio, prohibido por el art. 329 y por la lógica general de la contradictoriedad y la inmediación. Pensemos en el siguiente ejemplo: Clodomiro le escribe una carta a su novia diciéndole que Juan le habría confesado en privado haber cometido el homicidio; ¿puede el Ministerio Público hacer uso de la carta? ¿cambia en algo la situación que Clodomiro esté presente o no en el juicio?

Si la fiscalía quiere ingresar al debate esta información -la de que Clodomiro habría escuchado a Juan admitir el homicidio- tiene que traer a Clodomiro al juicio. Este testimonio no se puede sustituir por la carta: aun salvando las cuestiones de acreditación (digamos que tenemos, por ejemplo, un peritaje caligráfico, supuesto que eso alcanzara) no hay cómo salvar los defectos de contradictoriedad (la carta no puede ser contraexaminada) e inmediación (no saben cómo se produjo). De esta suerte, si la fiscalía no cuenta con Clodomiro para el juicio, no puede incorporar esta información como prueba documental (o sea, el tribunal no puede usar la carta para acreditar los hechos del caso, la verdad es que ella ni siquiera puede ser leída en el juicio, mucho menos por los jueces). Si Clodomiro concurre, la carta puede eventualmente ser utilizada para refrescar su memoria o para demostrar inconsistencia con declaraciones previas (art. 332). En algunos sistemas adversariales más consolidados, todavía las reglas de procedimiento o la práctica de litigación permitirían que el fiscal utilizara la carta para reforzar la credibilidad de Clodomiro, *cuando y si es que* el defensor

²² En nuestra opinión, ésta es la mejor forma de leer (aunque todavía de manera gruesa) la interacción entre los artículos 329, 332 y 336 del Código Procesal Penal. Creemos que estas distinciones contribuyen a interpretar el sentido de las normas al respecto, teniendo presente que se abre aquí un tema muy sensible -la posibilidad de ingresar información vía lectura que atenúa fuertemente la inmediación y las posibilidades de contradicción- y que, por lo mismo, existen desarrollos muy sutiles todavía pendientes en relación a la utilización de documentos y declaraciones previas en el juicio. Esperamos con esto poner de relieve ciertas complejidades de las que la práctica judicial deberá hacerse cargo.

cuestiona dicha credibilidad (o sea, si una línea de contraexamen del defensor a Clodomiro es, por ejemplo, que él nunca mencionó a nadie antes la supuesta confesión). Para ello en nuestro sistema podría ocuparse la institución de prueba sobre prueba prevista en el artículo 336 inciso segundo del Código.

- b.2) Si la declaración fue realizada por una de las partes (una carta escrita por el imputado, por ejemplo, en que explica a un amigo cómo piensa ejecutar el delito) y es relevante para los hechos de fondo, entonces estamos en presencia de prueba documental y puede ser utilizada como tal, en tanto se satisfagan las necesidades de acreditación de la prueba documental (art. 333).
- b.3) Si la declaración previa fue realizada por quien está prestando testimonio en juicio (incluyendo al acusado) y ella no contiene información acerca del caso fondo, pero sí respecto de la credibilidad del testimonio que se está actualmente prestando, se la puede utilizar con ese fin en el contexto del examen o contraexamen respectivo (art. 336 inciso segundo). Recordemos por ejemplo el caso Kiev: supongamos que la madre de Ana le hubiera escrito a la abuela en Polonia diciéndole que no quería que pasara sus últimos años sola y que por eso quería traerla a vivir con ella; en este caso dicha carta no diría nada acerca de si el padre de Ana abusó de ella o no, pero debilitaría mucho el testimonio de la señora Kiev en el sentido de que había traído a su madre desde Polonia para que Ana no estuviera sola en la casa con su padre y de ese modo protegerla.
- b.4) Si la declaración previa fue realizada por un tercero -no la persona que está prestando testimonio en juicio- y dicha declaración (la del tercero) no es relevante para probar el caso de fondo, pero sí para la credibilidad del testimonio que se está actualmente prestando, la declaración puede ser utilizada con dicho fin (art. 336 inc. 2º). En este caso, todavía hay que distinguir la posibilidad de utilizar la declaración directamente o traer a quien la hizo, dependiendo del grado de controversia que haya sobre la misma, la seriedad de dicha controversia, el grado de estandarización del documento que la contiene, etc.

Veamos un ejemplo: en un caso por negligencia médica con resultado de lesiones, el defensor le pregunta a la víctima, en el estrado, si no es cierto que la clínica le advirtió de los riesgos de la operación. Supongamos que la víctima responde que la clínica jamás hizo eso. El defensor tiene una carta enviada por la clínica a la víctima, en que claramente hace dicha advertencia. La cuestión para el defensor no es ir sobre la advertencia como una cuestión de fondo, sino sobre el hecho de que la víctima está mintiendo acerca de este punto. Quiere exhibir la carta, explicar su origen, y leer la parte relevante. Las posibilidades son varias: tal vez si le exhibe la carta a la víctima, ésta la reconozca en el estrado. Si ello no ocurre y la víctima dice que jamás recibió ninguna carta, tal vez todavía el tribunal pueda admitir la carta sobre la base de que es un documento altamente estandarizado y que, por lo mismo, la carga de la desacreditación se desplaza al fiscal; por último, si el

tribunal no estima que éste sea el caso de la carta (como, efectivamente, tal vez no sea), ante la negativa de la víctima a reconocer la carta el defensor se verá obligado a traer al funcionario de la clínica que la envió, o al que lleva el registro de correo, o al cartero, o quien sea que resulte idóneo para reconocerla.

- c) Anticipación de prueba y otras formas excepcionales de incorporación al juicio de declaraciones por lectura (por ejemplo, los informes periciales en ciertas hipótesis o la inspección personal del tribunal). Este es un caso excepcional en que declaraciones producidas por el propio sistema de persecución penal se incorporan simplemente como documentos a través de la lectura en el juicio del acta que contiene la respectiva diligencia (art. 331).

5.3. Acreditación de la prueba documental

Los documentos -lo mismo que los objetos- exigen ser acreditados. El nuevo código no distingue entre instrumentos públicos o privados, pero dado que en el sistema de libre valoración de la prueba no hay credibilidades preconcebidas respecto de la evidencia, tal distinción no es muy útil respecto del valor probatorio como ya tuvimos oportunidad de señalar. Recordemos que en materia de acreditación esta distinción tiene probablemente alguna relevancia, en el sentido de que tal vez sea razonable que los documentos públicos inviertan la carga de la prueba dependiendo de la confianza en las respectivas instituciones y la estandarización de dichos documentos (la lógica del sentido común), pero no demasiado más.

Habiendo necesidad de acreditar el documento, el procedimiento sigue muy de cerca al que describíamos a propósito de los objetos:

- 1º paso: Tenemos en el estrado a un testigo idóneo para reconocer el documento.
- 2º paso: Le exhibimos lo que ha sido previamente marcado como el documento XX (puesto que no es el informe de contabilidad de la empresa o la carta que el sujeto escribió, sino hasta que el testigo idóneo lo haya reconocido como tal).
- 3º paso: Le preguntamos si lo reconoce.
- 4º paso: Le pedimos explicaciones acerca de cómo lo reconoce.
- 5º paso: Utilizamos el documento en el examen leyendo la parte respectiva, un resumen, todo el documento, dependiendo del caso.

Aquí va un ejemplo:

- FISCAL: Sra. Martínez, le voy a mostrar lo que ha sido previamente marcado como la exhibición N°17 de la fiscalía. ¿lo reconoce usted?
- TESTIGO: Sí.

- FISCAL: ¿Podría usted decirnos qué es?
- TESTIGO: Claro, es el balance general de la empresa, correspondiente al año 1999.
- FISCAL: ¿Y cómo sabe usted eso, Sra. Martínez?
- TESTIGO: Bueno, soy la contadora de la empresa, yo misma lo confeccioné.
- FISCAL: ¿Y esa firma que aparece en la última página, es la suya?
- TESTIGO: Correcto.
- FISCAL: Sra. Martínez, le ruego que examine detenidamente el documento... ¿ha variado en algo desde la última vez que usted lo vio?
- TESTIGO: No, no me parece que tenga ninguna alteración.
- FISCAL: Señor presidente, deseo ingresar la exhibición N°17 de la fiscalía en la prueba.
- PDTE: ¿Alguna objeción de la defensa?
- FISCAL: No, su señoría.
- PDTE: Queda marcado como la prueba N°5 de la fiscalía.
- FISCAL: Señora Martínez, ¿podría explicarle al tribunal qué quieren decir las cifras destacadas en la columna de “egresos”?
- TESTIGO: Bueno, esos son los pagos realizados por la empresa al señor Reyes durante el año 1999...

En el ejemplo se aprecia el sentido del proceso de acreditación; el abogado no puede simplemente llegar al tribunal y decir “tengo el balance de la empresa... confíen en mí, se trata del balance...”. En cambio, la señora Martínez se erige como una testigo idónea -ella confeccionó el balance- y habilita al abogado para ingresar el documento como prueba. Por cierto, la contraparte puede impugnar el testimonio de esta testigo con la declaración de otro, o por cualquier medio de prueba igualmente poderoso, en cuyo caso se abrirá allí un incidente respecto de la autenticidad del documento. La pregunta por objeciones que hace el tribunal al defensor a esas alturas sólo se refiere a la cuestión de admisibilidad (“¿tiene objeciones en el sentido de que no esté suficientemente acreditado su origen?...”), y no a las cuestiones de credibilidad que son materia de contraexamen (“¿es creíble el balance cuando registra pagos al señor Reyes?...”).

6. Prueba “real” y prueba “demostrativa”

Tanto respecto de los objetos como de los documentos, la prueba puede ser “real” o meramente “demostrativa”. La prueba real es aquella que efectivamente forma parte de los hechos del caso; sin embargo, muchas veces será útil para las partes utilizar prueba demostrativa que, sin formar parte de los hechos del caso, los ilustran o los aclaran. Así, por ejemplo, un diagrama del sitio del suceso no hace sino ilustrar el lugar de manera que el abogado pueda, generalmente a través de un testigo, ilustrar o aclarar los hechos de un modo que sea más comprensible para el tribunal. En este caso, la prueba sigue siendo fundamentalmente el testimonio, ilustrado por el diagrama.

La prueba demostrativa puede incluso utilizarse a falta de prueba real: por ejemplo, si no fue hallado el bate de béisbol con el que varios testigos declaran haber visto al imputado golpear a la víctima, la fiscalía podría todavía encontrar útil traer un bate de similares características

(considerando además que todos son relativamente iguales) y preguntarle a los testigos si dicho bate representa en lo relevante (tamaño, peso, forma) a aquel con el que, según ellos, el acusado golpeó a la víctima. O bien, quizás la defensa quiera hacer esto para ilustrar que su cliente no habría podido manipular un bate de ese tamaño y peso. Por supuesto, siempre está abierta la discusión acerca de si realmente esta prueba meramente demostrativa es “fiel” a aquello que se desea ilustrar, y ese será precisamente el punto en el proceso de acreditación. En estos casos, entonces, la pregunta central no consiste en saber si reconoce lo que se le presenta como aquel objeto que participó en los hechos -difícilmente un diagrama podría hacerlo- sino, cosa distinta, si lo que se le exhibe es una representación fidedigna y adecuada de aquello que pretende representar. También aquí, por supuesto, el testigo debe ser idóneo para hacer tal afirmación. Veamos un ejemplo:

- FISCAL: Señor víctima, le voy a mostrar lo que ha sido previamente marcado como el documento N°13 de la fiscalía. Le voy a pedir que lo observe y que me diga si sabe de qué se trata.
- VICTIMA: Sí, señor, es un diagrama de mi tienda.
- FISCAL: ¿Es esta una representación fiel de la distribución física de su tienda?
- VÍCTIMA: Sí, señor.
- DEFENSA: Objeción, señor presidente, no sabemos si este diagrama fue hecho por un dibujante técnico, ni si representa la tienda a escala y, por lo mismo, no sabemos si las dimensiones son correctas. No creo que el señor víctima sea idóneo para decirnos si éste es un diagrama técnicamente dibujado...
- PDTE: ¿Señor fiscal?
- FISCAL: Su señoría, la fiscalía no pretende que éste sea un diagrama dibujado a escala, ni que haya sido técnicamente dibujado en ningún sentido, y no pretendemos sacar ninguna conclusión respecto de las distancias o de las dimensiones. El diagrama será ofrecido simplemente para ilustrar posiciones, y, en ese sentido, no veo quién más idóneo que el señor víctima para reconocer la disposición física de su propio negocio...
- PDTE: Siendo así, no veo por qué no admitir su utilización. Prosiga, señor fiscal.
- FISCAL: Señor víctima, ¿dónde exactamente estaba usted cuando dice haber visto al asaltante por primera vez....?

En el caso, la necesidad de acreditación no pasa por que un testigo idóneo esté en condiciones de decir “este diagrama está dibujado a escala” (pues no se pretende obtener ninguna información de él para la cual la “escala” sea necesaria), sino en cambio que esté en condiciones de decir “este diagrama representa con fidelidad el negocio en otras cuestiones de las que vamos a hablar, por ejemplo la disposición de las personas o de los objetos en su interior, tal como estaban en ese momento...”. Se trata de prueba demostrativa, no de prueba real.

CAPÍTULO VIII: EXAMEN Y CONTRAEXAMEN DE PERITOS Y TESTIGOS EXPERTOS

1. Introducción

Hemos visto hasta al momento las técnicas básicas que el abogado debe manejar para la realización del examen directo y contraexamen de testigos. Ellas son fundamentalmente las mismas requeridas para realizar tal labor tratándose de peritos o testigos que tienen experticia en determinadas materias. Sin embargo, el hecho de que el testigo disponga de un conocimiento técnico especial sobre la materia en la cual prestará declaración marca una diferencia respecto de cualquier otro testigo, lo que tiene relevancia para el desarrollo del examen directo y del contraexamen, es decir, hay una diferencia importante para los efectos de cómo debemos enfocar nuestra actividad de litigación. En el presente capítulo nos dedicaremos a analizar cuáles son estas diferencias que deben considerarse para planificar y ejecutar el examen y contraexamen de esta calidad especial de "testigos".

Antes de entrar al análisis detallado de las particularidades que el examen y contraexamen de peritos y testigos expertos imponen a los litigantes, conviene brevemente hacerse cargo de varias cuestiones preliminares que resultan indispensables para comprender adecuadamente la lógica y dinámica que tiene la presentación de la prueba pericial y del testimonio de expertos en un sistema adversarial.

2. Definiciones básicas y objeto de la declaración de expertos

Un primer grupo de cuestiones que conviene aclarar es quiénes son los peritos y los testigos expertos y cuál es el objeto de su testimonio en juicio. A continuación revisaremos ambos aspectos:

2.1 ¿Quiénes son los peritos y los testigos expertos?

La definición de quién es un perito no resulta demasiado compleja, ya que desde antiguo los códigos de procedimiento penal y civil suelen contener reglas expresas que se hacen cargo de ello. Lo mismo respecto a la doctrina procesal más clásica que, en general, no ha tenido grandes discrepancias sobre el tema. En términos generales, los peritos son personas que cuentan con una experticia especial en un área de conocimiento, derivada de sus estudios o especialización profesional, del desempeño de ciertas artes o del ejercicio de un determinado oficio. Lo que distingue al perito de un testigo cualquiera es que el perito es llamado al juicio para declarar algo en lo que su experticia es relevante y que le permite dar opiniones y conclusiones relevantes acerca de diversas cosas.

El nuevo Código Procesal Penal se inscribe en la misma lógica descrita. Así, al regular la procedencia de los peritos en el artículo 314 inciso segundo, señala: *"Procederá el informe de peritos en los casos señalados en la ley y siempre que para apreciar algún hecho o circunstancia relevante para la causa fueren necesarios o convenientes conocimientos especiales de una ciencia, arte u oficio"*. Como se puede apreciar, de acuerdo a esta norma el énfasis de lo que caracteriza a un perito es el conocimiento especializado.

La categoría de testigos expertos no corresponde, en cambio, a una categoría que este reconocida normativamente en nuestro código, sino más bien a una necesidad de distinción para efectos de preparar y ejecutar actividades de litigación en el juicio. Un testigo experto es un testigo que, por el azar u otra circunstancia no prevista, tiene un conocimiento especializado en una determinada materia que lo habilita en el área específica de su experticia para emitir opiniones o conclusiones en el juicio que serían inadmisibles tratándose de un testigo normal. En todo caso se trata de un testigo, es decir, alguien que presencié -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”. Veamos un ejemplo que grafique mejor lo explicado. Supongamos que Juan Martínez se encuentra en una esquina del centro esperando una luz verde del semáforo para cruzar la calle y en ese momento observa con alguna detención un accidente entre dos autos que chocan producto del exceso de velocidad y porque uno de ellos no respetó el semáforo. Supongan también que Juan Martínez es, además de cualquier persona que se encontraba en el centro, el mecánico jefe de Audi, encargado específicamente de las pruebas de velocidad y seguridad de su compañía en nuestro país. En este caso, con seguridad el señor Martínez será citado a declarar. En aquella porción de su testimonio en que relate los hechos que presencié, su declaración se sujeta a las reglas generales de cualquier testigo. En cambio, si además de dar a conocer los hechos, debido a su alta experiencia y profesión (en caso de ser acreditadas correctamente) se le preguntan algunas opiniones que van más allá de lo que observó y del conocimiento compartido por cualquier persona, en ese momento él comienza a comportarse “como si” fuera un experto (perito), a pesar de no haber practicado un informe pericial previo. En aquella porción de su declaración en la que el testigo se comporta como un experto, deberá ser tratado de conformidad a las reglas de litigación que analizaremos en este capítulo. En aquellas otras partes de su declaración en la que se comporta como un testigo normal, su declaración se sujetará a las reglas de litigación generales de los testigos que hemos revisado en los capítulos anteriores.

Como se puede observar con la explicación y el ejemplo, cuando estamos en presencia de testigos expertos, no estamos en presencia de una categoría que el código haya regulado y que se sujete a reglas formales distintas a las de un testigo común y corriente, sino más bien enfrentamos una diferencia fáctica que obliga, desde el punto de vista de las destrezas de litigación, a comportarnos de una manera distinta a la que tendríamos si sólo se tratara de un testigo común y corriente.

A esta altura alguien puede estar pensando que la distinción que hemos realizado es irrelevante debido a lo excepcional del tipo de hipótesis en que se podría plantear la presencia en juicio de un testigo experto. En efecto, el ejemplo da cuenta de un caso más bien excepcional, que en realidad hemos planteado para dejar en claro el punto. Con todo, en la práctica es posible imaginarse innumerables situaciones en las que con menor intensidad de experticia solicitamos a ciertos testigos opiniones que suponen algún nivel de conocimiento del que carecen los testigos comunes y corrientes. Un caso típico se produce con la declaración de policías. Los policías normalmente comparecen a juicio como testigos, no obstante lo cual es muy común que respecto de ellos estemos en condiciones de preguntar ciertas opiniones o conclusiones que no permitiríamos preguntar a cualquier testigo (por ejemplo, en conocimiento sobre tipo de armas, marcas, calibres de las mismas, entre otras o experiencias

en *modus operandi* en la comisión de ciertos tipos de delitos). No se trata que el policía, por el sólo hecho de serlo, pueda declarar cualquier tema criminalístico, sino que, sólo en la medida en que disponga de ese conocimiento y podamos acreditarlo en el juicio, se nos permitirá formularle preguntas por opiniones y conclusiones en dichas áreas que serían objetables sin ese conocimiento especial, según hemos visto. Incluso a un nivel más pedestre es posible imaginar experticia en las más diversas cuestiones, como por ejemplo, en la personalidad o carácter de una persona. Sin tratarse de una experticia psicológica, a todos nos parecería razonable que alguien que conoce muy bien a una persona pueda dar ciertas opiniones acerca de sus formas de comportamiento que podrían ser irrelevantes tratándose de alguien que careciera de ese tipo de vínculos. En fin, las hipótesis son muy diversas, lo que interesa destacar es que el litigante deberá estar atento a esta distinción para poder planificar adecuadamente el examen y contraexamen de estos testigos en aquellas porciones en que se comporten como expertos.²³

La misma idea anterior es aplicable cuando tenemos a un perito que declarará sobre algún peritaje que éste haya realizado, pero que, al mismo tiempo, puede aportar información como testigo. Así, por ejemplo, el médico del servicio de urgencia que atendió a la víctima podrá dar opiniones o conclusiones respecto de los procedimientos médicos que siguió para atenderla, la gravedad de sus lesiones y, en general, cualquier otra información que tenga relación con su experticia en este caso; pero también podrá declarar respecto a otros hechos que haya percibido al realizar la atención médica. Así, por ejemplo, el médico podrá declarar que al atender a la víctima ésta dijo que “el Cara de Perro me pilló por sorpresa” o que “no aguanto más que mi marido me siga pegando”. Respecto de estos dichos de la víctima, el médico no es un perito, sino que un simple testigo de oídas, por lo que el tratamiento que le corresponde en esta parte de su relato es el de un testigo común.

2.2 Objeto del testimonio de expertos

Aún cuando resulte un tanto obvio a esta altura, es necesario precisar que el rol del testimonio experto en el juicio es entregarnos la interpretación de una información que exige un conocimiento especializado, con el objeto de explicitar sus significados en términos comunes y exactos dirigidos a generar la convicción del tribunal que, de otra manera, no podría generarse. Esta información no puede ser entregada al tribunal por cualquier persona, pues se trata de un tipo de conocimiento que se encuentra fuera del alcance de una “persona promedio”. Por lo mismo, nos vemos en la necesidad de recurrir a un experto o especialista. Pero atención, esto supone que el tribunal requiera precisamente esa opinión experta, ya que si el perito comparece a declarar algo que podría ser apreciado por el tribunal sin necesidad de contar con conocimiento experto, el perito sería innecesario. Así, es frecuente observar como en nuestra práctica en tribunales se presentan como peritos expertos de la mas diversa especie

²³ Un problema que presenta un uso amplio de la categoría de testigos expertos es que los litigantes intenten evadir por medio de los mismos los requisitos que deben cumplir los peritos propiamente tales. El uso del testigo experto debe limitarse a casos casuales, sin intentar sustituir el trabajo de los peritos a los cuales el sistema en general pone mayores requisitos y exigencias para su admisibilidad (por ejemplo estableciendo la obligación de realizar un informe escrito en el que conste su opinión).

sin que exista una verdadera necesidad de un conocimiento experto para aportar la información que ellos concurren a entregar en juicio.

Cómo veíamos en el acápite anterior, esta idea es la que claramente recoge el artículo 314 inciso segundo del nuevo Código Procesal Penal. En todo caso, es necesario llamar la atención en un punto. El código da un espacio muy amplio para determinar qué debe ser objeto de peritajes al señalar que ellos son procedentes cuando para apreciar los hechos del caso sea necesario un conocimiento especial de una "*ciencia, arte u oficio*". En consecuencia, la especialización del perito no proviene sólo de lo que tradicionalmente se consideraría un área técnica (ciencia), sino que de disciplinas, o cualquier tipo de actividades, que generen conocimiento especializado (artes u oficios). En este sentido, un artesano, en su respectivo oficio, podrá ser tan experto como el físico nuclear que detente la mayor cantidad de doctorados y post-doctorados en su respectiva disciplina.

Debido entonces a la amplitud del objeto potencial de la declaración de los peritos, el litigante, al presentar al perito o al testigo experto en el juicio, debe tener especial cuidado en 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 en forma autónoma.

3. Cuestiones Normativas y de lógica del sistema relevantes para el examen y contraexamen de Peritos y Testigos

Al igual que tratándose de los testigos, es indispensable revisar algunas cuestiones de la lógica de la declaración de peritos y de la prueba pericial en el nuevo sistema, que representan un giro importante respecto a cómo se concebían ambas en el sistema inquisitivo antiguo.

En primer lugar, por prueba pericial se debe entender, en principio, a un perito que comparece a juicio oral y presta declaración ante el tribunal en forma directa a través del examen directo y el contraexamen de las partes. En este sentido, la misma regla del artículo 329 del código es aplicable a los peritos. Esto quiere decir que su declaración en juicio no puede ser reemplazada, sustituida o complementada por declaraciones previas registradas en actas o por su informe pericial escrito, salvo los casos excepcionales regulados por el propio código. Como veíamos tratándose de los testigos, esto representa un cambio radical respecto al formato del sistema anterior. En materia de peritos, la prueba pericial en dicho contexto estaba centralmente constituida por el informe escrito presentado por el perito y que se acompañaba al expediente. Esto, en el nuevo sistema, es en principio inadmisibles. Si el perito no va a juicio, por lo que no explica en la audiencia su peritaje, y no se somete a las preguntas de examen y contraexamen, no tenemos prueba pericial.

Un segundo cambio relevante en la lógica de la prueba pericial tiene que ver también con un cambio radical en la forma de mirar o de entender el rol cumplido por los expertos en juicio. En el sistema antiguo, los peritos eran concebidos fundamentalmente como "auxiliares de la

administración de justicia” o como “peritos del tribunal”, es decir, expertos que ponen su conocimiento especializado al servicio de las necesidades de convicción del tribunal, sin considerar para nada los intereses de las partes o comportándose en forma completamente neutral o imparcial respecto de ellas. Por ello, entonces, no cualquiera podía ser perito, sino sólo aquellos que se hubieren acreditado ante los tribunales y que se hubieren inscrito en las listas respectivas que tienen las Cortes de Apelaciones, dando garantías de estar al servicio de los jueces y no de las partes. Por otro lado, en esta misma lógica, quienes designan a los peritos son los propios jueces, cuando lo estiman necesario para satisfacer las necesidades de acreditación concretas del caso.

Esta lógica cambia de manera radical en el nuevo sistema. Así, en éste los peritos son concebidos como “peritos de confianza de las partes” y no como “auxiliares del tribunal”. Esto quiere decir que son las partes las que deciden si traen o no a un perito y a qué perito concreto traen a juicio. Por así decirlo, los peritos dejan de estar al servicio del juez y pasan a estar al servicio de las teorías del caso de quienes los presentan. Con esto no queremos decir que los peritos son “serviles” a quienes los presentan, sino que la decisión de haberlo presentado normalmente estará asociada al hecho que lo que el perito está dispuesto a afirmar en juicio producto de su mejor ciencia es consistente con la teoría del caso de quien la presenta. Si no fuera así ¿qué sentido tendría presentarlo?

La lógica descrita es claramente recogida por el Código Procesal Penal. Así, el artículo 314 en su inciso primero señala: *“El ministerio público y los demás intervinientes podrán presentar informes elaborados por peritos de su confianza y solicitar que éstos fueren citados a juicio oral...”*. De otra parte, el código, al mismo tiempo de reconocer que los peritos son de confianza de la parte que lo presenta, establece en el inciso final del mismo artículo 314 un deber de profesionalismo a quienes cumplan con tales funciones al señalar *“Los informes deberán emitirse con imparcialidad, ateniéndose a los principios de la ciencia, las reglas del arte u oficio que profese el perito”*.

Derivado de esta nueva lógica, el sistema pericial se flexibiliza por completo. Se acaban las listas de las Cortes de Apelaciones como única fuente en dónde se puede obtener un perito. Para el nuevo sistema cualquier persona que esté en condiciones de acreditar experiencia o conocimientos relevantes y especializados en una determinada ciencia, arte u oficio puede ser llevado a juicio oral. Lo que ocurre normalmente es que la persecución penal recurre por excelencia a los órganos estatales especializados en la materia (Servicio Médico Legal, laboratorios de las policías, Instituto de Salud Pública, etc.)²⁴, pero en teoría podría utilizar a cualquier experto de “afuera” de dichas instituciones.

4. Temas relevantes para la presentación y examen directo de peritos

El examen directo de peritos queda sometido, desde el punto de vista de la litigación, al mismo tipo de reglas y recomendaciones que formulamos respecto a los testigos comunes y corrientes

²⁴ De hecho esto se reconoce de manera explícita en el artículo 321 del Código Procesal Penal.

en el capítulo respectivo. Con todo, hay ciertas particularidades del testimonio de los expertos que marcan algunas diferencias que revisaremos a continuación.

4.1 Un Problema: La declaración espontánea inicial

La primera diferencia está formulada a nivel normativo en el Código Procesal Penal. Así, el artículo 329 en su inciso tercero hace una distinción entre la declaración de los testigos y peritos. Tratándose de estos últimos el código señala: *“Los peritos deberán exponer brevemente el contenido y las conclusiones de su informe, y a continuación se autorizará a ser interrogado por las partes”*.

Según esta regla, se altera la metodología de declaración que hemos revisado tratándose de los testigos comunes y corrientes. En materia de declaración de peritos, éstos deberán, en primer lugar, proceder a una exposición espontánea (sin guía de preguntas de ninguna de las partes) en la que se resume el contenido y conclusiones de su informe. Luego, sólo a partir de este ejercicio, el perito se somete a las preguntas de examen y contraexamen.

Nos parece importante reiterar en este punto algo que ya mencionamos a propósito del examen directo cuando analizamos la característica de rigurosidad que debía tener en el proceso de obtención de información del testigo. Cuando se regula la metodología de la declaración espontánea se dificulta para los litigantes lograr rigurosidad en el relato. En dicho escenario, lo normal que ocurre cuando un testigo o un perito declara en forma autónoma, sin una guía del examen directo de su abogado, es que ese testigo o el perito se salte un conjunto de elementos relevantes para el caso, o, por el contrario, que profundicen en aspectos irrelevantes que distraigan la atención del juzgador de aquello que realmente importa. En ambos casos se crean serios problemas para la presentación del relato que nos interesa y luego en el examen puede resultar imposible o muy dificultoso reconstruir o dar coherencia lógica a los hechos relevantes de nuestro caso. Pero atención, esto no solo nos perjudica como partes interesadas, sino que también afecta la claridad de la presentación de los hechos que permite a los juzgadores formarse una imagen más clara sobre ellos, según ya mencionamos precedentemente. De otra parte, perjudica a todos ya que obliga a repeticiones de información (primero en la declaración espontánea y luego en la reconstrucción en el examen directo), es decir, genera pérdidas en tiempo y eficiencia de la propia audiencia de juicio. Todos estos problemas se agravan usualmente tratándose de los peritos debido a la tendencia natural de los expertos de hablar en el lenguaje técnico de su especialidad, lo que dificulta aún más la comprensión clara de su relato sin que nadie lo detenga para solicitar explique en lenguaje natural los términos técnicos que utiliza.

En este escenario, nuestra recomendación, desde el punto de vista de la litigación, es que las partes que van a presentar a un perito puedan, antes del inicio de su declaración, solicitarle al tribunal autorice a que el perito preste declaración por vía de las preguntas del examen directo. Nos parece que no existe ninguna norma que impida aquello y, más importante, ningún valor en juego al autorizar esta posibilidad. Por el contrario, valores tales como darle a las partes la posibilidad de ordenar y presentar de mejor forma su caso, se satisfacen más intensamente. En el peor escenario, es decir, si los jueces no admiten la solicitud del litigante, quien presenta al perito podría instruirlo para que su exposición

inicial sea realmente breve y resumida, por lo que, en la práctica, la declaración se producirá efectivamente a través del examen directo.

4.2 Selección del experto y su acreditación en el examen directo

Al regular la hipótesis de procedencia de la prueba pericial en juicio, el Código Procesal Penal deja abiertas las puertas prácticamente a todo tipo de materias. Así, el artículo 314 que hemos citado en varias oportunidades, señala en su inciso segundo que es procedente este tipo de prueba: *"...en casos determinados por la ley y siempre que para apreciar algún hecho o circunstancia relevante para la causa fueren necesarios o convenientes conocimientos especiales..."*.

Según esta disposición legal, lo relevante para determinar la necesidad de un perito será el hecho de necesitar un conocimiento especializado. En la sociedad actual, en la que los niveles de especialización son cada vez más intensos, es posible encontrar conocimientos especializados en prácticamente todas las áreas del saber y todas las actividades del hombre.

Debido a lo anterior, la naturaleza de la proposición que descemos probar va a determinar el tipo de experto a seleccionar. Esta gama es muy amplia ya que prácticamente todas las actividades humanas admiten un expertizaje, como por ejemplo la dactilografía, la medicina forense, la física nuclear, los conocimientos agrícolas, los asuntos tributarios, las reglas del fútbol, etc. Cualquiera que sea el área, nuestro primer objetivo será transmitir al juzgador el hecho de que estamos en presencia de cuestiones que ameritan un conocimiento experto para su adecuada comprensión y, en segundo término, que estamos frente a un verdadero conocedor de la materia sobre la cual versa el testimonio (esto es lo que llamamos la acreditación o legitimación del perito o experto).

Un aspecto clave de tener presente es que por más idóneo que sea el perito en abstracto, su credibilidad en juicio depende esencialmente de los elementos para valorar su credibilidad que seamos capaces de transmitir en el juicio. Así, una etapa realmente crítica en el caso de los expertos es la de acreditación del conocimiento especial que alegan tener. Ello será particularmente importante en ciertas categorías de casos en que, casi por definición, la prueba pericial será el elemento central de la discusión. Por ejemplo, en los casos por violación, el informe pericial que indica que se han encontrado restos de semen del acusado en el contenido vaginal de la víctima resulta ser una prueba determinante. Ahora bien, si dicho informe es rebatido por el de otro perito que señala que en virtud del examen de ADN dichas muestras no corresponden al acusado -sino al padre de la víctima- estamos en presencia de un escenario muy diverso. En estos casos, la discusión se centra en la idoneidad y credibilidad de cada uno de los peritos, más que en el contenido de sus declaraciones.

Para cumplir con el objetivo de acreditar a los peritos, nuestras primeras preguntas deben dirigirse a que el testigo demuestre su experticia de modo de legitimar su testimonio. Si este expertizaje se funda en sus conocimientos, las preguntas deben dirigirse hacia hechos como sus estudios, sus doctorados, sus publicaciones e investigaciones; si se funda en su experiencia, las preguntas se dirigirán a las actividades que ha desempeñado, durante cuántos

años, a la cantidad de ocasiones en que ha participado en situaciones como las que son materia de la prueba, etc. Esto es muy importante de destacar. El prejuicio común suele situar la experticia de los peritos en los estudios. No necesariamente ello ocurrirá así. Existen muchas áreas de experticia en donde más relevante que los estudios es la propia experiencia de los peritos, o al menos junto con los estudios la experiencia.

Veamos un ejemplo. Se trata de la acreditación de un perito (médico general) que declara sobre la gravedad de lesiones externas causadas a la víctima como consecuencia de una pelea:

Fiscal: Nos podría indicar su nombre completo.

Perito: Francisco Pérez Soto.

Fiscal: Don Francisco ¿Qué edad tienen usted?

Perito: 41 años.

Fiscal: ¿Nos podría indicar cuál es su profesión?

Perito: Médico cirujano.

Fiscal: ¿Qué significa ser médico cirujano?

Perito: Bueno, este es el grado que se obtiene una vez finalizados los estudios generales de medicina, para lo cual no es necesario cursos posteriores de especialización.

Fiscal: ¿Cuántos años de estudio requiere la obtención de tal título?

Perito: Siete años regulares, que son lo que demoré en la obtención del título.

Fiscal: ¿En dónde estudió usted?

Perito: En la Universidad Católica.

Fiscal: ¿Ha realizado estudios posteriores de especialización o profundización?

Perito: No.

Fiscal: ¿Dónde trabaja?

Perito: En el hospital público de la ciudad, en la atención de urgencias.

Fiscal: ¿Hace cuanto tiempo trabaja allí?

Perito: Bueno, ingresé al hospital una vez que obtuve mi título, eso quiere decir que llevo 13 años trabajando en el mismo lugar y en la misma sección de urgencias.

Fiscal: ¿Podría relatarnos en qué consisten sus principales funciones en el hospital?

Perito: A mí me corresponde recibir los casos de urgencia, es decir, de todas las personas que por accidentes u otras circunstancias requieren atención médica inmediata sin poder solicitar una consulta anticipada.

Fiscal: ¿Qué tipo de atenciones usualmente presta?

Perito: Bueno, fundamentalmente nos hacemos cargo de prestar primeros auxilios y exámenes físicos generales y atención a personas que presentan diversos tipos de politraumatismos y traumatismos.

Fiscal: ¿A qué se refiere cuando dice politraumatismos y traumatismos?

Perito: Nosotros llamamos así lo que vulgarmente las personas identifican como lesiones de distinta gravedad.

Fiscal: ¿Es común que usted realice exámenes médicos a personas lesionadas?

Perito: Bueno, este es mi principal actividad profesional.

Fiscal: ¿Es común que las lesiones provengan de riñas o peleas?

Perito: Sí claro, yo diría que un 50% de las atenciones que prestamos provienen de esa causa, otro 30% proviene de accidentes del tránsito y un 20% de accidentes en el hogar o el trabajo.

Fiscal: En base a su experiencia ¿Nos podría indicar cuántas atenciones por lesiones causadas en riñas o peleas realiza usted en promedio mensualmente?

Perito: Bueno, es difícil de calcular.

Fiscal: Déjeme ayudarlo, ¿cuántas en promedio realiza al día?

Perito: Al día deben ser unas 3 ó 4.

Fiscal: Esto quiere decir que usted realiza unas 15 semanales...

Perito: Sí, esa es la cantidad más o menos promedio.

Fiscal: Eso nos lleva a 60 atenciones mensuales y cerca de 700 anuales...

Perito: Exacto, esa es la cantidad promedio...

Fiscal: Por lo que en 13 años de trabajo usted ha practicado alrededor de 9.000 exámenes físicos por lesiones...

Perito: Así es.

Fiscal: ¿Cuán complejo resulta realizar un examen médico externo para constatar lesiones?

Perito: En verdad no se trata de un examen muy complejo. Cuando no existen heridas cortopunzantes o heridas de bala, el examen es muy sencillo, se trata de revisiones externas y radiografías básicas en las zonas de las lesiones si corresponden.

Fiscal: ¿Se requiere alguna especialidad para realizar dichos exámenes?

Perito: En verdad no, se trata de cuestiones generales básicas que toda persona que ha estudiado en una escuela de medicina y tiene una mínima práctica profesional debiera estar en condiciones de realizar con seriedad. Más aún si tiene experiencia práctica lo que ayuda mucho a identificar con precisión el tipo de lesiones y los tratamientos adecuados para su sanación.

Fiscal: ¿Es usted una persona con experiencia en estas materias?

Perito: Sí, como comentábamos, el hecho que lleve 13 años practicando exámenes de este tipo en el hospital me han hecho revisar todo tipo de casos muchas veces. En este contexto soy probablemente uno de los médicos del hospital que más habilitado está para hablar de este tipo de exámenes.

Fiscal: Don Francisco, vamos ahora al examen que practicó en.....

Como se puede apreciar en el ejemplo, la acreditación en este caso gira en torno a dos ejes. Los estudios de medicina y luego la práctica y experiencia profesional en el área de la experticia que este testigo va a declarar en juicio. Nótese como la acreditación en este caso no profundiza en demasía en los estudios y que, de hecho, el perito no indica tener más estudios que los básicos generales de cualquier médico; sin embargo, a la vez queda muy en claro que se trata de un experto altamente calificado por su experiencia en la práctica de exámenes físicos y que mayores calificaciones profesionales que las de un título médico no son necesarias para construir esa experticia.

Es importante destacar que la acreditación del perito se constituye en un elemento crucial de la planificación de su examen directo. Un error común al respecto suele ser el hecho de que la legitimación de los peritos u otros expertos se mecaniza por parte de los abogados, transformándola así en una etapa del examen directo aburrida y sin ningún valor de importancia para el juzgador. El buen abogado litigante sabe que esta etapa no está constituida por un conjunto de preguntas "estándar", sino que por un conjunto de preguntas que demuestren al juzgador y a nuestra contraparte claramente que se está en presencia de una persona capaz, preparada y sólida. No se trata aquí de tener que pasar rápidamente el

obstáculo inicial de la acreditación para entrar luego al "verdadero" examen directo del perito. Muy por el contrario, todo lo que podemos ganar en el examen directo con un informe pericial "perfecto" para nuestra teoría del caso se puede perder si luego en el contraexamen nuestro experto resulta ser literalmente "destrozado" por una indebida acreditación de nuestra parte. Un mal perito siempre va a ser un mal perito, no podemos cambiar la naturaleza de las cosas con unas simples preguntas de acreditación. En este sentido es claro que las preguntas de acreditación no son una suerte de varita mágica que transformaran a la Cenicienta en una princesa. Sin embargo, el valor que el tribunal puede darle a la opinión de un experto puede ser menor al que realmente tiene si no demostramos la idoneidad del mismo con claridad y con hechos sólidos. Si por culpa de nuestra deficiente acreditación el tribunal no le entrega la credibilidad que merece al perito, hemos incurrido en un grave error de litigación.

Esto nos lleva al tema de las preguntas que se deben utilizar para el proceso de acreditación del perito. La variedad de preguntas y tópicos que se pueden abordar para este objetivo son infinitas. Cada una dependerá de las calificaciones que nuestro experto posea y del tema en que particularmente nos interesa acreditarlo. Las necesidades de acreditación de los peritos, al igual que la de los testigos comunes y corrientes, dependen del tipo de peritaje que este mismo ha realizado y, en consecuencia, de las necesidades específicas de cada caso en concreto. Todo lo anterior requiere una cuidadosa preparación antes del juicio y un conocimiento acabado de los antecedentes de nuestro experto. Nuevamente surge un tema que hemos reiterado hasta el cansancio en otros capítulos: no se puede llegar a improvisar al juicio oral, el arte de la litigación se encuentra en la adecuada preparación del caso. Supongamos que nuestro perito sea un doctor experto en cardiología en un caso en el que estamos intentando acreditar negligencia médica. Una clásica pregunta de acreditación será la relativa a los estudios del perito que den cuenta de su especialidad. Pero eso es solo la punta del Iceberg. Si nuestro perito además fue el mejor alumno de su clase, también nos interesa que diga eso, no solo que estudio en tal y cual universidad, sino que además ganó el premio al mejor alumno con un promedio de 99,9% o tal vez que durante sus estudios de especialización tuvo oportunidad de ser el asistente del profesor tanto o cuanto, quien es reconocidamente el especialista más importante en Latinoamérica en el tema, iremos también sobre sus publicaciones en el área, su experiencia profesional, cuántos casos de este tipo ha revisado en su vida, etc. Jamás tendremos oportunidad de extraer tal información si es que nosotros no la conocemos con anterioridad, en fin, si es que no estamos preparados para obtenerla en el juicio. A la vez, si por falta de preparación no obtenemos información relevante como la del ejemplo anterior, estaremos restando elementos que aumentan la credibilidad y certeza de nuestro peritaje, lo que en la valoración final de las pruebas que realizará el tribunal puede ser un elemento decisivo para ganar o perder el caso.

Una última cuestión antes de continuar. En muchas ocasiones, la acreditación no sólo debe referirse a la persona del perito y su experticia sino a los procedimientos u operaciones realizados por él. En buena cantidad de disciplinas, particularmente las de corte científico, la potencia de los resultados y conclusiones no dependen tanto de las cualidades personales del perito, como del haber seguido ciertos procedimientos estandarizados y uniformados de los expertos de la disciplina como el mecanismo idóneo para realizar ciertas operaciones y obtener conclusiones. Así, una parte de la acreditación del litigante deberá estar focalizada

a la descripción y acreditación de los procedimientos utilizados por el perito en el caso concreto. De no hacerlo, por bueno que sea el perito, podría ser objeto de un contraexamen feroz que desacredite sus conclusiones.

4.3 La Organización del Relato

Una vez que hemos acreditado suficientemente la experticia de nuestro experto, debemos producir el testimonio. La producción del testimonio de los peritos, en general, se sujeta a las mismas reglas de litigación que cualquier testigo. No obstante, una primera diferencia importante se produce respecto al orden de organización de la declaración de los peritos. Cuando revisamos a los testigos en general, concluimos que un orden recomendable para estructurar su declaración era el orden cronológico. Esta regla se altera tratándose de los peritos. En general, el orden cronológico será aquí poco relevante. Los peritos no son testigos presenciales de los hechos y, en consecuencia, normalmente no tienen una cronología que relatar. El relato de los peritos normalmente será temático, es decir, cubrirá las distintas conclusiones y procedimientos llevados a delante para arribar a las mismas. No obstante lo anterior, el orden cronológico podrá utilizarse, y es recomendable hacerlo, tratándose de situaciones en las que el trabajo u operaciones realizadas por el perito suponen una cierta cronología sin la cual resulta difícil entender los resultados finales o conclusiones a las que arriba, por ejemplo cuando el perito debe explicar el desarrollo cronológico de la condición médica de un paciente si se está intentando determinar si hubo negligencia. Veamos un ejemplo que permita visualizar lo que hemos dicho:

- P: Señor López ¿Cuáles son las conclusiones de su informe?
- R: Bueno de acuerdo a los exámenes que practicamos a las muestras recibidas, pudimos determinar que el ADN contenido en los fluidos vaginales de la muestra M23 era equivalente al que obtuvimos de la muestra de sangre M24, que corresponde al señor Pedro Curtis.
- P: Déjeme entender bien esto, nos podría indicar en concreto ¿qué significa lo que nos acaba de decir?
- R: Bueno, es relativamente simple, esto quiere decir que el semen encontrado en el fluido vaginal de la víctima corresponde al acusado debido a que su ADN es idéntico.
- P: Doctor, ¿es posible que haya dos personas distintas con el mismo ADN?
- R: Eso es imposible, por lo mismo le puedo asegurar con un 100% de certeza que el semen contenido en la muestra de fluidos vaginales de la víctima corresponde al acusado.
- P: Doctor, ¿podría explicarnos cuál fue el procedimiento que utilizó para llegar a esa conclusión?
- R: Bueno, para ello, en primer lugar, analizamos...

Como se puede observar en el ejemplo, el relato de los hechos se inicia con la conclusión del informe, es decir, si consideramos la cronología del trabajo realizado por el experto, comenzó con lo último que realizó en el tiempo. Una vez que el experto explica con claridad su conclusión, el litigante vuelve atrás cronológicamente y le solicita que explique el procedimiento. Se trata de un examen directo organizado con estructura fundamentalmente temática, debido a que al litigante le interesa destacar la conclusión para luego revisar los

detalles y otros aspectos que llevaron a la misma. Probablemente, al explicar el procedimiento, se siga con un orden cronológico que se haga cargo de los distintos pasos que se fueron dando en el tiempo para llegar a la conclusión expuesta.

4.4 Atención con el uso del Lenguaje Especializado

Otro aspecto relevante a considerar para estructurar el examen directo de los peritos y testigos expertos se refiere al uso del lenguaje especializado. En este sentido, lo común será que la potencia del testimonio de un experto esté centrada en las materias técnicas sobre las cuales tiene conocimiento especial y que contribuyen a nuestro caso. Sobre dicho testimonio, deberá lograrse que el experto declare para la comprensión del tribunal. Habrá que hacerle ver que, si se requirió un experto, es precisamente porque los hechos resultan incognoscibles para los jueces en la forma en que están, y requieren de una explicación por alguien con real conocimiento. A fin de cuentas, la cuestión esencial será que el lenguaje técnico de la experticia, traducido a un idioma comprensible para el tribunal, resulte en las proposiciones fácticas que sustentan nuestra teoría del caso. Hay que destacar que esto no es un asunto menor para lograr los objetivos del examen directo de nuestro experto. Aunque duela reconocerlo, sólo somos abogados. Es decir, no tenemos porque tener un conocimiento especial del lenguaje técnico utilizado en una disciplina que no se relaciona con nuestro conocimiento. Debemos lograr que el experto sea capaz de explicar en un lenguaje que, como abogados y, más aun, como personas comunes y corrientes, podemos entender.

La tendencia natural de expertos es hablar en el lenguaje de su experticia ya que su rigurosidad profesional se demuestra en la medida en que puedan expresarse con mucha precisión técnica (en una escala distinta, nosotros mismos caemos en ese vicio tan menudo o ¿acaso no han recibido alguna vez el comentario crítico de algún amigo o familiar lego acerca de lo aburrido que son las fiestas de abogados? Ello debido a que se habla un lenguaje incomprensible, como si estuviéramos alegando en una Corte). El desafío está entonces en hacer que este experto pueda explicar lo mismo en términos que sean claros para todos los que están fuera de la órbita de tales conocimientos especializados. Si el experto insiste en utilizar términos difíciles de comprender porque ellos son los más adecuados técnicamente, hay que pedirle que explique con claridad su significado. Aquí el abogado debe tener un control muy estricto de la información que sale de la boca del perito y que esa información se produzca en un formato que sea claro y convincente para el tribunal. Supongamos que estamos en presencia de un experto en biología molecular que está realizando un análisis de tejidos que encontró en el vehículo del acusado para compararlo con una muestra de la alfombra de la víctima:

- P: Doctor Martínez, ¿podría decirnos qué exámenes practicó a la muestra recogida del auto del acusado y a la muestra de la alfombra de la víctima?
- R: Bueno, se le practicó el test DIOPREN 19.
- P: Doctor, ¿podría explicarnos en qué consiste ese test?
- R: Consiste en el análisis químico de las muestras aplicando sulfatos nítricos a las mismas, de manera de determinar su idoneidad biológica.
- P: ¿Qué significa esto de que se le “apliquen sulfatos nítricos”?

- R: Bueno, en palabras simples, se trata de un químico que se echa a la muestra que produce una reacción que permite identificar la composición química de esos elementos.
- P: ¿A qué se refiere usted doctor cuando dice "idoneidad biológica"?
- R: Es el término técnico que ocupamos para decir que dos muestras distintas corresponden a la misma entidad física.
- P: Si entiendo bien doctor, eso quiere decir que si hay idoneidad biológica en dos muestras ¿ellas corresponden a un mismo objeto?
- R: Exactamente, eso es lo que quiere decir idoneidad biológica.
- P: Doctor quisiera que ahora...

Como se puede ver en este simple ejemplo ficticio, no obstante el experto utiliza un vocabulario técnico que carece de sentido para quienes no están formados en dicha especialidad, el abogado que lo examina deja claro cuál es el sentido de ese tecnicismo, de manera que el tribunal pueda apreciar con claridad el resultado del peritaje. Sin esta precisión, seguramente las palabras del perito, por más potentes que sean dentro de su especialidad, probablemente no significan nada a oídos de un tribunal que no recibe ninguna explicación en un lenguaje medianamente comprensible acerca del significado de las mismas o, incluso peor, le darán el significado que, en la mente de cada uno de esos jueces, puedan llegar a tener.

4.5 Declaración de Hechos v/s Hipótesis:

Otra particularidad del testimonio de los testigos expertos que resulta relevante para la preparación de su examen directo es que no se trata necesariamente de testigos presenciales. Así, por ejemplo, si bien el médico que atendió a la víctima herida en el hospital es un testigo que -podríamos decir- es presencial respecto de una porción de la historia, lo cierto es que el médico llamado por la contraparte para refutarlo no lo es en absoluto y, aún así, su declaración es procedente. En el caso de los testigos expertos, entonces, las preguntas van a adoptar con frecuencia la forma de hipótesis sobre las cuales éstos emiten una opinión. Esta es otra particularidad de los testigos expertos pues, como se recordará, las opiniones están prohibidas por regla general para los testigos legos. Estas hipótesis deben dirigirse a situar al juzgador frente a situaciones que le permitan entender la proposición que se desea probar, por ejemplo:

En una causa por supuesta negligencia médica, nuestra parte presenta al Presidente del Colegio de Expertos en Riñón para que testifique acerca de la extirpación de un riñón practicada a nuestro cliente, el Sr. Claro.

- P: Dr. Álvarez, ¿puede usted indicarnos su nombre completo?
- R: Juan Álvarez González.
- P: ¿Puede usted indicarnos su profesión?
- R: Soy médico experto en temas de riñón.
- P: Dr. Álvarez, ¿podría indicar a este tribunal en qué consiste su especialidad?
- R: Bueno, la riñonología es la especialidad médica encargada del tratamiento del riñón.
- P: ¿Cuántos años de estudio habilitan para ejercer esta especialidad?
- R: Bueno, luego de los 7 años de estudios de la carrera, uno debe realizar los estudios de especialidad que en mi caso se extendieron por cinco años más. Posteriormente viene

el periodo de acreditación ante el Colegio de la especialidad mediante una practica de 3 años adicionales.

P: ¿Podría usted señalar dónde realizó sus estudios de especialidad?

R: Los realice en la Universidad Católica y posteriormente obtuve una beca para la Universidad de Miskatonic, de la ciudad de Miskatonic, en el Estado de Nueva Inglaterra, Estados Unidos.

P: Puede usted indicarnos su actual cargo y lugar de trabajo.

R: Soy jefe de la sección para el tratamiento de la Cirrosis del Hospital Santa Rita.

P: ¿Hace cuánto tiempo?

R: Hace 25 años.

P: Ahora quisiera realizarle algunas preguntas relacionadas a su especialidad, para lo cual le pido centrar su atención en la presente radiografía. ¿Cuál es su opinión acerca de la situación médica representada por esta radiografía de riñón?

R: Bueno, la radiografía presenta una irritación crónica derivada del consumo abusivo y prolongado de alcohol, propia de los pacientes con Cirrosis.

P: Dr. Álvarez, en sus años de tratamiento de la cirrosis ¿qué soluciones médicas son idóneas a la presente patología?

R: El tratamiento ordinario es la abstinencia de por vida y la medicación y, en casos extremos, la extirpación del órgano dañado.

P: Dr. Álvarez, si la radiografía que aquí se presenta fuera de un paciente suyo, ¿cuál opción aplicaría?

R: Si bien es difícil decir, creo que por el nivel de avance del daño que se observa en la superficie izquierda del órgano y la falta de compromiso del lado izquierdo, me inclinaría a recetar un tratamiento de drogas y abstinencia.

P: ¿No prescribiría la extirpación?

R: No, me parece perfectamente posible evitarlo todavía.

Como se ve en el ejemplo, el examen de los testigos expertos no presenciales se basa en hipótesis que tienden a subsumir la proposición fáctica que se desea probar (la hipótesis: “si usted tuviera un paciente bajo estas condiciones médicas, ¿sería una decisión técnicamente acertada la extirpación?”; la proposición fáctica: “el doctor -acusado- actuó con negligencia médica”. Este tipo de examen presenta la dificultad de tener que aportar evidencias que hagan procedente la declaración, en este caso la radiografía. De lo contrario, el ejercicio puede resultar demasiado vago y no constituir un recurso relevante. Por otra parte, siempre existe el riesgo de ser refutado por otro testigo experto de igual o mejor calidad.

4.6 Control, Control y más Control.

Finalmente, una última cuestión que debemos enfatizar respecto al examen directo de los peritos y testigos expertos se refiere al rol del abogado a cargo del mismo. Por más que el experto conozca la materia sobre la cual depone, el examen debe ser dirigido por el litigante, de modo de seguir la estrategia que hemos diseñado previamente. Esto lo hemos dicho respecto de los testigos, pero en los peritos adquiere mayor complejidad. En muchas ocasiones resulta difícil controlar a los peritos ya que por su carácter de expertos se ven tentados a dictar cátedra o a aportar más antecedentes que los solicitados. El juicio se construye en un buen escenario para que los expertos intenten aprovechar la oportunidad para extenderse

innecesariamente en varios temas no relevantes para el caso, pero que sí pueden ser importantes para el lucimiento personal. Aquí nuevamente el abogado debe ser capaz de llevar bien las riendas de la declaración. Quien tiene el control de la teoría del caso, quien sabe cuáles proposiciones fácticas relevantes debe obtener, es el abogado y no el perito.

5. El Contraexamen de peritos y testigos expertos

Las reglas de litigación del contraexamen de peritos y testigos expertos también quedan básicamente sometidas a las mismas que hemos revisado tratándose de testigos comunes y corrientes. Tal vez lo que constituye el principal desafío en esta categoría de testigos es que, en una parte importante de casos, su contraexamen se dirige principalmente a desacreditar su experticia o la idoneidad de su testimonio. Ello impone exigencias de preparación al litigante superiores a las de un testigo lego, ya que la efectividad del contraexamen obligada a interiorizarse de los conocimientos del experto, de manera de poder direccionar adecuadamente el contraexamen. Ello supondrá en muchas ocasiones la necesidad de estudiar aspectos de la disciplina del experto o derechamente asesorarse por otro experto de la misma disciplina que pueda orientar mi trabajo en el contraexamen, revisar las cosas que el experto ha escrito previamente en el tema, etc. Pero cuidado, el contraexamen de un experto, en el área de su experticia, es siempre un ejercicio extremadamente complicado. Si se nos permite una analogía futbolística, planificar un tipo de contraexamen adversarial (vgr. desacreditar su testimonio) en materias de experticia, es como planificar un triunfo en un partido de fútbol contra Brasil de visita, pero con dos jugadores menos. No es invencible ni imposible (“imposible es una opinión, no un hecho”, reza por ahí un aviso comercial de una marca deportiva famosa), pero muy difícil. ¡¡¡Cuidado amigos con la tentación!!! En estos casos normalmente “el tonto” no lo es para nada y si voy por lana, seguro que puedo salir trasquilado.

A modo de sistematización, es posible identificar cuatro líneas clásicas de contraexamen de peritos que es necesario tener presente al momento de estructurar el trabajo en juicio. A ellas se deben sumar todas las líneas propias de nuestra teoría del caso y las que surgen de las circunstancias particulares del juicio en cuestión. A continuación, revisaremos estas líneas. Una advertencia previa. Al igual que en la desacreditación de los testigos, no se trata de líneas abstractas sino que de posibilidades que, puestas en casos concretos, permitirían tener un punto relevante. Cuidado también con caer en la mecánica de obtener algo de estas líneas y pensar que con eso ya se ganó.

5.1 Primera Línea: “Interés”.

Al igual que los testigos legos, los peritos también pueden ser desacreditados por interés. La particularidad en caso de los peritos se explica debido a que en una cantidad importante de casos los ellos serán objeto de remuneraciones por sus peritajes y declaraciones en juicio. En principio, ello no constituye un problema. Todo profesional tiene derecho a percibir remuneraciones por el trabajo que desempeña. Sin embargo, si averiguamos que las remuneraciones que ha recibido este profesional en este caso son excesivas (tasas fuera del mercado o muy por fuera de lo que habitualmente el mismo experto cobra en otros ámbitos de

su vida profesional), es posible que tengamos un punto de contraexamen: “las conclusiones no son producto del conocimiento experto sino de la remuneración”. Esta línea encuentra reconocimiento normativo en nuestro Código Procesal Penal. Así, el artículo 318 permite que *“Las partes o el tribunal podrán requerir al perito información acerca de su remuneración y la adecuación de ésta a los montos usuales para el tipo de trabajo realizado”*. Se trata de una línea de contraexamen que para tener impacto en concreto debe tener cierta fortaleza. Cuidado con intentar hacer un gran tema simplemente por el hecho que el perito cobró legítimamente por un trabajo realizado.

Una segunda línea vinculada a interés o imparcialidad de perito puede explorarse revisando su historial de peritajes en juicio. Así, un perito que comparece a diario siempre apoyando la tesis de los fiscales podría manifestar un cierto compromiso con la persecución penal que eventualmente podría dar para una línea de desacreditación.

Como ya hemos dicho, hay que tener cuidado en la ejecución de esta primera línea, cualquiera sea su versión, y de las conclusiones que se pueden obtener. No se trata de que el perito se desacredite por cualquier cosa. En la medida que el conjunto de circunstancias del caso efectivamente sea poderoso, se debieran explorar estas líneas. En caso contrario, se corre el riesgo de explorar en el contraexamen áreas poco fructíferas o que incluso pueden perjudicar nuestra posición como litigantes serios.

5.2 Segunda Línea: “El Testigo no es quién dice ser”.

Una segunda línea de desacreditación de peritos se produce cuando puedo mostrar en el juicio que el supuesto experto que ha traído mi contraparte en realidad no tiene las calificaciones o experiencia que se habían supuesto en el examen directo.

Esta línea presenta a su vez dos versiones con distintos niveles de impacto. Por una parte, uno se encuentra frente a casos en los que efectivamente el perito no resulta un muy buen experto. Esto ocurre cuando, por ejemplo, traemos evidencia de que, en su largo currículum, donde se menciona que el perito ha sido profesor universitario en las más prestigiosas facultades de medicina del país, había olvidado mencionar que había sido expulsado de varias universidades por negligencia y que el tiempo de permanencia como docente en las mismas no había superado un semestre. Efectivamente, el perito había sido académico, pero también es verdad que había sido expulsado de cada una de las universidades en donde había trabajado por falta de profesionalismo o rigurosidad.

Una segunda versión, más sutil y mucho más común en la práctica también en nuestros tribunales; se refiere a casos en los cuales, si bien la persona presenta calificaciones reales, en el examen directo declara sobre materias que se encuentran fuera de su experticia, como por ejemplo, al médico que realiza el examen físico externo del paciente para determinar el tipo de lesiones de que fue objeto en un robo con violencia, y el fiscal le comienza a preguntar por el “estado psicológico” del paciente al momento en que prestó la atención. Ese doctor podrá estar muy bien acreditado para cuantificar las lesiones, pero probablemente está muy lejos de ser un experto en materias psicológicas que pertenecen a una disciplina completamente diversa. Respecto de esa porción de su declaración, el perito en nuestro ejemplo no es un perito y su

testimonio es irrelevante. Si no ha sido acreditado como un experto en esa área no puede dar opiniones expertas.

5.3 Tercera Línea: “Seguridad de las afirmaciones”.

En varias disciplinas técnicas nunca resulta posible afirmar con 100% de certeza o seguridad una conclusión. No obstante la conclusión que presente el perito sea altamente probable a la luz de su disciplina, un experto serio normalmente estará dispuesto a reconocer porcentajes o márgenes de error en sus resultados. Esos márgenes varían de caso a caso, pero pueden constituir una herramienta poderosa para enviarle un mensaje al tribunal que desacredite, al menos en parte, las conclusiones del peritaje: “Estimado tribunal, este testigo no puede afirmar con seguridad lo que pretende”. Hay que tener cuidado si en este punto. Hay veces que los litigantes tienen la tendencia a capitalizar mas de lo que pueden. Así, no cualquier margen de error es relevante para desacreditar al perito. Supongamos que el perito nos reconoce que el margen de error es uno en diez millones. En un caso de ese tipo “tirarse a la yugular” del perito sería probablemente contraproducente.

Si el experto no está dispuesto a reconocer los porcentajes de error, tal vez estamos en nuestro día más afortunado. Si hemos venido preparados, normalmente estaremos en condiciones de dar cuenta de esto al tribunal y con ello el perito habrá abierto la puerta para una línea de desacreditación aún más poderosa “el perito está mintiendo u ocultando información que nos favorece”. En ese caso, habremos ganado, no por el margen de error, sino por el impacto que puede tener en la credibilidad personal del perito mentir ante el tribunal en la audiencia de juicio.

5.4 Cuarta Línea: “La Fidelidad con la Ciencia”.

Una última línea clásica de desacreditación de los peritos y sus peritajes tiene que ver con la fidelidad con la que éste ha realizado sus operaciones y ha obtenido sus conclusiones en relación a los cánones de su ciencia. Se trata de una línea muy poderosa de contraexamen, ya que nos permite sugerirle al tribunal que las conclusiones del perito no son válidas por no respetar o no ser fieles con la disciplina a la cual pertenecen. Esta línea, a su vez, admite diversas modalidades.

Una primera modalidad se produce cuando el perito no es fiel a su ciencia ya que las conclusiones que obtiene contravienen aspectos consensuados en su disciplina. Si existe un consenso importante en la disciplina sobre la materia y el perito contraviene ese consenso, ello no significa que no pueda ser creído (en donde quedarían los innovadores y los genios que han producido cambios coperniquianos en sus disciplinas), sino que ello impone una carga mucho mayor a ese perito y ese es un factor que juega en nuestro favor en un contraexamen.

Una segunda modalidad se da cuando el perito no es fiel a su ciencia ya que obtuvo resultados sin utilizar los procedimientos acreditados y considerados idóneos en su área para lograr dichos resultados. Buena parte del rigor de las disciplinas científicas más duras se base en la utilización de procedimientos muy específicos que permiten validar resultados. Cuando esos procedimientos no son seguidos, los resultados, por más impresionantes que sean,

normalmente carecerán de valor para quienes cultivan las respectivas disciplinas. En consecuencia, si hay un error o un cambio en el procedimiento utilizado, normalmente la conclusión no será válida.

Finalmente, una tercera modalidad se produce cuando el perito no es fiel a su ciencia ya que este mismo experto había manifestado una opinión contraria a la que sostiene ahora en el tribunal (por ejemplo, había escrito un libro sobre la materia en el que dice algo distinto a lo que afirma hoy). La pregunta entonces es ¿qué credibilidad tiene alguien que cambia de versiones respecto a su propia opinión técnica publicada? Al igual que en el primer caso, esto no significa que el perito no pueda ser creído, ya que en muchas ocasiones el cambio de opinión se debe precisamente al profesionalismo del experto (por ejemplo, debido a la utilización de nuevos y más precisos procedimientos inexistentes al momento en que escribió el texto que se contrapone hoy en juicio). Con todo, si en el contraexamen soy capaz de poner en la mesa esta contradicción, sin lugar a dudas le pongo al perito una carga de justificación mucho mayor, lo que eventualmente podría generar dudas acerca de la certeza de su informe.

6. El uso del informe pericial:

Una de las cuestiones que en nuestra experiencia genera más confusión en el tránsito de sistemas inquisitivos de enjuiciamiento a sistemas acusatorios que contemplan como etapa central del proceso el juicio oral, es al uso que se da al informe pericial escrito. En efecto, suele confundirse cuál es la función que este informe cumple en el juicio oral. Así, no es extraño encontrar casos en los que las partes introducen a juicio el informe pericial escrito como si se tratara de una prueba documental o que los jueces del tribunal exijan que se acompañe dicho informe junto con la declaración del perito. Esto ha ocurrido también en varios tribunales orales en nuestro país que, haciendo una lectura errónea del artículo 315 del Código Procesal Penal²⁵, han considerado que, no obstante el perito debe comparecer y declarar en juicio, de todas maneras debe ser entregado su informe escrito al tribunal al momento de su comparecencia a la audiencia. Nos parece que prácticas de este tipo erosionan fuertemente principios básicos del juicio oral, tales como la inmediación, la contradictoriedad y la oralidad.

En alguna medida, las prácticas descritas se generan por una cierta confusión acerca de cuál es el medio de prueba en un sistema de juicio oral. Desde el punto de vista de las reglas de prueba, en un sistema de juicio oral no hay duda acerca que en la audiencia de juicio la prueba pericial básicamente consiste en la declaración personal que debe prestar el perito en la audiencia. En esto, la lógica no es muy distinta a la de los testigos comunes y corrientes y ha sido reconocida en forma expresa en nuestro código en el artículo 329, según hemos tenido oportunidad de revisar en forma previa. De acuerdo a este mismo

²⁵ Se trata de una interpretación errónea ya que el artículo 315 está pensado para la audiencia de preparación de juicio oral. Para esos efectos, el litigante que desee presentar a un perito debe acompañar su informe en tal audiencia, con el objeto de posibilitar al juez de garantía hacer el examen de relevancia (pertinencia) del peritaje e idoneidad del perito que permitan admitir dicha prueba en juicio. De hecho, en el proyecto original presentado en la discusión parlamentaria, las normas de prueba, entre ellas el artículo 315, se contenían en el capítulo que regulaba la etapa de instrucción. Sólo en un momento avanzado de la discusión parlamentaria se decidió poner las normas sobre prueba en la etapa de juicio, pero se mantuvo la redacción original que es lo que puede generar confusión en su interpretación.

artículo, la declaración del perito no puede ser substituida de ninguna forma por la lectura de actas o informes periciales escritos (salvo algunas excepciones que se establecen en el artículo 331). Así, la regla fundamental respecto a la prueba pericial es que el perito debe comparecer y someterse a las reglas de examen y contraexamen. En este contexto, ¿para qué sirve el informe pericial escrito redactado antes del juicio? La respuesta es que este informe cumple múltiples funciones. Desde luego, constituirá una herramienta para que ambas partes puedan preparar la litigación en el juicio. De esta forma, la parte que presenta al perito podrá estructurar su examen directo sobre la base del conocimiento que tenga de las opiniones del perito y cómo estas deben ser encajadas en el relato general para acreditar la propia teoría del caso. Para la contraparte, a su vez, el informe será una pieza clave para preparar el contraexamen o, aún antes, para producir información propia que pueda controvertir en juicio a la que aportará el perito. En el juicio mismo, el informe escrito es equivalente a una declaración previa del perito, en consecuencia, puede ser utilizado legítimamente para dos fines: refrescar la memoria del perito y manifestar inconsistencias relevantes entre las declaraciones actuales con el informe, según lo regula de manera expresa el artículo 332 del código. Fuera de estas hipótesis, cualquier otro uso del informe escrito es ilegítimo y puede poner en riesgo la vigencia efectiva de un sistema de juicio oral.

CAPITULO IX:

EL ALEGATO DE APERTURA

1. Introducción:

Hasta ahora hemos centrado nuestra atención en producir la prueba. No obstante, de poco nos servirá tanta información incorporada al juicio si no nos preocupamos de armar al juez el rompecabezas cuyas piezas están constituidas por toda esa información. Tal rompecabezas, armado, no será otra cosa sino nuestra propia teoría del caso que surge clara y nítida de la evidencia presentada, en algunas ocasiones más nítida que en otras, es por eso que necesitamos de una oportunidad para explicar al tribunal de qué manera debe mirarse la evidencia presentada. Las instancias para ello son básicamente dos: el alegato de apertura y el alegato final. En el primero anunciaremos al tribunal qué es lo que están a punto de ver, en el juicio que se inicia. En el segundo haremos ver al tribunal de qué manera nuestro anuncio se ha cumplido.

En esta sección revisaremos los principales aspectos vinculados con la estructuración y ejecución de los alegatos iniciales o de apertura de las partes de las partes acusadora o defensora.

Como señalamos los alegatos de apertura son una actividad fundamental del litigante en el juicio oral pues representan la oportunidad que tiene el abogado para presentar su teoría del caso ante el tribunal que resolverá el asunto. Por medio del alegato inicial o de apertura los jueces tomarán por primera vez contacto con los hechos y antecedentes que fundamentan el caso desde la perspectiva de las partes que intervienen en el juicio, es decir, desde la perspectiva de quien intenta demostrar una determinada interpretación de los antecedentes fácticos y jurídicos que se encuentran en juego en la respectiva causa. Recordemos que en nuestro sistema la única información que el tribunal recibe acerca del juicio es el auto de apertura proveniente del juez de garantía que dirigió la audiencia de preparación de juicio oral. Ese auto de apertura normalmente sólo contiene información mínima acerca del caso y, por sobre todo, respecto del contenido de la prueba que se producirá en el juicio.²⁶

Como complemento de lo anterior, los alegatos de apertura son de gran importancia porque permiten crear en los jueces una primera impresión acerca del caso que será crucial para el desarrollo del juicio. Así, por ejemplo, la primera impresión que el tribunal adquiera sobre credibilidad de la teoría presentada por el acusador o el defensor tendrá enorme influencia, facilitando al tribunal tener un prisma a través del cual ver el desarrollo del juicio.

En definitiva, a través del alegato de apertura construiremos el punto de vista a través del cual sugeriremos al tribunal examinar nuestro caso y prueba, de forma que puede arribar a las conclusiones que nosotros estimamos correctas para nuestro caso. Sin ofrecerle este punto de vista arriesgamos que el tribunal mire el caso desde perspectivas que podrían ser disfuncionales a nuestros objetivos de litigación y, en consecuencia, pierdan parte importante de la riqueza de la información que le transmitiremos durante el desarrollo del juicio.

²⁶ Como vimos en el capítulo inicial, esto es hoy en día una cuestión sin debate en nuestro código producto de la modificación del artículo 281 inciso primero que dispone "*El juez de garantía hará llegar el auto de apertura del juicio oral al tribunal competente, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su notificación*"

Lo mismo que el resto de las etapas, entonces, este momento del juicio no puede estar entregado a la mera improvisación del abogado o a sus especiales destrezas histriónicas. Un buen litigante es quien prepara exhaustivamente cada uno de los momentos en los que le corresponde intervenir, de manera de presentar una teoría del caso coherente y creíble con el objeto de lograr su finalidad última, la absolución o la condena del acusado.

No existe un modelo único y válido para estructurar un alegato de apertura, ello dependerá de las características del caso y de las fortalezas y debilidades que presente cada parte en el juicio. Por lo mismo, en las páginas que siguen se contendrán algunos elementos a tomar en consideración para estructurar un alegato de apertura .

2. La Regulación Normativa en el Código Procesal Penal:

Nuestro código recoge básicamente la misma noción de alegatos de apertura que hemos explicitado en la introducción del capítulo. En efecto, en los artículos 325 y 326 se regula esta actividad del juicio haciendo una distinción entre acusadores (fiscal y querellante) y la defensa.

El artículo 325 inciso final se hace cargo de la situación de los acusadores. Establece dicha disposición que una vez finalizadas las actividades iniciales de la audiencia a cargo del juez presidente (señalamiento de la o las acusaciones, advertencias preliminares al acusado y solicitud de abandono de la sala de testigos y peritos), éste debe dar la palabra al fiscal para que “exponga su acusación” y al querellante para que “sostenga su acusación”. Se trata en ambos casos de fórmulas equivalentes que pretenden darle la oportunidad al fiscal y querellante de presentar su caso.

El artículo 326 inciso segundo regula la situación del alegato de apertura del defensor. Así, una vez que se han realizado los alegatos de la acusación el tribunal debe ofrecerla la palabra al defensor para “exponer los argumentos en que fundare su defensa”. Nuevamente se trata de una fórmula sencilla a través de la cual el código intenta darle la oportunidad al defensor para presentar su caso.

Como se puede observar, los alegatos de apertura, tanto de un punto de vista conceptual como desde su regulación normativa en nuestro código, no presentan mayores dificultades. Se trata de una actividad relativamente simple y con objetivos muy específicos y claros. No obstante esto, es posible apreciar que en muchos casos esta actividad es desperdiciada por los litigantes debido a problemas básicos en la estructuración del alegato o de confusión de los objetivos que se persiguen con el mismo. Ello hace que antes de revisar los aspectos potenciales que componen el alegato de apertura descartemos algunas de las cuestiones básicas que no debieran formar parte del mismo.

3. Los “No” del Alegato de Apertura

Tomando en consideración los objetivos estratégicos del alegato de apertura, conviene advertir ciertas cuestiones que tradicionalmente es posible observar en actuaciones de este tipo y que estimamos no resultan conveniente que formen parte del mismo. La necesidad de iniciar el análisis de los alegatos de apertura con estas recomendaciones de “no haga” tiene que ver, entonces, con ciertas imágenes que en nuestra cultura jurídica inquisitiva existen acerca de la estructuración de alegatos ante tribunales y cortes. Ya hemos dicho, los alegatos de apertura cumplen funciones estratégicas centrales en el desarrollo de un juicio y no resulta lo más sabio desaprovecharlos. ¿Cuáles son estos no básicos? O ¿Cuáles son los errores más comunes en la ejecución de alegatos de apertura?

3.1.- El alegato de apertura no es un puro ejercicio de retórica u oratoria:

Uno de los problemas tradicionales que se pueden observar en nuestros alegatos de apertura es una cierta tendencia de los litigantes a sobreutilizar palabras y transformar el alegato en una suerte de declamación de poesía o retórica. En nuestro país pareciera que los abogados tienen la compulsión de agregar más palabras a todo lo que dicen como si nuestra remuneración se fijara, al igual que las transcripciones, por palabra terminada. Las palabras, imágenes retóricas u otras equivalentes pueden ser relevantes en algunas hipótesis para ilustrar al tribunal sobre ciertos puntos clave de nuestro caso, pero atención, en la medida que no reflejen una teoría del caso sólida y consistente, por sí mismas no tienen ningún valor en el alegato de apertura y deben ser evitadas.

3.2.- El alegato de apertura no es un alegato político ni menos emocional:

El alegato tiene por objeto fijar una cierta versión de los hechos del caso y hacer una promesa de evidencia que luego será presentada en el juicio según hemos visto. Cuestiones puramente emocionales o transformarlo en una tribuna para alegatos políticos desperdician la oportunidad del litigante de hablarle al tribunal en el lenguaje de los hechos de mi teoría del caso y de la evidencia que la sustentará. Incluso más, puede predisponer al tribunal negativamente respecto de mi caso. Si no le ofrezco una versión y, por el contrario, intento hacer de mi caso un tema puramente político u emocional no le he entregado nada al tribunal para poder procesar adecuadamente la información que presentaré en el desarrollo del juicio.

3.3.- El alegato de apertura no es un ejercicio conclusivo por parte del litigante:

Otro defecto muy común de litigación es que las partes comiencen a emitir conclusiones acerca de la evidencia en esta parte inicial del juicio. Esto es un error serio. Como hemos visto, el alegato de apertura busca introducir al tribunal en los hechos del caso. Como todavía estos son desconocidos, pero más aún la prueba no ha sido presentada, todavía no es la oportunidad para sacar conclusiones acerca de la calidad de la misma, eso es algo que dejaremos para el final del juicio en los alegatos de clausura.

3.4.- El alegato de apertura no es una instancia para dar mis opiniones personales del caso:

La información central que el tribunal debe considerar para decidir un caso es la prueba presentada en el juicio. Las opiniones de los abogados son irrelevantes para decidir casos, en consecuencia, se debe evitar la tentación de transformar esta etapa de litigación en una diatriba de opiniones irrelevantes del tipo “a mí me parece sería una injusticia se condenara a este gran hombre”.

4. Aspectos Estratégicos a Considerar en la Estructuración de un Alegato de Apertura

Teniendo ya las advertencias de la sección anterior nos parece relevante entonces preguntarnos desde un punto de vista estratégico ¿qué factores o elementos deben tenerse a la vista para estructurar un alegato de apertura?, es decir, qué es lo que debemos tener en mente al momento en que nos sentamos a preparar un alegato de apertura.

Nos parece que dos son las cuestiones principales que todo litigante debe tener presente al momento de planificar esta actuación del juicio a partir de las cuáles resulta posible realizar varias recomendaciones específicas en la materia. Estas cuestiones son:

4.1.- Los jueces no conocen el caso

El primer elemento clave al estructurar estratégicamente el alegato de apertura será el situarnos en la cabeza de los jueces y entender que para ellos esta será la primera actividad sistemática en la que se impondrán del contenido del caso y, particularmente, de nuestra teoría del caso. Este es uno de los desafíos más importantes para el litigante en todas las actividades en juicio. El litigante ha conocido el caso por meses, ha revisado con detalle toda la información, se ha entrevistado con los testigos, etc. Producto de este trabajo llega a juicio con el caso en la “piel” y cuesta sacárselo para como un observador externo preguntarse “si yo no supiera nada de este caso ¿cómo podría relatárselo a un tercero para que lo entienda?”

En este contexto, un error común de los abogados en los alegatos iniciales es que parten de la base (en forma explícita o implícita) que el caso y sus detalles son ampliamente conocidos por los jueces. Esto no es así, particularmente en un sistema que se toma en serio los principios de inmediación y contradicción. La información que conocen los jueces antes del caso es relativamente menor. Normalmente, se traduce en alguna resolución judicial previa que envió el caso a juicio (el auto de apertura de juicio en nuestro código). Siendo esto así, es fundamental para los litigantes explicarles, en la versión más sencilla posible a los jueces, en qué consiste el caso y cómo debe ser observado o la versión que del mismo debe guiar su observación de la evidencia.

Este primer elemento de la dinámica del juicio va a imponer un conjunto de recomendaciones para los litigantes, tales como la importancia que tiene el primer momento del alegato, la necesidad de buscar un tema que permita etiquetar al mismo, la necesidad de humanizar el conflicto, entre otros, los que serán analizados con más detalle en la próxima sección de este capítulo.

4.2.- La Credibilidad de la teoría del caso y del abogado litigante se construye a partir de los momentos iniciales del juicio

Ya hemos destacado con cierta reiteración en otros capítulos de estos materiales que una buena parte del éxito en la litigación en juicios orales dependerá de la capacidad que tengan los abogados de construir credibilidad para sus teorías del caso, para las pruebas que presentan e incluso de ellos mismos cómo litigantes profesionales y confiables. En buena medida, esa labor comienza en el alegato de apertura. Desde este momento inicial del proceso el litigante comienza entregar elementos para que el tribunal comience a realizar juicios sobre su caso, su prueba y él mismo. Siendo esto así, debe tenerse especial cuidado para evitar que por defectos de litigación pueda hipotecar las posibilidades de ganar a tan temprana altura del desarrollo del juicio.

En concreto, a partir de esta idea es que el abogado debe tener extremo cuidado en no exagerar el mérito de las pruebas propias, no ofrecer conclusiones que todavía no encuentran respaldo en la producción de evidencia en juicio y anticipar y explicar en forma razonable las debilidades del caso propio. Al igual que en el punto anterior, la explicación detallada de cada uno de estos elementos será objeto de revisión en la sección que sigue.

5. Aspectos Específicos para la Estructuración de un Alegato de Apertura

Como veíamos, a partir de las dos principales cuestiones que es necesario tener en mente para estructurar un alegato de apertura, surge un conjunto de recomendaciones o buenas prácticas que es necesario revisar y que deben ser considerados por el abogado al momento de estructurar su alegato inicial. A continuación revisaremos estos aspectos.

5.1.- Presentación de hechos y no de conclusiones

Toda vez que el alegato de apertura representa una de las actividades iniciales del juicio, lo que corresponde realizar en su desarrollo es básicamente la presentación de los elementos fácticos del caso y su vinculación con las normas aplicables, pero no extraer conclusiones de la prueba que aun no se ha presentado al juicio, ni menos realizar apelaciones argumentativas al proceso de razonamiento que uno desea que los miembros del tribunal apliquen al evaluar dicha prueba, cuestión que en cambio se podrá realizar en el alegato final.

Algunos ejemplos graficarán lo que hemos sostenido:

"Vamos a escuchar en este juicio al señor Carrasco, quién nos relatará cómo el ladrón que entró a robar a su tienda terminó asesinando a su mujer, y oiremos de él además que pudo ver la cara de dicha persona; la fiscalía pretenderá hacernos creer que en este caso hay un reconocimiento positivo por parte del señor Carrasco de mí representado como el hombre que dio muerte a su mujer; sin embargo, les pido que reserven su juicio de credibilidad para más adelante, porque ya veremos qué tipo de reconocimiento fue ese y qué tanto nos podemos fiar de él... "

"Vamos a escuchar al señor Carrasco reconocer a mi cliente como el hombre que dio muerte a su esposa, sin embargo el señor Carrasco sólo tuvo algunos instantes para ver el rostro de mí representado, mientras ambos estaban envueltos en un tiroteo tratando de matarse, y por cierto el señor Carrasco cubriéndose tras el mostrador, más preocupado por esquivar las balas que por fijar en su memoria los rasgos de quien le estaba disparando... ¿es creíble que ahora pretenda reconocerlo más allá de toda duda?..."

Mientras en el primer ejemplo existe una afirmación fáctica, adecuada a la naturaleza del alegato de apertura -aún cuando advierte que luego se van a hacer juicios de credibilidad-, en el segundo la afirmación es una inferencia que se reclama del juzgador, toda vez que se señala que el Señor Carrasco no habría tenido realmente una oportunidad genuina de reconocer al asesino de su esposa y que, por lo tanto, su testimonio en ese sentido debe ser descartado. Como se ve, ésta es una cuestión que en definitiva le corresponde a los jueces deducir en su razonamiento último del caso, y que el abogado podrá argumentar en el alegato final, una vez que se haya presentado la prueba en cuestión.

5.2.- La extensión del alegato

Más allá de las disposiciones legales que regulan la materia, las que no establecen límites para la duración de los alegatos de apertura, el abogado debe tener presente que los jueces tienen una capacidad de atención y concentración limitada en el tiempo y que, por lo mismo, resulta conveniente que éstos no excedan de un tiempo razonable que el litigante debe estar alerta para evaluar.

Si es posible concentrar los elementos del alegato en un menor tiempo y ello no perjudica su claridad ni su estructura, lo conveniente será realizarlo lo más breve que sea posible. Mientras más tiempo transcurra la tentación de incluir más información es muy alta. Debe tenerse presente lo que señalamos ya anteriormente, para un tribunal que no conoce el caso, atiborrarlo de información al inicio puede constituir una mala estrategia ya que el exceso de información puede traducirse en mayor confusión acerca del caso y no necesariamente en tener más elementos para su comprensión.

Cuidado con la tentación de cubrir todo y tomarse un largo tiempo en hacer aquello. No hay nada que impida tener un alegato de apertura de extraordinaria calidad e impacto en un tiempo breve.

5.3.- La importancia del primer momento

El primer momento del alegato de apertura es importante, porque en ellos existe la mayor posibilidad de influir la apreciación que los jueces tendrán del respectivo caso. Por lo mismo, es muy relevante que este tiempo se puedan transmitir al tribunal de forma clara los principales elementos del caso, a saber, el tema de que se trata y un breve resumen del mismo. Por tema entendemos una etiqueta del caso que apele a aspectos jurídicos o fácticos acerca del mismo que permita al tribunal identificarlo claramente. Por ejemplo "el caso de la persona perseguida por su pasado" "de quien fue agredido ilegítimamente", etc.

Veamos un ejemplo que incorpora en una fórmula sencilla el tema y el resumen de los hechos básicos del caso:

Ejemplo: El fiscal inicia su alegato señalando "Este caso trata acerca de la imprudencia de don Juan Pérez, quien por su descuido y por haber manejado en evidente estado de ebriedad causó la muerte de doña Carolina Donoso".

Este pequeño párrafo ilustra todo el caso y provee a los jueces de un punto de vista desde el cual situarse para analizar todo lo demás que estamos a punto de decir. En efecto, fija como tema la negligencia del borracho y nos da cuenta que se trata de un caso de delito culposos de homicidio.

5.4.- Nada de opiniones personales...

Es muy importante que la presentación del caso realizada en los alegatos de apertura no se vea contaminada con opiniones personales del abogado que la realiza, sino que ella debe aparecer lo más objetiva posible. La introducción de cualquier opinión del abogado le quita credibilidad y fuerza a la argumentación planteada por la respectiva parte, ya que los hechos debieran demostrar lo que se intenta probar y no las opiniones del abogado. Veamos un ejemplo:

-Ejemplo: El fiscal señala "En mi opinión el acusado José Soto es un sujeto que no merece compasión por parte de este tribunal después de haber realizado los horribles hechos que han dado origen a este caso".

Aquí parece que estamos más bien ante un discurso político que en la presentación de un caso ante la Corte. Nuestra opinión no tiene -a estas alturas- ningún valor para el juzgador y, por el contrario, puede prejuiciarlo en contra de nosotros si luego en el juicio no somos capaces de demostrar con evidencia sólida su validez.

5.5.- Cuidado con exagerar la prueba...

Hay que cuidarse de exagerar la prueba que se presentará al juicio, pues todo aquello que anunciemos en el alegato de apertura y que no podamos cumplir en la presentación de la prueba derivará en una escasa credibilidad del abogado y de la teoría del caso que está sustentando en el juicio, además de darle la imagen al juzgador de que fuimos poco honestos e intentamos "pasarle gato por liebre". Ello, además, abre un flanco para que la contraparte

desacredite la labor realizada en el juicio por el respectivo abogado, al no cumplirse con lo que él señaló en la apertura. La técnica de "vendedor de autos usados" de prometer maravillas no es conveniente ni útil para el resultado final de nuestro caso. Ejemplo de este tipo de error abundan:

El alegato de apertura del fiscal "En el juicio señores magistrados quedará probado en forma indubitada y sin posibilidad siquiera de discutir que el acusado fue visto en el sitio del suceso por un testigo que pudo distinguirlo con claridad y precisión" y luego en el juicio el testigo nos indica que lo que pudo ver fue un sujeto de las características físicas del acusado..... así la contraparte en el alegato de clausura estará en condiciones de decir algo como "...recordarán ustedes señores magistrados que en su alegato de apertura el fiscal nos prometió una identificación indubitada del acusado en el sitio del suceso, pero ¿qué es lo que realmente vimos en juicio? Un testigo que en forma vaga y genérica describe las características físicas de una persona que observó a cerca de 25 metros de distancia, que si bien son coincidentes en términos generales con las del acusado, también corresponden a un porcentaje muy relevante de la población masculina nacional....un testigo que no identificó al acusado como quien efectivamente estuvo ahí, entonces ¿porqué la promesa del fiscal?, parece que se trata de una promesa destinada a dar una cortina de humo al tribunal frente a la debilidad del caso...."

Como se puede observar en el ejemplo, la exageración siempre se paga en el contexto de un sistema acusatorio. En atención a lo anterior, el abogado debe asegurarse de mencionar en el alegato de apertura sólo aquellos hechos que los testigos o el resto de las pruebas que se presentarán en juicio acreditan, sin "jugársela" por alguna información que no está seguro de obtener de un testigo propio o de la contraparte y que incluso sabe que no podrá obtener como en el caso de nuestro ejemplo.

El abogado debe tener cuidado de no sobrevalorar sus propias capacidades para obtener información de los testigos o de la capacidad de los mismos para retener con exactitud y expresar con claridad los hechos que han presenciado, no obstante haberlos examinado previamente.

5.6.- Anticipar las propias debilidades y explicarlas razonablemente

Uno de los elementos cruciales para ganar un caso es la credibilidad que nuestra teoría del mismo logre en la mente de los juzgadores. De acuerdo con esto, resulta indispensable plantear nuestra teoría en la forma más transparente posible desde el inicio del juicio, sin ocultar información que puede ser conocida por la contraparte y podrá en definitiva ser usada en nuestra contra.

No se trata de entregarle a nuestra contraparte los instrumentos para que nos gane el juicio al ofrecerle toda la información que poseemos o nuestras propias dudas acerca de ciertos elementos del caso, sino simplemente evitar esconder información que puede constituirse en una debilidad de nuestra teoría del caso y que creemos posible salga a relucir en el juicio, arriesgándonos a que ello perjudique nuestra credibilidad frente a los jueces por no habérsela anticipado. Tuvimos oportunidad de discutir este punto a propósito de los exámenes directos y aquí lo volvemos a repetir en la misma lógica que fue revisada en dicha oportunidad.

Un ejemplo permitirá aclarar lo señalado:

- Vamos a presentar durante el desarrollo del juicio a nuestro cliente, a quien defendemos por un delito de lesiones supuestamente cometido en contra de su esposa. Supongamos que hay antecedentes de un incidente previo, en que la esposa habría ido a parar al hospital también en el contexto de una pelea con su marido. Desde luego, esto parece una debilidad importante de este testigo, porque es más que probable que prejuicie al tribunal. En ese contexto, quizás prefiramos adelantar dicha debilidad y tener la oportunidad de explicarla en aquella porción en que sea explicable, mucho antes de que la contraparte lo saque a relucir en sus propios términos, que generalmente serán aquellos que más daño nos pueda hacer. Podríamos, por ejemplo, ir como sigue en el alegato de apertura: "... la fiscalía les va a decir que hace unos meses la esposa de mi cliente, el señor Germán Riesgo, habría terminado en el hospital debido a que éste la habría golpeado; la fiscalía va a intentar retratar al señor Riesgo como un marido golpeador y brutal, que cotidianamente golpea a su mujer... cuando la defensa haga eso, pregúntense si tiene algún antecedente judicial que sinifique a mi cliente como un sujeto que ejerza violencia familiar, y pregúntense también por qué la fiscalía trae sólo este caso a colación, si el señor Riesgo lleva 10 años casado con la querellante; aunque es verdad que mi cliente golpeó a su mujer en aquella ocasión hace meses atrás, esta fue la primera y la única vez que ello tuvo lugar, y la concurrencia al hospital no tuvo otro motivo que suturar una pequeña herida en el brazo hecha por un florero que se quebró a resultas de la pelea... sí, mi cliente golpeó a su señora aquella vez, le dos cachetadas y esto es un acto repulsivo y despreciable en un hombre hacia cualquier mujer... pero lo cierto es que este juicio no es sobre aquellos hechos, y aquellos hechos no nos dicen nada acerca del caso que hoy nos ocupa, porque dos cachetadas en 10 años –por mucho que condenemos el acto- no transforman al señor Riesgo en un hombre violento que trata brutalmente a su familia; si la fiscalía hace cuestión de esto, la evidencia va a mostrar que tanto entonces como ahora las lesiones de la querellante fueron producto de sendos accidentes, ambos graves, desafortunadamente próximos, y que la querellante está ahora aprovechando para su propio beneficio ..."

En este ejemplo, el abogado defensor reconoce en el alegato de apertura que su cliente golpeó con anterioridad a su mujer. Esto es una debilidad, primero porque golpear a una mujer es un acto propio de un gusano y nunca es bueno que nuestro cliente –particularmente si es el acusado- luzca como un gusano; en segundo lugar, porque introduce un poderoso elemento prejuicioso en contra de nuestro cliente ("si lo hizo entonces, es probable que lo haya hecho también ahora"). En el ejemplo, sin embargo, el abogado intenta situar dicho incidente en su justa dimensión, proveyendo e una explicación que, al menos parcialmente, logre minimizar el impacto negativo de esta información ("no se trata de que haya llegado a la clínica producto de una golpiza dada por el marido, sino porque se rompió un florero...; "dos cachetadas es repulsivo y su mujer debería separarse de ese animal, pero aquí estamos discutiendo responsabilidades penales..."; etc.). En conclusión, al igual que recomendamos a propósito del examen directo, la idea de anticipar debilidades sólo se justifica en la medida en que junto con anticiparles pueda proveer al tribunal de justificaciones mínimamente razonables sobre las mismas. En otro caso, el acto de anticipación de las debilidades sería sólo una suerte de masoquismo litigante.

5.7.- Cuidado con los detalles...

Consideraciones de carácter táctico aconsejan que es preferible entregar la explicación de los detalles a los testigos y no desarrollarlos en los alegatos de apertura. Lo contrario puede generar que nuestro alegato sea poco atractivo para los jueces -largo y aburrido- y, por consiguiente, que ellos pierdan la atención de los elementos centrales del caso y de la teoría que nos interesa explicitar en esta etapa. Además, caer en excesivos detalles en esta actuación inicial del juicio puede tener un doble efecto negativo cuando le corresponda declarar a los testigos. En primer lugar, ya que los jueces conocen con detalle sus declaraciones, lo más probable es que no les presten atención. En segundo lugar, porque la repetición de los detalles por parte de los testigos en forma similar a la planteada por el abogado puede prestarse para pensar que éstos se están limitando a repetir un libreto previamente preparado por aquel, con la consiguiente pérdida de credibilidad para el testimonio.

Finalmente, hay que tener presente que a esta altura los jueces no conocen muchos elementos del caso, en este contexto entrar al análisis de detalles puede ser una forma de distraer o “perder” a los jueces respecto del núcleo central de nuestra teoría del caso. Luego en el desarrollo del juicio tendremos múltiples posibilidades de ir sobre los detalles, por ahora hay que tener cuidado con los mismos.

5.8.- La importancia de personalizar (humanizar) el conflicto

El conflicto social que se encuentra detrás de cada delito tiende a ser considerado como una cuestión abstracta por parte de los juzgadores, pues su labor fundamental se encuentra orientada a establecer si ciertas conductas encuadran o no con los tipos penales abstractos.

Detrás del conflicto se encuentran, sin embargo, personas. Personas para las cuales el delito cometido o las consecuencias del mismo pueden representar cambios fundamentales en su vida.

En la medida en que el abogado logre humanizar o personalizar el conflicto en actores de carne y hueso, y que logre además la simpatía de los jueces para con la persona que es defendida, víctima o acusado, existirán mejores posibilidades de ganar empatía para sus pretensiones. Por lo mismo, desde el alegato de apertura el abogado debe intentar personalizar el conflicto, no discutir sólo en abstracto, sino que dar cuenta que en ese caso se juegan cuestiones muy concretas para muchas personas reales. No se trata de crear un melodrama sobre el caso o hacer que los jueces lloren de emoción frente a nuestras conmovedoras y efectivas palabras. Mucho más simple que eso, la idea es darle un contenido real a las abstracciones y palabras con las que suelen formularse las acusaciones y mostrar que detrás del caso existe un problema con protagonistas que son personas que han vivido un conflicto muy importante que los ha llevado a estas instancias. Detrás de esas personas hay motivaciones, historias, puntos de vista, etc. Será importante mostrarle eso al tribunal ya que conocer esa información puede permitir que valoren o procesen de una manera distinta el caso.

6. Algunos Componentes del Alegato de Apertura

Para finalizar este capítulo nos parece útil revisar algunos aspectos concretos que puede tener un alegato de apertura que permitan guiar al litigante en su preparación. No se trata de elementos o aspectos que necesariamente deben estar presentes en un alegato de apertura, ni menos de un orden en el que los mismos deben presentarse. Tampoco se incorporan todas las cuestiones que sería posible imaginar un alegato de apertura puede contener.²⁷

Nos parece que la lista que sigue puede servir como guía para el litigante de forma de revisar que su alegato no deje fuera elementos importantes que deben ser conocidos por el tribunal al inicio del juicio. Pero volvemos a repetir, si este se toma como un esquema tipo de alegato el resultado normalmente será el de uno poco efectivo y relativamente aburrido. Lo que queremos marcar es darle al lector ideas para armar su alegato.

6.1.- Introducción

Como ya se ha señalado, los primeros minutos del alegato de apertura resultan fundamentales para fijar en la mente de los juzgadores una primera impresión favorable para nuestra teoría del caso. En estos minutos puede ser conveniente realizar una introducción del caso que contenga la información esencial que nos interesa sea conocida y comprendida por los jueces. Esta información esencial está constituida por dos aspectos:

- Plantear cuál es o son los temas envueltos en el caso; y,
- Presentar nuestra teoría del caso de manera clara.

Ya hemos visto que el tema incluye una forma sintética en el que se pueda grabar una imagen en el tribunal que apele a la esencia del caso y de nuestra teoría del caso, por su importancia volveremos nuevamente sobre él. De otra parte, la presentación de la teoría del caso en forma clara admite diversas modalidades. Lo importante será no rellenar al tribunal con información distractiva o que no forme parte del núcleo central de nuestros hechos.

6.2.- Identificación de los principales intervinientes en el caso

Otro elemento que puede estar presente en un alegato de apertura es el de identificar a los principales intervinientes en el caso, especialmente al cliente o a la víctima, dependiendo de la posición en que se esté. La identificación de los intervinientes resulta muy útil porque permite a los abogados personalizar y humanizar un conflicto que hasta ese momento los jueces sólo conocen en abstracto. En la medida que se logre identificar a los juzgadores con una determinada persona se habrá obtenido un gran avance. Si los jueces simpatizan con esa persona lo más probable es que se encontrarán más propensos a fallar en su favor.

²⁷ Para hacer una revisión más sistemática de estos y otros elementos se puede ver Thomas Mauet, ob. cit, págs. 50 a 61. Siguiendo tal texto hemos seleccionado aquellas que nos parecen más relevantes o significativas en la experiencia en nuestro país.

Las personas que deben ser identificadas son aquellas que cumplirán un rol fundamental en el proceso. Cuidado con esto, una larga lista de nombres con identificación de múltiples personas es algo que probablemente el tribunal no está en condiciones de digerir a esta altura inicial del proceso. Por otra parte, ella puede afectar el relato lógico de nuestra propia teoría del caso. En este sentido, lo lógico es identificar a las personas claves, en aquellos momentos del relato en que dicha identificación sea pertinente.

La identificación debe cubrir no sólo aspectos formales como nombre y edad, sino que todos los elementos que permitan generar en la mente de los juzgadores una predisposición favorable a esa persona para valorar con posterioridad su credibilidad.

Ejemplo:

- Tratándose del fiscal en un caso de lesiones: "Señores jueces, vamos a oír a Don Martín Ramírez, un profesional y padre de familia de cinco hijos de entre 3 y 12 años. Don Martín antes del accidente era una persona completamente saludable, que solía practicar deportes como el fútbol y el tenis con sus amigos e hijos. Hoy día, producto del accidente del 7 de agosto de 2004, su pierna izquierda se encuentra paralizada por completo, impidiéndole realizar cualquier actividad deportiva y teniendo dificultades incluso para caminar".

En este ejemplo presentamos a la víctima pero no de manera formal (nombre, domicilio, carné de identidad y profesión) sino desde el punto de vista de quien era antes de ser víctima y del impacto que ha tenido el delito en su contra. Ello le permite al tribunal desde el inicio saber de qué se trata este caso para esta persona que deja de ser una "víctima más" y se convierte en una persona de carne y hueso respecto de quien el delito ha producido efectos importantes.

6.3.- Escena

En una cantidad importante de casos tener una descripción clara del lugar donde ocurrieron los hechos es clave para sustentar nuestra teoría del caso a para tener una adecuada comprensión de cómo ellos ocurrieron. Por lo mismo, resulta conveniente en los alegatos de apertura realizar una descripción lo más clara posible acerca del lugar en que fue cometido el delito, de forma tal que los jueces "cerrando los ojos" puedan imaginárselo con exactitud. Atención eso sí en incurrir en demasiados detalles que puedan distraer la atención del tribunal o que hagan difícil la comprensión de la descripción.

En estas hipótesis resulta conveniente analizar la necesidad de utilizar elementos de apoyo para lograr una descripción más acabada del lugar, como dibujos, mapas, diagramas, gráficos, etc.

6.4.- Tema central de discusión

Se trata de remarcar cuál es el punto o tema controvertido que se intentará probar en el juicio, poniendo especial énfasis en la versión específica que se planteará acerca de los mismos.

Como ya hemos dicho, con él se busca crear una cierta imagen en el tribunal al cual hacer referencia y que le permita identificar la teoría del caso en disputa.

Ejemplo: el fiscal señala "Este caso trata de la negligencia del señor Miguel Manzanero que produjo este grave accidente, negligencia que quedará demostrada con las declaraciones de múltiples testigos de los hechos y de los informes periciales que serán escuchados en el curso de esta mañana".

Como se ve en el ejemplo, la idea del litigante es que se trata de "un caso de negligencia" en torno a esa idea central girará su descripción de los hechos y su teoría del caso, de forma que cada vez que el tribunal escuche información pueda hacerlo con el tema de la negligencia en la cabeza.

6.5.- Bases para la absolución o la condena

Muchos alegatos de apertura incluyen en su parte final una suerte de resumen de los elementos que luego servirán a los jueces para establecer la responsabilidad del acusado en el respectivo delito imputado. No se trata de sacar conclusiones ni adelantar el razonamiento que los jueces deberán realizar, sino simplemente remarcar la concurrencia de los elementos necesarios para declarar la absolución o la condena del acusado.

Por ejemplo: El abogado defensor señala: " Al final de este juicio los señores magistrados podrán apreciar que no ha concurrido el animo de lucro de mi representado en la supuesta sustracción que se le imputa..."

También el fiscal podría señalar en este mismo caso "Señores magistrados, en este juicio demostraremos cómo concurren todos los presupuestos fácticos y jurídicos para considerar Juan Pérez como autor del delito de hurto. Especialmente veremos que la sustracción de las 20 cajas de vino se realizó con la clara intención de venderlas a terceros, como en los hechos ocurrió..."

Esta es, pues, la etapa en que saldrá a relucir la teoría del delito en todo su esplendor y el momento en que los litigantes tendrán que hacer explícitos sus conocimientos de derecho penal. Al concluir esta parte normalmente vendrá la solicitud concreta de absolución o condena de parte del litigante. Si se trata de una condena (fiscal) se deberá señalar cuya es la pena cuya aplicación se solicita para el caso.

CAPÍTULO X

ALEGATO FINAL

1. Armar el rompecabezas, específico y concreto

El alegato final no puede tener mayor importancia en la litigación: es el primer y único ejercicio argumentativo en todo el juicio. Mientras en el alegato de apertura y en el examen de testigos la completa presentación de la prueba aun no se ha producido y, por lo tanto, no es procedente que los abogados expliciten en ellos ninguna conclusión (en consecuencia, sería objetable²⁸), el alegato final no sólo permite al abogado sugerir conclusiones al tribunal acerca de la prueba presentada sino que lo urge a hacerlo. Es recién aquí donde ensamblaremos todas las piezas del rompecabezas que hemos venido armando a través de la presentación de la prueba. Allí mostraremos al tribunal de qué manera cada pedazo de prueba y cada trozo de información se conjuga para probar nuestras proposiciones fácticas y hacer creíble nuestra teoría del caso. Es en el alegato final que los abogados le darán unidad y coherencia al relato que han venido construyendo y harán su lectura íntegra y de corrido por primera y única vez.

Para que el alegato final cumpla esta función a cabalidad, sin embargo, lo que vamos a hacer con él es algo tremendamente específico. El alegato final no es lo mismo que el alegato de apertura o que un alegato en el sistema de recursos. No es cualquier cosa que al abogado se le ocurra pararse a decir. No es un ejercicio emotivo, ni retórico, ni de oratoria y, por sobre todo, no es una última y mágica oportunidad para salvar un mal juicio. El alegato final es un ejercicio argumentativo por excelencia -el único ejercicio argumentativo en todo el juicio- y no cualquier ruido que sale de la boca de un litigante equivale a un argumento (mucho menos a un argumento efectivo). Hay ruidos que son sólo eso: ruido. Para que el alegato final cumpla con efectividad su función argumentativa respecto de la prueba se requiere mucha claridad del litigante acerca de en qué consiste el alegato final, así como destrezas muy concretas.

El alegato final comienza y termina con la prueba efectivamente producida en juicio. Para el momento en que la presentación de la prueba termina, el tribunal de un juicio oral ha escuchado una enorme cantidad de información, heterogénea, de diversa calidad, con diversos grados de consistencia, con decenas de elementos de credibilidad en torno a ella, inserta en múltiples versiones acerca de los hechos. Y esos jueces tienen que tomar la decisión de condenar o absolver a una persona. La tienen que tomar sin ayuda de ningún expediente, sin haber investigado el caso, estrictamente sobre la base de las conclusiones que puedan extraer de la prueba presentada. Es una decisión dura para cualquier persona y metodológicamente todo un arte en términos de la construcción de conclusiones. A estas alturas, todo lo que un juez quiere es luz acerca de cómo debe entenderse todo este cúmulo de información y por qué esa interpretación es superior a otras. El juez no necesita disertaciones en derecho, declaraciones poéticas, opiniones generales ni referencias vagas. Necesita iluminación acerca de lo que el conjunto de la prueba dice y de dónde se puede extraer que diga eso. Esto es lo que el litigante debe ser capaz de hacer en el alegato final: iluminar el juicio del juzgador. El litigante investigó el caso, presentó la prueba, planificó las líneas de examen y contraexamen, sabe lo que quiso decir en cada parte del juicio, de manera que él (o ella), mejor que nadie, puede darle al juez lo que necesita con urgencia.

²⁸ A pesar de que el tema de las objeciones no está más que enunciado en el nuevo Código Procesal Penal. A su turno, el objeto, alcance y limitaciones de los alegatos de apertura y clausura no está en absoluto desarrollado. Sin embargo, la elaboración jurisprudencial y doctrinaria debiera tender a entenderlo de esta manera.

Lo primero que debe entenderse, entonces, es que el alegato final es un ejercicio tremendamente específico y concreto en relación con la prueba. Tal vez la mejor manera de graficar esta especificidad y concretitud sea la imagen opuesta, representada por muchos formatos de resoluciones judiciales, incluidas muchas veces en sentencias definitivas: “vistos y considerando: el parte policial de fojas 1; la declaración del testigo Pedro a fojas 8, que señala...; la declaración del testigo 16, que señala...; los peritajes de fojas 25 y 37, que señalan...; y apreciadas las pruebas en su conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica... se da por establecido... (el relato de la acusación)...”. Este formato de análisis -que es posible observar con frecuencia en alegatos finales de abogados- es perfectamente equivalente a decir “estimo que la prueba acredita mi posición, y no se me da la reverenda gana de explicar como llego a esa conclusión...”: el razonamiento no dice qué proposiciones fácticas resultan acreditadas exactamente por qué prueba, por qué dicha prueba acredita esas proposiciones fácticas de manera más creíble que otras pruebas inconsistentes con ella, cómo esas proposiciones fácticas son consistentes con otras también acreditadas (y cómo son acreditadas esas), de qué manera dichas proposiciones fácticas satisfacen cuáles elementos jurídicos, y así suma y sigue.

A cambio de eso, veamos otro par ejemplos. El fiscal: “¿recuerdan a la señora Maldonado diciendo que había visto a un hombre joven arrojando un revólver entre los matorrales de su casa? ¿la recuerdan además diciendo que ese joven vestía una chaqueta de cuero completamente roja? Pues bien, recuerden ahora el informe del laboratorio señalando que el arma encontrada entre los matorrales de la Sra. Maldonado fue aquella con la que se hicieron los disparos□ ¿y a quién pertenece esa arma? Eso también lo sabemos: está registrada nada menos que a nombre de Manuel Cruz, según consta en el respectivo registro que presentamos en la prueba. Ahora bien, Carabineros detuvo dos horas después del crimen en la puerta de su casa, vistiendo nada menos que esta chaqueta que tenemos aquí, completamente roja...”.

La defensa: “...sí, la Smith & Wason encontrada entre los matorrales de la Sra. Maldonado es de mi defendido, de eso no cabe duda□ de hecho don Manuel mismo la reconoció en el estrado... pero eso sólo prueba que el arma es suya, nada más; no prueba que mi defendido haya cometido el homicidio□ recuerden que cuando le pregunté, en el examen directo, cómo era posible que hubieran encontrado su arma allí, nos dijo que se la habían robado la semana anterior y, de hecho, presentamos una copia de la denuncia respectiva... recuerden además que la misma testigo -la Sra. Maldonado- fue incapaz de reconocer al señor Cruz como la persona que vio esa noche□ y recuerden además que esta defensa ha demostrado también que la Sra. en cuestión es daltónica, tanto por las fichas médicas como por su propia admisión en el contraexamen... de manera que su testimonio acerca del color de la chaqueta de la persona que vio arrojando el arma no nos dice mucho acerca de eso, tratándose de una persona que adolece de una patología que, específica y concretamente, consiste en confundir los colores...”.

Como muestran los ejemplos, el alegato final es un ejercicio específico, entonces, en el sentido de que debe hacerse cargo pormenorizadamente de las múltiples proposiciones fácticas que pretende acreditar cada una de las pruebas (tal vez la afirmación de la Sra. Maldonado en el sentido de que pudo distinguir que la chaqueta era roja no sea creíble, pero tal vez sí su afirmación de que quien salió era un hombre y que arrojó algo en los

matorrales, aunque tal vez no la afirmación de que ella pudo reconocer una pistola); tal vez la declaración del imputado sea creíble y acredite la proposición fáctica de que hizo la denuncia del robo del arma, pero tal vez no la proposición fáctica -distinta- de que no estaba en poder del arma el día del homicidio.

La mera síntesis de un testimonio para, acto seguido, darlo entero por una historia acreditada o creíble, es simplemente renunciar al análisis de dicha prueba.

A su turno, es un ejercicio concreto en el sentido de que debe hacerse cargo de la prueba tal y como ella de hecho se produjo en el juicio: nombres, direcciones, dimensiones, medidas, pesos, distancias, frases textuales de los testigos, gestos que hicieron durante el testimonio, preguntas específicas con sus específicas respuestas, todo ello representa la concreitud del alegato final.

O se hace este ejercicio específico y concreto, o el alegato final se toma una pura formalidad: los jueces saben que el fiscal estima que la prueba acredita su caso, y saben que el defensor cree lo contrario; y si no lo creen genuinamente, es su rol y les pagan para decir que lo creen. De manera que cuando las partes se limitan a decir eso, en realidad no están diciendo nada. La pregunta para el alegato final es, entonces, qué más, por sobre eso, le puedo dar a los jueces; qué les puedo dar que los jueces no sepan ya. Y esto es un análisis acerca de qué es lo que la prueba concreta y específicamente dice, acompañada de un ejercicio argumentativo -razones igualmente concretas y específicas- para creer que dicha interpretación de cada prueba es más creíble que la de mi contraparte.

Como hemos insinuado en capítulos anteriores, es el alegato final lo que el abogado debe tener en mente cuando planea y ejecuta cada una de las etapas anteriores. Cuando contraexamina a los testigos de la contraparte, con frecuencia el sentido de sus líneas de contraexamen sólo cobran sentido cuando, en el alegato final, la información obtenida es puesta al servicio de un argumento. Veamos un ejemplo: en el caso Kiev -que hemos revisado ya a propósito de los capítulos II y IV- la fiscalía preguntó extensamente al Sr. Kiev -el acusado-, acerca de las relaciones entre Ana (la hija abusada) y sus padres (él y su esposa). El señor Kiev se explayó entonces con lujo de detalles en cuán buen padre era él y cuán preocupado de sus hijos, a diferencia de su mujer que escasamente les prestaba atención. Describió como era él quien los esperaba cuando volvían del colegio, él quien los ayudaba con las tareas escolares y él quien les hacía regalos constantemente. Sus hijos lo adoraban y, en cambio, sentían resentimiento por la falta de atención de su madre. Una vez que dijo todo esto, la fiscalía dejó allí esta línea temática del contraexamen y se desplazó hacia otro tópico. La pregunta a esas alturas era, entre los presentes, por qué la fiscalía le había dado al acusado la posibilidad de caracterizarse como un buen padre de familia enfrente del tribunal, a la par que caracterizar a su esposa como una bruja insensible y despreocupada por sus hijos. Sin embargo, esta línea del contraexamen -aparentemente inocua para la contraparte, si es que no derechamente favorable- estaba convenientemente prevista por la fiscalía para ser utilizada en el alegato final. En efecto, allí la fiscal argumentó frente al tribunal algo similar a lo que sigue: "...el tribunal ciertamente a escuchado decir a la defensa que no hubo tales abusos sexuales. También han escuchado a la defensa sugerir que todo este caso no es más que una invención de una mujer

despechada, a quien su marido acababa de dejar por otra mujer, y cuyo negocio ella desea retener. Por cierto, lo anterior supone que la señora Kiev haya logrado convencer a Ana, de once años, para que declare públicamente hechos que a un niño de esa edad avergüenzan más que nada. Que declare tales hechos en forma consistente y permanente durante los últimos tres años de su vida, ante múltiples oficiales de policía, asistentes sociales, psicólogos clínicos, oficiales de los servicios comunitarios, fiscales y, finalmente, a este tribunal. Sin embargo, ¿cómo pudo esta madre -egoísta, descuidada y poco querida por sus hijos, según la propia descripción del acusado- convencer a Ana para que diga todas estas horribles cosas en contra de su padre -de su bondadoso y querido padre, tal como él nos ha contado-, sabiendo Ana que por ello él puede ir a la cárcel? Porque esto es lo que la defensa pretende hacernos creer...".

El alegato final, entonces, empieza a prepararse desde el más temprano momento, y los exámenes de testigos y demás presentación de evidencia están siempre al servicio de ponernos en condiciones de construir en él estas argumentaciones específicas y concretas.

El arte de argumentar y persuadir es, en parte, una cuestión de estilos. Cada persona tiene el suyo, y no hay ninguno en principio especialmente superior a otro. Qué exactamente debe decirse en el alegato final variará de caso a caso y de abogado en abogado, cada litigante debe convertirse en la mejor versión de su propio estilo. Con esa prevención, aquí en este capítulo revisaremos algunas cosas que conviene tener presente al momento de planificar nuestro alegato final.

2. Claro y directo

Con frecuencia se ve a abogados malgastando el alegato final en agradecer al tribunal por su tiempo, señalando cuán largo y complejo ha sido este caso, u otras cortesías por el estilo. Aunque lo cortés no quita lo valiente, los jueces están ahí porque es su trabajo --lo mismo que el litigante- y la extensión o complejidad del caso puede ser comentada en otro momento; lo realmente importante es darle al juzgador lo que el juzgador a estas alturas necesita con premura: luces respecto de la prueba, una petición concreta y las razones por las cuales pretenden tener derecho a dicha petición. La querrán escuchar en forma clara, eficiente y de un modo que capture y mantenga su atención. Los primeros momento del alegato final son aquellos donde concentramos la mayor intensidad de atención por parte de los jueces, de manera que hay que usarlos para poner sobre la mesa una brevísima, fuerte y rápida introducción que le diga a los jueces que lo que uno está a punto de decir vale la pena de ser oído.

En el mismo sentido, el alegato final no es un discurso emocional, ni una declaración de principios, ni un manifiesto ideológico, ni un juego de oratoria. Esto no quiere decir que los casos no tengan componentes de todo esto, y es para riesgo del litigante decidir cuánto quiere adentrarse en ellos: pero de vuelta con lo mismo, la pregunta fundamental es "qué tengo para decirle a estos jueces por sobre lo que ellos ya saben (y que les haga creer que vale la pena escucharlo, en lugar de quedarse con sus propias reflexiones...)". Usar el alegato final para pretender conmover a los jueces casi siempre llevará a desperdiciar esta única oportunidad argumentativa: los jueces piden ardientemente auxilio en una decisión

que están a punto de adoptar con riesgo vital para sus próximas reencarnaciones, y uno les viene con chimuchina y poesía; para eso no necesitan a los abogados, seguramente tienen sus propios sentimientos. El alegato final es acerca de la prueba. Es cierto que a la prueba se superponen distintas versiones, pero también es cierto que no cualquier versión es creíble o aceptable respecto de la prueba que, en concreto, acabamos de ver. Mientras más los jueces tengan la impresión de que el abogado no se está haciendo cargo del análisis específico y concreto de la prueba -que no los está poniendo en mejores condiciones para resolver- y que sus alegatos más bien obvian, tergiversan, disfrazan o exageran la prueba, menos disposición tendrán siquiera a escucharlo.

3. Contenido

A.- TEORÍA DEL CASO

Más que ninguna otra cosa, el alegato final debe comunicar nuestra teoría del caso. Algunos testigos pueden no ser considerados, algunos detalles omitidos, algunas debilidades pasadas por alto, algunos argumentos legales obviados, pero, en su conjunto, el alegato final debe ser capaz de dar cuenta cómoda y creíblemente de la teoría del caso.

La teoría del caso debe ser creíble y legalmente suficiente. Es decir, debemos persuadir a los jueces de que las cosas efectivamente ocurrieron como decimos, y que el hecho de que hayan ocurrido así exige la consecuencia jurídica que proponemos. A continuación revisamos ambos aspectos.

B. CREDIBILIDAD Y ARGUMENTATIVIDAD

El alegato final es el único debate explícito de los litigantes por la credibilidad de sus respectivas teorías del caso. A diferencia del resto del juicio, el escenario de esta lucha en el alegato final es un escenario esencialmente argumentativo. Mientras las demás etapas del juicio se limitan sólo a anunciar lo que, en la visión de la parte, debería ocurrir en el juicio (alegato de apertura) o bien a extraer información de la evidencia (examen de testigos), el alegato final es la etapa genuinamente discusional: la primera y última oportunidad para hacerse cargo del análisis de credibilidad de cada prueba de manera específica y concreta.

La credibilidad de mi teoría del caso, en consecuencia, se expresa y depende del ejercicio argumentativo del alegato final.

Veamos algunos elementos que componen este ejercicio argumentativo y, por lo tanto, de los que debe hacerse cargo el alegato final.

b.1. Conclusiones.

Como dijimos, el alegato final no sólo permite sacar conclusiones de la prueba, sino que ese es todo su sentido. Una conclusión es una específica visión acerca de qué proposición fáctica resulta acreditada por la prueba presentada en juicio y del modo en que ésta debe ser valorada.

Como dijimos al principio, estas conclusiones deben ser específicas y concretas: qué prueba exactamente acredita cuáles proposiciones fácticas; y de qué manera dichas proposiciones fácticas satisfacen exactamente cuál elemento de la teoría jurídica. A eso se agrega el trabajo de ofrecer razones acerca de por qué las conclusiones sugeridas son las correctas y deben ser preferidas a las otras versiones en competencia. Estas razones deben hacerse cargo tanto de las fortalezas y debilidades de las proposiciones fácticas (el test de la superposición) como de las fortalezas y debilidades de la prueba (credibilidad). Por lo tanto, deben hacer interactuar consideraciones de lógica formal y todos los elementos de credibilidad de la prueba a los que aludiremos más adelante.

b.2. Coherencia lógica.

La primera cuestión que hace a la credibilidad de un relato es su coherencia lógica. Una teoría del caso -y consecuencialmente el alegato final que la sustenta- debe ser lógicamente coherente, en el sentido de que las proposiciones fácticas que la componen deben hacer lógicamente *plausible* el relato que nuestra teoría del caso contiene. Es poco frecuente que las proposiciones fácticas que acreditamos hagan lógicamente *necesaria* la conclusión de nuestra teoría del caso, es decir, que dicha conclusión sea el único relato posible. Si podemos lograr esto, tanto mejor. Pero, para efectos de plantear una teoría del caso lógicamente coherente, basta con la *plausibilidad* lógica de las conclusiones a la luz de la prueba rendida y de las proposiciones fácticas acreditadas. Dicho de otro modo, lo que resta credibilidad a una conclusión (teoría del caso) no es que las proposiciones fácticas no conduzcan *necesariamente* a ella, sino que ella no sea lógicamente *plausible* (que se contradigan entre sí).

Veamos esto en un ejemplo. Supongamos que en un caso por homicidio contamos con un testigo que dice haber escuchado un disparo y, acto seguido, haber visto salir al imputado de la casa de la víctima, su vecino; además la fiscalía tiene el revólver encontrado junto al cuerpo, en el que se encuentran las huellas dactilares del imputado. La conclusión de que “el imputado fue” no es una conclusión necesaria de la prueba, sino meramente plausible. Tal vez fuertemente plausible (probable), pero no necesaria: la conclusión no es la única obligada respecto de dicha prueba (hay relatos -conclusiones- alternativos que podrían explicar que el imputado haya abandonado la casa momentos después del disparo, y que sus huellas estén en el arma). Pero, como dijimos, no es necesario que la conclusión sea necesaria, sino meramente plausible. ¿Cuán plausible debe ser? Tan probable como exija el estándar de convicción.

Lo relevante para los efectos de nuestro alegato final es que, en la medida en que nuestro caso no sea lógicamente coherente -es decir, que sus conclusiones no sean lógicamente plausibles a la luz de la prueba y de las proposiciones fácticas probadas- pierde credibilidad.

Volvamos al caso Kiev. La teoría del caso de la fiscalía era, en esta parte, que la señora Kiev no denunció los supuestos abusos porque no sabía inglés. Sin embargo, supongamos que el tribunal estima acreditadas la siguientes proposición fáctica: “la Sra. Kiev abrió una cuenta corriente en la misma época, sin ayuda de ningún traductor”. Frente a esta proposición fáctica, la teoría del caso de la fiscalía no parece plausible, en la medida en que la conclusión es inconsistente con una proposición fáctica que le sirve de premisa:

Premisa 1: “la Sra. Kiev no sabe inglés suficiente como para denunciar los hechos”.

Premisa 2: “la Sra. Kiev sabe inglés suficiente como para abrir una cuenta corriente”.

Conclusión: “aún cuando era capaz de abrir una cuenta corriente, no era capaz de (hacer algo lingüísticamente igual o menos complejo como) denunciar los hechos”.

La conclusión no cierra. Que una conclusión cierre o no -desde el punto de vista de su plausibilidad lógica- estará casi siempre determinado por una premisa intermedia perteneciente a las máximas de la experiencia o el sentido común (salvo que se trate de afirmaciones que estén fuera del conocimiento lego). En el ejemplo, esa premisa intermedia está constituida por el paréntesis intercalado en la conclusión: denunciar un delito es, desde el punto de vista del lenguaje requerido, menos complejo -o al menos tan complejo- como abrir una cuenta corriente. En definitiva, es esta premisa la que resta plausibilidad a la conclusión; esta premisa pertenece a una cierta experiencia compartida acerca de qué toma hacer una denuncia y qué toma abrir una cuenta corriente.

El hecho de que las conclusiones sean lógicamente necesarias o simplemente plausibles depende mucho de la fuerza de la prueba, y abre toda un área de razonamiento judicial constituida por la distinción entre prueba directa y prueba indiciaria. Desde luego, la fuerza de la prueba lo es respecto de la acreditación de una proposición fáctica; todavía dicha proposición fáctica debe ser suficientemente poderosa para satisfacer el elemento jurídico respectivo. A su turno, la diferencia en el estándar probatorio entre la fiscalía y la defensa parecen también hacer diversos grados de exigencia a la coherencia lógica de las respectivas teorías del caso.

Cuando estemos preparando el alegato final resulta útil comenzar nuestro proceso de razonamiento de adelante hacia atrás: desde las conclusiones hacia la prueba. De esta forma resulta más claro cuáles son las conclusiones que debemos sostener en la prueba y, desde allí, podremos buscar los hechos establecidos por la prueba. El alegato final es un ejercicio estratégico: pretende construir una visión del juicio y de la prueba.

b.3. Prueba indiciaria y prueba directa

Una muy principal área de trabajo para las conclusiones está constituida por la prueba indiciaria (por oposición a prueba directa).

La prueba es directa cuando no exige proceso de razonamiento alguno para concluir, desde la prueba, la proposición fáctica: si el juzgador cree en la autenticidad de la prueba, la proposición resulta probada sin más. Este es el caso, por ejemplo, del video que muestra a un

sujeto igual al acusado entrando al banco con un M-16 en la mano. Si el juez cree que el video es auténtico, entonces no requiere de razonamiento alguno para dar por acreditada la proposición fáctica “una persona igual al acusado entró al banco con un M-16”. Por supuesto, eso deja a salvo otras proposiciones fácticas que este video no alcanza a probar de manera directa y de las que, sin embargo, podrá ser prueba indiciaria: “el banco fue efectivamente robado”, “la fecha del robo fue...”, “el acusado robó el banco”, “el M-16 era un arma verdadera”, “el acusado fue quien robó el banco y no su hermano gemelo”. Pero, respecto de la proposición fáctica “una persona igual al acusado entró al banco con un M-16”, el video constituye prueba directa: si el acusado cree en la autenticidad del video, entonces la proposición fáctica resulta acreditada de manera automática.

Respecto de la prueba directa, entonces, no tendremos que sugerir al juzgador ningún razonamiento a través del cual debe llegar a la conclusión que proponemos, pero sí tendremos que preocuparnos de asentar la autenticidad y credibilidad de dicha prueba.

La prueba indiciaria (o circunstancial, o indirecta) es aquella que, para demostrar una proposición fáctica, no le basta dar por auténtica la pieza probatoria, sino que requiere la mediación de razonamiento judicial, por lo general bajo la forma de una inferencia lógica. Así ocurre, por ejemplo, cuando acreditamos que la huella dactilar del acusado está en el arma homicida: el juez todavía requiere inferir la conclusión de que “entonces el acusado lo hizo”, y justificar dicha inferencia.

De esta suerte, el carácter persuasivo de la prueba indiciaria depende no sólo de su credibilidad sino también de la fuerza de la inferencia. Volvamos al caso del Dalí, que revisábamos a propósito del capítulo de teoría del caso:

El testimonio del señor Edwards en el sentido de que Martita le dijo “este cuadro es original” constituye prueba directa de la proposición fáctica “ella pronunció esas palabras”: si el juzgador cree en el testigo (señor Edwards) respecto de este punto, la proposición fáctica resulta acreditada. No obstante, respecto de otras proposiciones fácticas -por ejemplo “Martita engañó al señor Edwards”- es, en el mejor de los casos, prueba indiciaria: el juez tiene que intercalar una inferencia que le permita extraer dicha conclusión. Esta inferencia, en este caso, tal vez requiera ser construida con auxilio de otras proposiciones fácticas a su turno acreditadas (todas las cuales, seguramente, van a constituir indicios de esta misma conclusión. Por ejemplo: “Martita sabía que era falso”, “Martita le comentó a su contador lo fácil que sería vender esa reproducción como un original”, etc.).

El peritaje que dice que US\$ 20.000 es lo que valdría ese Dalí original y no la reproducción -por muy buena que sea- sólo es prueba directa de la proposición fáctica “este Dalí original vale US\$20.000”. Sin embargo, respecto de la proposición fáctica “el señor Edwards creía estar pagando un Dalí original” es puramente indiciaria: para que el juez la dé por acreditada debe intercalar una inferencia lógica del tipo “si Edwards pagó ese precio es porque creía estar comprando el original”; esa inferencia (conclusión), requiere echar mano de una premisa intermedia del mundo del sentido común, del tipo “las personas sólo están dispuestas a pagar aquello que creen vale el precio”.

Ambos casos ilustran el punto: la fuerza de la prueba indiciaria no sólo depende de la credibilidad de la prueba, sino de la calidad de la inferencia. En el caso de la evidencia indiciaria, la prueba sólo acredita la proposición fáctica que sirve de premisa al silogismo; pero todavía si el proceso deductivo o inductivo es débil, el razonamiento en su conjunto cae. Como la prueba indiciaria exige siempre que el razonamiento construya -y justifique- una premisa intermedia que casi siempre pertenece al mundo de las máximas de la experiencia o del sentido común, una de las más típicas debilidades de la argumentación en torno a la prueba indiciaria está, precisamente, en esa premisa intermedia: la pretensión de que cierta premisa pertenece a dichas máximas de la experiencia o que es exigida por el sentido común.

Volvamos a los ejemplos que dábamos. Veamos el silogismo en el primer caso:

Premisa 1: Martita le dijo al señor Edwards “este cuadro es original”.

Premisa 2: Es de sentido común suponer que, si ella era dueña de la galería, debió haber sabido que el cuadro era falso.

Conclusión: Martita engañó a Edwards acerca de la autenticidad del cuadro.

Sin embargo, ¿es cierto que “es de sentido común suponer que, si ella era dueña de la galería, debió haber sabido que el cuadro era falso”? Tal vez Martita debió haber sabido, tal vez no. La pregunta es si es cierto que esa proposición pertenece al mundo del sentido común y no, en cambio, que en el mundo de las galerías de arte sea posible ver de todo: dueños de galerías que son expertos en arte, dueños que son completamente ignorantes; algunos que pasan todo el día trabajando en la galería, otros que tienen un administrador y se aparecen por allí de vez en cuando; dueños que son devotos de Dalí y dueños que serían incapaces de distinguirlo de la Rana René; dueños que tienen la galería por un genuino interés y dueños que la tienen por estatus social; dueños que la tienen hace décadas y dueños que se acaban de iniciar en el rubro. Tal vez Martita, por dueña de la galería que haya sido, pensaba ella misma que el cuadro era genuino; tal vez ella había pagado una cantidad muy cercana apenas un par de meses antes. En fin, la pregunta es si la proposición en cuestión “ella era dueña de la galería y, por lo tanto, debió haber sabido que el cuadro era falso” es de sentido común. No quiere decir que no sea verdadera. No quiere decir que, cuanto más la ponemos en relación con otras proposiciones fácticas, más se fortalece el sentido común. La única cuestión que preguntamos es si ella, por si sola, pertenece al sentido común o si, en cambio, cuando se dice ello, todo lo que se quiere decir es más bien: “yo creo que ella lo estaba engañando”. Agreguemos más proposiciones fácticas como premisas a ese mismo razonamiento:

Premisa 1: Martita le dijo al señor Edwards “este cuadro es original”.

Premisa 2: La galería de arte de Martita tenía una deuda de US\$20.000.

Premisa 3: Martita le comentó a su contador la semana anterior que podían conseguir fondos para cubrir la deuda vendiendo una de las réplicas como original.

Premisa 4: Si Martita había concebido esa posibilidad justo una semana antes, y de hecho vendió una réplica como un original por la cantidad de dinero que debía, es de sentido común suponer que lo hizo a sabiendas.

Conclusión: Martita engañó al señor Edwards acerca de la autenticidad del cuadro.

En este caso, la premisa de sentido común (premisa 4) parece ser más poderosa que en el caso anterior, en tanto pertenecer dicha afirmación efectivamente al sentido común.

Lo mismo ocurre en el segundo ejemplo que poníamos:

Premisa 1: Ese Dalí, original, vale US\$20.000.

Premisa 2: Edwards pagó US\$20.000.

Premisa 3: Es de sentido común que, si el señor Edwards pagó el valor del Dalí original, él creía estar comprando el cuadro original.

De vuelta: la fuerza de la conclusión depende de que sea fuerte la premisa 3 como afirmación de sentido común, y no solamente de la prueba de las primeras dos premisas.

Una inmensa porción de los casos penales se determina por prueba puramente indiciaria. El hecho de que la prueba sea puramente indiciaria, en sí mismo, *no disminuye un ápice de su fuerza probatoria*. La prueba directa no es necesariamente, por ser directa, más fuerte que la prueba indiciaria. Ni viceversa: por el hecho de que una prueba sea indirecta o indiciaria no quiere decir, de ninguna manera, que su fuerza probatoria sea *per se* menor. Los testigos oculares, por ejemplo, suelen configurar prueba directa, y hoy en día abundante investigación empírica muestra que el grado de certeza que un testigo demuestra en sus afirmaciones no encuentra correlato con el hecho de que ellas sean verdaderas (en otras palabras, que el hecho de que un testigo esté muy seguro de haber visto lo que dice haber visto no significa en absoluto que, de hecho, ello haya sido así). Y, por el otro lado, buena parte del conocimiento que guía nuestras vidas hoy en día, de lo que la ciencia sabe y de las decisiones más relevantes de nuestra vida, se deben a pruebas indirectas: cuando el médico nos dice que tenemos diabetes estamos dispuestos a cambiar radicalmente nuestras vidas, aun cuando el médico ha descubierto esa enfermedad por prueba puramente indiciaria (el nivel de azúcar en la sangre, por ejemplo). Cuando llegamos a nuestra casa y vemos la ropa de nuestra señora desparramada por el suelo, lo mismo que un traje de hombre que no reconocemos, y la encontramos a ella durmiendo en la cama mientras una voz de hombre se escucha desde la ducha, ¿acaso estaríamos dispuestos a que alguien nos dijera “no puedes sacar conclusiones, tienes prueba puramente indiciaria...”?

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 prueba puramente indiciaria.

Especialmente cuando nuestro caso cuenta con prueba indiciaria, resulta frecuente que el razonamiento lógico que subyace a dicha prueba se sirva de múltiples premisas, contenidas en variadas proposiciones fácticas desperdigadas en igualmente diversas pruebas (lo que dice este certificado, más una frase obtenida en este contraexamen, más otra frase obtenida en ese examen directo...). El litigante ha concebido desde el comienzo una cierta teoría del caso y una específica estrategia para probarla, parte de la cual puede no haberse hecho explícita sino hasta este momento, el alegato final, en que voy a armar el rompecabezas. Por lo tanto, el abogado - que ha tenido siempre en mente esta teoría del caso y su estrategia- seguramente le ha hecho a los testigos muchas preguntas cuyas respuestas pueden no haber iluminado al tribunal en su momento -aisladamente consideradas- pero que en el alegato final, puestas en relación con otras o mediadas por un argumento, deben adquirir sentido dentro del caso: transformar esos pedazos de prueba indiciaria en premisas del la inducción o la deducción cuya conclusión - vamos a argumentar- viene exigida por el sentido común, las máximas de la experiencia o el conocimiento técnico.

Así, por ejemplo, si el defensor ha examinado al acusado acerca de su condición de zurdo y luego, más adelante en el juicio, pone en el estrado al médico forense, quien explica que el cuchillo penetró el cuerpo de la víctima de derecha a izquierda; en el alegato final, entonces, el abogado defensor podrá relacionar ambos trozos de información, mostrándole al juzgador que quien haya enterrado el cuchillo a la víctima lo hizo con la mano derecha, en circunstancias de que su representado es zurdo.

Esto es lo que ocurre también cuando, no habiendo testigos oculares del homicidio mismo, un testigo señala que vio al acusado alejarse corriendo del lugar. Otro señala haber visto en la escena del crimen un auto estacionado que corresponde al del acusado. Otro, en fin, testifica haber oído al acusado amenazar de muerte a la víctima el día anterior. Ninguno de estos testimonios prueba por sí mismo, ni de manera directa, la culpabilidad del acusado, pero puestos en relación pueden dar lugar a procesos deductivos o inductivos a través de los cuales generar convicción en el tribunal. Pocas labores son más preciosas que ésta en el alegato final.

b.4. Valor probatorio.

Noten que todo el tema de la prueba indiciaria del que hablamos en el punto anterior no es en estricto rigor una cuestión a nivel de la prueba, sino una cuestión a nivel de las proposiciones fácticas: ¿es cierto que de los hechos (indicios) *probados* 1) Martita dijo 'es original' y 2) 'Martita sabía que era falso' se satisface el elemento jurídico "representación" (de la estafa)? Esta discusión -acerca del poder de la prueba indiciaria- asume que las proposiciones fácticas que sirven de premisa están, en efecto, probadas.

Pero todavía el alegato final debe hacerse cargo de cómo es que cada una de esas proposiciones fácticas debe estimarse acreditada. Lo cual nos lleva al tema del valor o peso probatorio. El valor probatorio tiene tres aristas de las cuales hacerse cargo: cobertura, idoneidad y credibilidad.

b.4.1. Cobertura

Por cobertura queremos expresar la sencilla idea de que la proposición fáctica que se propone acreditada de manera directa esté efectivamente, de manera específica y concreta, cubierta por la prueba. El alegato final debe hacerse cargo de qué es exactamente lo que la prueba dijo; no lo que al abogado le habría gustado que dijera, no lo que el abogado escuchó que la prueba dijo en otro momento (fuera del juicio) ni lo que el abogado quería que los jueces, echando mano de conocimiento privado, entendieran que dijo, sino lo que la prueba de hecho y exactamente dijo en juicio.

Esto es particularmente relevante de cara a la refutación del caso de la contraparte, en donde la contracara de la cobertura específica de la prueba toma la forma de tergiversación de la prueba.

Revisemos un típico ejemplo, presente en varios casos sonados en nuestro país: la defensa del imputado presenta peritajes para acreditar la inimputabilidad del acusado por demencia. Todos y cada uno de los peritos declara, en lo fundamental, que el acusado es esquizofrénico, que sufre de alucinaciones y que siente que Dios le habla. Ninguno de los exámenes y contraexámenes, sin embargo, traduce ninguno de esos diagnósticos psiquiátricos en las proposiciones fácticas que subyacen a la teoría jurídica “inimputabilidad por demencia”: a) que el acusado no estaba en condiciones de distinguir el bien del mal al momento de cometer los hechos o b) que no era capaz de conformar su conducta a dicha noción. Simplemente ninguno de los litigantes les preguntó si el diagnóstico técnico “esquizofrénico” se traduce en alguna de esas proposiciones fácticas. Siendo ese el caso, cuando el defensor en el alegato final dice “ha quedado acreditado que mi cliente era esquizofrénico y, por lo tanto, no podía distinguir el bien del mal” o bien, simplemente, “ha quedado acreditado que mi cliente era esquizofrénico y, por lo tanto, es inimputable por demencia”, está tergiversando la prueba: la inimputabilidad no exige que el acusado sea esquizofrénico, sino alguna de estas hipótesis de hecho que acabamos de nombrar. Si ellas no fueron incluidas en la prueba, entonces el abogado no puede asumirlas, ni pedirle al tribunal que las asuma, pues ello sería permitir la utilización de conocimiento privado del defensor o de los jueces, en un área que, por ser técnica, escapa al dominio del sentido común a las máximas de la experiencia. Quizás haya distintos tipos de esquizofrenia; tal vez diversos grados; quizás distintas personas reaccionen de diferente manera frente a ella; tal vez, si hay otras patologías adicionales, eso modifique las conclusiones de un modo que también nos tendrían que explicar; quizás sea diferente si la persona estaba o no en tratamiento, o si estaba o no tomando medicamentos, etc.

El alegato final entonces, en este caso el del fiscal, debe hacerse cargo de qué es exactamente ‘lo que la prueba prueba’: en este caso, la prueba sólo prueba que él es esquizofrénico, nada más. Qué se sigue de ahí de cara a la inimputabilidad, no tenemos idea; la mala litigación en este caso no permitió avanzar hacia otra conclusión, no acreditó más proposición fáctica que esa.

b.4.2. Idoneidad

Asimismo, el alegato final debe hacerse cargo de cuánto la prueba que se ofrece para acreditar una proposición fáctica es realmente idónea para probarla. También ésta es un área donde se toman por obvias evaluaciones que en realidad no lo son en absoluto.

Algunos clásicos en torno a esto tienen lugar, por ejemplo, cuando ingresan al debate opiniones de testigos legos, declaraciones sobre hechos fuera de percepción (típicamente hechos internos de terceros), supuestas experticias que en realidad no lo son, o expertos que, siéndolo, declaran sin embargo fuera de los límites de dicha experticia.

Así, por ejemplo, cuando el médico de turno que atendió a la víctima en la sala de urgencias declara sobre su estado mental: el médico no tiene formación en psicología clínica, no realizó el tipo de procedimientos que toma evaluar dicho estado mental (entrevistas, tests) y, por lo tanto, sólo puede declarar sobre hechos respecto de los cuales un lego podría declarar. Nos puede decir que lloraba, nos puede decir lo que la víctima le dijo, nos puede decir que caminaba de un lado para otro; pero no nos puede decir, por ejemplo, que estaba en estado de shock (si es que la expresión tiene algún significado técnico). El doctor simplemente no es idóneo para eso.

Lo mismo ocurre, por ejemplo, cuando un testigo declaró sobre hechos fuera de su percepción, típicamente hechos internos de un tercero. Esto puede tomar formas muy sutiles durante el debate, y tal vez la contraparte no pudo, no supo o no quiso objetar: eso no disminuye el hecho de que se trata de hechos para cuya acreditación el testigo no es idóneo. Por ejemplo, cuando el testigo habla en plural, incluyendo a otros en su testimonio: “estábamos aterrados”; “supimos exactamente a qué se refería”; “no nos quedó ninguna duda acerca de sus intenciones”. En algunos casos, incluso respecto de hechos externos de un tercero: “vimos el auto venir a alta velocidad”.

El alegato final debe hacerse cargo de la idoneidad de la prueba para probar lo que se pretende que ella prueba, y denunciar su falta de idoneidad cuando ello ocurre.

b.4.3. Credibilidad

Por último, en relación con el peso probatorio, el alegato final debe hacerse cargo de las cuestiones asociadas a la credibilidad de la prueba. A lo largo de este manual han ido quedando de manifiesto varios elementos que contribuyen o deterioran la credibilidad, tanto de la prueba en tanto fuente de información (por ejemplo el testigo) como de la información misma que ella contiene (el testimonio). En el capítulo relativo al contraexamen, como se recordará, fuimos sobre el interés, la conducta previa y la capacidad de percepción.

El alegato final debe hacerse cargo de esos elementos, pero de su análisis concreto y específico y no simplemente limitarse a su mención. Tal como veíamos en el capítulo relativo al contraexamen, ninguno de estos factores suprime en sí mismo la credibilidad de la prueba,

así como ningún factor abstracto la asegura. El alegato final, entonces, debe poder relacionar la información y construir desde estos factores argumentos que nos permitan fortalecer o debilitar la prueba producida en juicio.

Hay otros elementos asociados a la credibilidad de la prueba. Algunos de ellos pueden emerger en el mismo examen directo o contraexamen, o bien, en ocasiones, pueden quedar en evidencia sólo una vez que se ha producido toda la prueba. En cualquier caso, el alegato final debe ir sobre el análisis concreto y específico de los factores de credibilidad, respecto de cada una de las pruebas. Veamos algunos factores adicionales:

Concesiones

No hay información más confiable fidedigna que aquella que ha sido producida por la contraparte. El otro bando no puede negar la autenticidad de la información que él mismo ha introducido al juicio, y el sentido común parece sugerir que no ofrecería prueba que dañara su propio caso a menos que ella fuera ineludiblemente cierta.

Supongamos que estamos en un caso en que el imputado por un delito de lesiones en accidente de tránsito admitió haber ido atrasado a la oficina el día en cuestión. Este hecho pasa cualquier test de verosimilitud cuando es usado en el alegato final:

“¿Cómo sabemos que el inculpado iba atrasado ese día? Bueno, él mismo nos lo dijo. Recuerden que fue en el propio examen directo, interrogado por su propio abogado, que él dijo, literalmente: ‘me levanté apurado esa mañana porque estaba atrasado para llegar a una reunión en la oficina’.

A continuación, a esa afirmación del imputado se le puede seguir sacando ventaja a través de información obtenida en el contraexamen, precisamente con esta intención:

“las propias palabras del imputado también nos explicaron muy bien por qué tenía razones sobradas para ir nervioso y apurado en su auto; después de todo, fue él mismo quien nos dijo cuán importante eran los nuevos clientes; les ruego que recuerden que le pregunté acerca de si cada nuevo cliente significaba mayores ingresos para él, a lo que me respondió, les leo textual, ‘sí, porque recibo comisiones por mis clientes y un bono especial por cada nueva cuenta que logro’. Luego le pregunté si este cliente en particular era importante, y me dijo ‘sí, son los mayores distribuidores de computadores en el país’. Así que ahí estaba el señor acusado, habiéndose quedado dormido para su primera reunión con un nuevo e importante cliente, preguntándose qué tanto dinero iba a perder si llegaba atrasado”.

Para los efectos de credibilidad, las concesiones de la otra parte no deben ser necesariamente admisiones directas, ni provenir literalmente de su testimonio. Toda la información introducida por la contraparte puede ser explotada como una concesión, en tanto haya sido producida por ella. El alegato final, en consecuencia, puede hacer uso de la declaración de cualquier testigo de la contraparte, lo mismo que de los objetos, documentos, diagramas o

demás exhibiciones aportados por ella, incluidos los alegatos o preguntas hechas por su abogado en el desarrollo del juicio.

Hechos no controvertidos

Se trata aquí de aquellos hechos que, si bien no han sido admitidos directamente por la contraparte, tampoco han sido desmentidos por la prueba que ella ha presentado. Los hechos no controvertidos suelen ser útiles para echar luces sobre otros que sí están en disputa. Así, el abogado defensor en el caso Kiev bien podría argumentar:

“Es incontrovertido el hecho de que el Sr. y la Sra. Kiev se fueron juntos de vacaciones cuatro veces ese año. Es incontrovertido el hecho de que el segundo de esos viajes tuvo lugar en Julio -un mes después de que supuestamente ocurrieron los abusos- y fue un romántico crucero por el Caribe. Es incontrovertido el hecho de que sólo unas semanas después toda la familia -niños incluidos- recorrieron en auto la costa de California. Y, finalmente, la propia Sra. Kiev dice que Ana ya le había dicho en esa época “que su papá le estaba haciendo cosas”. ¿Podemos creer que una madre se va de románticas vacaciones con el hombre que está abusando sexualmente de su hija? ¿y que en las vacaciones siguientes no sólo se va con el hombre que está abusando sexualmente a su hija, sino que lleva a ésta con ellos?”.

Como se ve, en este ejemplo los hechos no disputados se utilizan para argumentar respecto de uno que sí es controvertido, los supuestos abusos.

Consistencia con los hechos conocidos

Tanto las concesiones y los hechos no controvertidos, como otras circunstancias (hechos ocurridos durante el juicio y de los que el tribunal, por lo tanto, tomó conocimiento directo; hechos materia de convenciones probatorias; hechos públicos y notorios) ofrecen un núcleo fáctico de proposiciones consideradas “verdaderas”. Estos hechos representan una piedra de tope para evaluar la credibilidad del resto de la prueba: ella será más verosímil en la medida en que exhiba más consistencia con estos hechos cuya veracidad está fuera de discusión.

Supongamos que en un caso el propio imputado ha reconocido que amenazó de muerte a la víctima una semana antes del homicidio. Tal vez el defensor haya presentado al más creíble de los testigos (digamos, sor Teresa de Calcuta) quien aseguró haber estado ese día en el lugar, y que la amenaza jamás se produjo; a eso, el defensor agrega el más claro razonamiento de sentido común: si en verdad quería matarlo, ¿por qué hacer algo tan absurdo como amenazarlo en un lugar lleno de público, justo unos días antes de consumar su supuesto plan? Quizás jamás haya habido un testigo más creíble que sor Teresa, y tal vez sea completamente absurdo desde el punto de vista del sentido común creer que lo amenazó en las condiciones en que se supone ello tuvo lugar. Sin embargo, la amenaza es un hecho conocido, dado que el propio acusado, en su propio perjuicio, admitió su existencia. Siendo ello así, no importa cuán creíble haya sido sor Teresa ni cuán razonable el argumento del abogado: los hechos conocidos son una piedra de tope para evaluar el resto de la prueba y, por lo tanto, aunque realmente no

podamos sospechar ni remotamente porqué sor Teresa dice lo que dice, probablemente debamos asumir que está en un error.

Por supuesto, siempre es posible disputar la calidad de “hecho conocido”, aunque ello es más posible en unos casos que en otros. Tal vez en el ejemplo, el defensor tenga una versión acerca de porqué el acusado admitió falsamente la amenaza (“está protegiendo al verdadero culpable”). El punto es que, en la medida en que se trate efectivamente de “hechos conocidos”, ello determina el análisis de credibilidad del resto de la prueba. El alegato final debe ser capaz de identificarlos (o disputarlos), a la vez que ordenar el análisis de credibilidad de la prueba en torno a ellos.

Máximas de la experiencia y sentido común

Un testigo asegura que se mantuvo de pie observando atentamente cómo un individuo disparaba al interior del bar en que él estaba. Otro afirma que mientras recibía el impacto del auto con el que chocó violentamente pudo ver -y recuerda- el número de su patente. Una niña de ocho años, en fin, afirma que su tío la “abusó sexualmente haciendo tocaciones en sus labios vaginales”.

Algo no suena bien en estos testimonios. Se trata de dichos que tienen una relación intolerablemente tenue con la experiencia común que la mayoría de las personas comparte. Uno esperaría que alguien que está dentro de un bar en el cual se están descargando ráfagas de ametralladora, corriera a protegerse. Uno esperaría también que una persona violentamente impactada por otro auto no se esté preocupando de identificar y retener los números de su patente. Asimismo, uno jamás esperaría que una niña de ocho años se exprese en términos tales como “abusó sexualmente”, “tocaciones” o “labios vaginales”.

Estas expectativas son el resultado de la experiencia elemental que las personas recogemos y compartimos a lo largo de vidas enteras y, aun cuando sea éste un elemento que no tiene pretensiones de científicidad, no por eso es menos poderoso al momento de evaluar la credibilidad de lo que se dice en un tribunal de juicio oral.

No sólo no debe esperarse del juzgador nada distinto, sino que la correcta utilización de la experiencia compartida y el sentido común integran lo mejor de la función jurisdiccional.

Las personas tenemos una cierta experiencia acerca de cómo ocurren las cosas, sea porque suelen ocurrir así, sea porque la experiencia nos ha dado una cierta sensibilidad acerca de cómo es razonable que ocurran. La experiencia y el sentido común trasladan, por así decirlo, la carga de la prueba. Nada impide que las cosas ocurran de un modo diferente de aquel como suelen ocurrir o como creemos razonable que ocurran, pero quien alega que éste es el caso tiene la carga de explicarnos cómo fue que esa circunstancia extraordinaria se produjo. Las máximas de la experiencia y el sentido común constituyen, entonces, no solamente criterios legítimos sino herramientas indispensables para evaluar la credibilidad de la prueba.

Lo anterior, sin embargo, a condición de que las máximas de la experiencia sean efectivamente *máximas*, y que el sentido común sea efectivamente *común*. Si en lugar de *máximas* de la experiencia, el litigante sólo ofrece experiencia en el alegato final, entonces sólo se trata *su experiencia* o de alguna experiencia, pero eso no traslada ninguna carga de la prueba a ninguna parte, porque del hecho de que las cosas no hayan ocurrido esta vez como alguna vez han ocurrido, no se sigue nada en términos de credibilidad. Por ejemplo, si el fiscal, en el alegato final, dice “es cierto que el doctor Chapatín, el perito de la defensa, dijo que en su opinión había negligencia médica en este caso. Sin embargo, es una máxima de la experiencia que los médicos mienten para protegerse los unos a los otros...”. Tal vez este fiscal tenga experiencia en el sentido que los médicos mienten para protegerse; tal vez los jueces también tengan experiencia en ese sentido; tal vez no sólo tengan experiencia en ese sentido, sino que en todas las causas por negligencia en que han participado, han visto a los médicos mintiendo para protegerse; ninguna de estas situaciones, sin embargo, alcanza a constituir una *máxima* de la experiencia. El hecho de que una situación o conducta se repita mucho no basta para constituir una máxima de la experiencia ni quiere decir necesariamente que las cosas deban haber ocurrido así en este caso también. Una máxima de la experiencia requiere uniformidad, permanencia, patrones (por ejemplo, que las personas ven menos mientras menos luz hay), en grados que la jurisprudencia deberá ir afinando, pero que no deben confundirse con el simple prejuicio.

Asimismo, si en lugar de ofrecer sentido *común* el abogado sólo ofrece *su* sentido o *algún* sentido acerca de cómo son las cosas, tampoco eso avanza demasiado el caso por la credibilidad o su ausencia.

La cuestión del sentido común, a su turno, tiene menos exigencia fáctica que las máximas de la experiencia, pero exige considerar las circunstancias concretas: si no es una máxima de la experiencia que los médicos mientan para protegerse, tal vez sí pueda ser considerado una conclusión de sentido común (pero esta vez no por el hecho de ser específicamente médicos, sino por ser un gremio pequeño, cerrado, con alto riesgo de error, con consecuencias muy graves para las personas, digamos como son también por ejemplo los policías). Sin embargo, el que sea de sentido común concluir que este médico pueda estar mintiendo para proteger a su gremio dependerá de las circunstancias concretas del caso; por ejemplo, el sólo hecho de que se trate de un médico extranjero (un peritaje pedido a un experto de otro país) podría alterar radicalmente el sentido común en torno a esta conclusión: no pertenece a la comunidad médica contra la que está declarando, no tiene amigos en el gremio local, no tiene nada que ganar ni nada que perder con su testimonio.

El alegato final, entonces, debe ocuparse de que la prueba -y la teoría del caso en general- satisfagan los estándares de las máximas de la experiencia y del sentido común y, en caso de que ello no ocurra, debe ocuparse de que su teoría del caso explique de qué manera sus relatos son particulares y porqué deben ser considerados creíbles de todos modos, dadas las circunstancias.

Consecuencia interna

Superado el test de la experiencia común, todavía resta al testimonio ser coherente consigo mismo, cada pieza del relato con el resto. Tendemos a creer en las historias que exhiben cierta lógica interna. Creemos que, dado que la realidad exhibe coherencia –puesto que la coherencia está tomada, precisamente, de la realidad- dicha característica se debe reproducir, también, en cualquier relato que tenga pretensiones de veracidad (es decir, de reflejar la realidad).

Para que las inconsistencias perjudiquen la credibilidad del relato no es imprescindible que sean explícitas, ni siquiera que sean genuinas contradicciones.

Volvamos al ejemplo de la familia Kiev. Allí la Sra. Kiev se mostró catastróficamente inconsistente con su relato acerca de los abusos que su marido había cometido en la persona de su hija, a pesar de mantener a lo largo de todo el juicio dicha afirmación y de no contradecirla en ningún momento. Sin embargo, a la vez, realizó afirmaciones como: "fui cuatro veces de vacaciones con mi marido el mismo año en que abusó de mi hija"; "una de ellas fue al Caribe y estuvieron muy románticas"; "acordamos con mi madre trabajar juntas, pues el trabajo era muy pesado para mí sola". Estas afirmaciones no son abiertas contradicciones, pero, en términos de credibilidad, la inconsistencia dañó su testimonio de manera irrecuperable: en todos estos casos uno puede legítimamente dudar de la credibilidad de la afirmación de la Sra. Kiev en el sentido de que ella efectivamente creía que su marido estaba abusando de su hija, pues, si hubiera sido así, un mínimo de coherencia habría exigido no irse de vacaciones con él, o no hacerlo cuatro veces, o al menos no calificar de "muy romántico" el crucero por el Caribe, o invitar a su madre, traída desde Polonia para acompañar a Ana, a compartir el turno en el negocio.

Detalles

Los detalles son un área sensible de los testimonios. Por una parte, la experiencia cotidiana parece indicar que cuando las personas participan de ciertos hechos están en condiciones de percibir y retener acerca de ellos una serie de detalles pertinentes. Por el contrario, la experiencia enseña también que es difícil decir una mentira detallada. Hasta cierto punto, entonces, el grado de detalle con que un testigo pueda revestir la historia contenida en su testimonio habla de su credibilidad. Incluso si los detalles en sí mismos son de escasa importancia sustantiva, nos pueden comunicar que el testigo fue un observador genuino del hecho y que su memoria es nítida.

Pero cuidado. La experiencia también enseña que tenemos una capacidad limitada para observar y recordar detalles, especialmente si estamos bajo circunstancias de fuerte presión o involucrados en hechos que focalizan toda nuestra atención en una parte limitada de las circunstancias. La persona que tenía su concentración completamente absorta en no morir atropellada por el auto, seguramente sabe desde qué dirección venía y probablemente sea capaz de retener su color, tal vez su modelo; pero pretender que, justo antes de saltar para no ser atropellado, pudo distinguir y retener su placa patente, ya parece menos creíble.

C. LA SUFICIENCIA JURÍDICA Y EL DERECHO

Finalmente, por muy coherente y creíble que sea nuestra teoría del caso, ella no servirá de mucho si no satisface la o las teorías jurídicas que estamos invocando. La cuestión del derecho en el alegato final, sin embargo, tiene dos vertientes.

La primera consiste en argumentar la idoneidad de las proposiciones fácticas acreditadas para satisfacer cada uno de los elementos de la teoría jurídica que estamos invocando. Es decir, que nuestra teoría del caso posee suficiencia jurídica. Esta labor es imprescindible y debe ser llevada adelante de manera tan concreta y específica como el resto del alegato final. La mayoría de las veces esto deberá hacerse a través de razonamiento indiciario, con todas las características que tratábamos en las páginas previas, especialmente la construcción de premisas intermedias (configuradas por proposiciones fácticas acreditadas o argumentos de experiencia o sentido común) y de sus conclusiones. Así por ejemplo, el fiscal en el caso del Dalí:

Premisa 1: Martita le dijo al señor Edwards que el cuadro era original.

Premisa 2: Martita publicó el cuadro como un original.

Premisa 3: Martita le exhibió al señor Edwards un falso certificado de autenticidad.

Premisa 4: Martita sabía que el cuadro era falso y sabía que lo era también el certificado.

Conclusión: Estos hechos configuran una “representación dolosa” (elemento legal).

La segunda vertiente está vinculada con la anterior y tiene que ver con hacerse cargo del derecho de fondo. A cierto nivel, es este derecho de fondo el que determina nuestras teorías jurídicas y, por lo tanto, nuestras proposiciones fácticas y prueba. Sin embargo, en la inmensa mayoría de los casos la cuestión del derecho de fondo está más que clara, y los casos se ganan o se pierden por los relatos fácticos, por los hechos y por la prueba. Hay que tener cuidado, entonces, de no derrochar los preciosos minutos del alegato final enredándose en disertaciones, cátedras o teorías dogmáticas si es que el tribunal tiene claro qué es lo que se requiere probar, si ya conoce el derecho aplicable, o bien si no le interesa innovar en nuevas teorías jurídicas a través de este caso. Es parte del profesionalismo de un litigante poder proyectar una evaluación sobre esto y ordenar su litigación en consecuencia. El alegato final es la única posibilidad que tenemos para argumentar la prueba frente al tribunal, y utilizarla para defender teorías jurídicas que el tribunal no se va a comprar o para repetir teorías jurídicas que el tribunal ya conoce, es desperdiciar la oportunidad.

El derecho debe ser invocado en el alegato final sólo en tanto dicha invocación esté al servicio de ganar el caso. Cuidado, entonces, con que las discusiones de derecho nos hagan perder el norte.

En la medida en que el derecho sea relevante y nuevo para los jueces, entonces, son dos las cuestiones jurídicas que nos va a interesar discutir. En primer lugar, el derecho de fondo. Será allí donde argumentaremos de qué manera las proposiciones fácticas que resultaron probadas con la evidencia configuran las teorías jurídicas substantivas que hemos invocado (por ejemplo, la tipicidad de los hechos o la configuración de una eximente de responsabilidad). En segundo lugar, tal vez nos interese discutir las normas que orientan los procesos de elucidación

de los hechos, tales como el estándar probatorio, o las que señalan cómo se deben extraer conclusiones de la prueba en el razonamiento judicial.

4. Estructura

El objeto del alegato final es reestructurar la prueba que se ha oído durante el juicio de manera de conformar el relato que subyace a nuestra teoría del caso.

En este sentido, el alegato final es un acto de comunicación. En él, una persona -la parte- intenta entregar un mensaje a otra -el tribunal. Ese mensaje, como cualquier otro, puede tener un contenido impecable, pero ser entregado de manera tan defectuosa que el destinatario termine extraviándolo entre un mar de información irrelevante, un lenguaje confuso o un relato incoherente.

Un alegato final, entonces, “es persuasivo” y “posee impacto” no cuando concita la emocionalidad del juzgador invitándolo a fallar en un determinado sentido, aunque éste no se ajuste a lo hechos probados o al derecho vigente, sino, al contrario, cuando es capaz de organizar un razonamiento que persuasivamente y coherentemente explique de qué manera la prueba precisamente corrobora la propia teoría del caso y conforma al derecho invocado. No se trata de engañar al juzgador ni de conmoerlo -a los jueces suele no gustarles la sensación de que uno está intentando hacer alguna de esas dos cosas- sino de dotarlo de razones fuertes para que decida el caso en nuestro favor. Si nuestro caso tiene fortalezas que no queremos sean desatendidas por el juzgador, debemos señalarlas con claridad. Para nuestras debilidades, debemos tener una explicación razonable. Si el caso de nuestro oponente presenta debilidades, a su turno, no deseamos que ellas sean inadvertidas y, en cambio, las debilidades de su caso queremos evidenciarlas con rigor.

Para lograr comunicar con efectividad nuestro alegato final, éste puede ser estructurado de diversas maneras.

Estructura temática

La estructura temática resulta con frecuencia eficaz para organizar el alegato final. En éste, en general, el orden cronológico de los sucesos o de la evidencia que concurrió al caso no resulta en definitiva tan gravitante como la resolución de unas pocas cuestiones a las que el caso ha quedado reducido. Estas “cuestiones”, en definitiva, serán algunos pocos hechos clave de cuya resolución depende que el juzgador se incline por favorecer una u otra versión.

En la versión extrema, en ocasiones hay un hecho tan poderoso que, por sí solo o con muy poca ayuda, resulta determinante. Pensemos por ejemplo en el fiscal de un delito por violación diciendo algo como lo que sigue: “Magistrados, el hecho es que el semen encontrado en la víctima pertenece al acusado; el examen de ADN no dejó dudas en este sentido; la defensa ha presentado 18 testigos que dicen haber estado con el imputado ese día a esa hora, todos ellos

declararon consistentemente al respecto, pero eso no logra desvirtuar este hecho: el semen hallado es del acusado”.

Identificado este hecho, de ahí podemos construir el resto del caso y evaluar desde allí la credibilidad del resto de la prueba (por ejemplo, la credibilidad de los 18 testigos, y si su supuesta consistencia quiere realmente decir que están diciendo la verdad o si, en cambio, fueron demasiado consistentes para ser creíbles, atendidos los resultados del ADN...).

Incluso en casos en que no hay hechos tan determinantes como éste, el alegato final puede estructurarse frente a unos pocos hechos que son los que, en definitiva, el litigante quiere despejar para el tribunal. Pensemos en el caso Kiev. La defensa podría reducir su caso a estas pocas cuestiones cruciales:

- La Sra. Kiev sólo denunció a su marido al día siguiente de enterarse que éste la dejaría por otra mujer. En el intertanto, dejó transcurrir un año entero, en el cual se fue cuatro veces de románticas vacaciones con su marido.
- El matrimonio tenía frecuentes y duras disputas económicas porque la Sra. Kiev quería más participación del negocio.
- La abuela traída desde Polonia, al poco tiempo, volvió a dejar sola a Ana para ir a trabajar al negocio.

Esto no quiere decir que sean estos los únicos hechos que se van a mencionar en el alegato final –el alegato final se tiene que hacer cargo de toda la prueba y de todos los hechos- sino sólo que el relato se puede estructurar desde este puñado de hechos estimados centrales. Cada uno de ellos convocará otros hechos y prueba.

Estructura cronológica

La organización cronológica posee todas las ventajas que revisamos a propósito del examen directo: nos permite entregar al juzgador –quizás por primera vez- una visión ordenada de los hechos ocurridos, haciendo recrear mentalmente de manera secuencial las circunstancias y sucesos que motivan nuestra pretensión.

La dificultad con la organización cronológica en el alegato final es que muchas veces los hechos no ocurren en la secuencia que les confiere mayor verosimilitud. Con frecuencia eventos ocurridos con posterioridad pueden arrojar luz sobre las razones, circunstancias o naturaleza de otros que tuvieron lugar anteriormente. Con igual frecuencia, eventos que no ocurrieron inmediatamente antes que otros, sino con mucha anterioridad, pueden también iluminar el significado de los acontecimientos. En fin, el problema con la cronología estricta es que con demasiada frecuencia fracasa en resaltar los hechos que resultan en verdad esenciales para el caso, perdiéndolos en un mar de otros hechos que sólo tienen significado a la luz de esos acontecimientos principales. No obstante –comprendida la importancia de organizar temáticamente el alegato final- éste puede ser eficazmente complementado con una relación cronológica de los acontecimientos que, en virtud de los resultados arrojados por el análisis temático, deben ser tenidos por probados. Veamos:

“Señores magistrados: más allá de toda duda, cuando Atila entró a la casa de su vecino iba con la clara intención de violar a su hija, Matilda□ ¿se acuerdan que el día anterior había estado preguntando a qué hora llegaba Matilda del colegio? ¿Y a qué hora llegaba su padre del trabajo? Eso nos lo dijo el Sr. Carpatos, el jardinero; Atila sabía, entonces, que Matilda estaría sola entre las cinco y las siete de la tarde; ¿y recuerdan qué es lo que tenía el acusado en los bolsillos cuando fue revisado por Carabineros en la comisaría? Una caja de preservativos□ escuchamos a dos carabineros declarar eso y ambos nos dijeron que la caja de preservativos le fue incautada al momento de la detención; ahora bien, el propio acusado ha dicho que no pretendía ir a ningún otro sitio más que a la casa de su vecino□ para visitarlo□ ¿es razonable que creamos eso? ¿que fue a visitar a su vecino a una hora en que sabía que no estaba? ¿que iba provisto no de una botella de cerveza ni de una cajetilla de cigarrillos, sino de una caja de preservativos? Preservativos que compró al salir de su casa y antes de entrar en la de Matilda, eso lo sabemos por la fecha y la hora en la boleta misma, que hemos acompañado al tribunal como prueba documental. Señorías, la simple verdad en este caso es ésta: Atila esperó ansiosamente hasta que su vecino hubo salido de su casa, caminó hasta la farmacia, compró una caja de preservativos y luego se dirigió a la casa de Matilda con una sola intención en la cabeza: violarla□”.

Como se puede apreciar, este fragmento de alegato despeja primero temáticamente los hechos clave del caso, y convoca la prueba en apoyo de cada uno de ellos, con prescindencia del orden cronológico en que dicha prueba o hechos se produjeron. Una vez que los hechos clave han sido despejados, sin embargo, podemos reconstruir para el tribunal “lo que en verdad ocurrió”: nuestra teoría del caso, apoyada por la evidencia así analizada.

La estructura cronológica puede llevarse a cabo desde el punto de vista de la víctima, desde el punto de vista del acusado, o bien desde el delito mismo.

El alegato “relación” o “lista de testigos”

De las posibles estructuras, la que casi siempre resulta desastrosa es la de asumir el alegato final con la lógica de “relación del expediente” o de “lista de testigos”. Es decir, organizar el alegato desde la cronología de presentación de la prueba en el juicio: “escuchamos primero al policía, que nos dijo... y luego al testigo 1, que nos dijo... y luego al perito, que nos dijo...”. Esta estructura prácticamente nunca organiza la información del modo más persuasivo y claro, entre otras cosas porque el orden de presentación de la prueba rara vez coincide con ninguna de las historias posibles de contar y, precisamente, más bien lo que hace es presentar pruebas y versiones aisladas, allí donde la fuerza persuasiva de un relato y el valor probatorio de la evidencia está precisamente en la construcción de relaciones entre todos ellos.

5. Una historia persuasiva.

En general, todo alegato final debe poseer los elementos de una historia persuasiva que - directa o indirectamente- hemos revisado hasta ahora: básicamente, una historia persuasiva explica todos los hechos conocidos (teoría del caso); existen motivos para que las personas respecto de las cuales se relata la historia hayan actuado de esa manera; es relatada por prueba que goza de credibilidad; está además apoyada por detalles y se ajusta al sentido común. Estos elementos deben estar de algún modo presentes en nuestro alegato final. Todos estos elementos deben arrojar luz básicamente sobre las siguientes cuatro cuestiones: lo que ocurrió (los hechos que finalmente conocemos), por qué ocurrió (causas y motivos), por qué esta versión debe ser creída (la prueba verosímil) y, por último, cómo podemos estar seguros (los detalles consistentes). En la medida en que nuestro alegato final cubra satisfactoriamente estos puntos, la historia que presentará será suficientemente persuasiva para inclinar al tribunal a aceptar nuestra teoría del caso.

6. El resumen de todo: el alegato como sentencia

Un buen alegato final debiera comportarse como un borrador de sentencia para los jueces. Esto es lo que nos interesa ofrecerle al tribunal al momento del alegato final: una argumentación acerca de “lo que la prueba prueba” y una relación entre dichos hechos y las teorías jurídicas aplicables que, virtualmente, ponga a los jueces en condiciones de poner su firma en dicho razonamiento y hacer de él la sentencia del caso. Que se comporte de esa manera, es la verdadera vara para evaluar la efectividad de un alegato final.

BIBLIOGRAFÍA

1. Nota Bibliográfica:

No obstante existe abundante literatura sobre estrategias y destrezas de litigación en juicios orales en el contexto del sistema Norteamericano, llama la atención que, salvo contadas excepciones, estas obras no han sido traducidas al castellano. En los pocos casos en donde existe esa traducción, un problema que presentan dichos textos para su comprensión y uso extendido en América Latina es que en ellos no existe ningún esfuerzo de adaptación de las buenas prácticas y experiencias desarrolladas en el contexto en donde se han escrito dichos textos a la realidad de los sistemas reformados en la región. En efecto, se trata de traducciones de las versiones en Inglés pero sin referencias específicas a las reglas de nuestros países, ni menos a las particularidades del diseño de nuestros sistemas procesales. Por cierto, dichos textos no tienen ninguna posibilidad de hacerse cargo de las complejidades que desde el punto de vista de las prácticas de litigación representa la sustitución de un modelo de litigación basado en el trámite escrito a otro de corte acusatorio basado en el trabajo de audiencias, todavía con muchas imperfecciones en el diseño legal y con bastantes confusiones en el establecimiento de un modelo claro de litigación acusatorio.

La falta de adaptación de los textos extranjeros sobre litigación a las particularidades de los procesos de reforma en la región, ya sea en Inglés o en castellano, hace que porciones muy significativas de estos no sean relevantes o aplicables a las necesidades de litigación en los sistemas procesal penales de la región. Pensemos, por ejemplo, en el conjunto de actividades de litigación que tienen que ver con la selección del jurado, propias del sistema norteamericano, o un conjunto de cuestiones que se vinculan a la detallada regulación que tienen las reglas de evidencia en dicho país (por ejemplo la prohibición del *hearsay* o testimonio de oídas y sus múltiples excepciones y contraexcepciones). Ellas ocupan porciones importantes de dichos textos y guían muchas de las recomendaciones estratégicas y de litigación que se formulan en los mismos. Tomarlas sin considerar las diferencias de contexto puede llevar a cometer varios errores.

En este escenario, el esfuerzo central de este trabajo es realizar una “traducción cultural” de las buenas prácticas de litigación desarrolladas en el contexto de sistemas acusatorios más maduros, como el norteamericano, a las necesidades y particularidades de un proceso en estado de transformación como lo es el caso chileno. Por lo mismo, en el trabajo se intenta recoger la rica experiencia en dicho país, pero siempre intentando mirarla desde nuestra propia experiencia y desde los desafíos que impone el particular momento de cambio y construcción de nuevas prácticas que experimenta nuestro sistema de justicia criminal. Es así como a partir de los textos usualmente utilizados en el ámbito norteamericano intentamos producir un discurso propio y nuevo que cumpla funciones de adaptarse mejor a las necesidades concretas de nuestro país y en buena medida de la región. El objetivo final es sugerir prácticas orientadas al fortalecimiento del modelo acusatorio que se intenta plasmar a través de los procesos de reforma.

- Steven Lubet, *Modern Trial Advocacy, Analysis and Practice*, National Institute for Trial Adocacy, 1993, 459 páginas.
- James McElhaney's, *Trial Notebook* (second edition), American Bar Associattion, 1987, 533 páginas.
- Albert Moore, Paul Bergman y David Binder, *Trial Advocacy* (inferences, arguments and techniques), West Publishing, ST. Paul, 1996, 335 páginas.
- Larry Pozner y Roger Dodd, *Cross –Examination: Science and Techniques*, The Michie Company, Virginia, 1993, 732 páginas.
- Sam Schrager, *The Trial Lwyer's*, Temple University Press, 1999, 245 páginas.
- Francis Wellman, *The Art of Cross – Examination* (fourth edition), Macmillan Publishing Company, New York, 476 páginas.

CASO
LA JOVEN VIOLADA
(Examen y Contraexamen de Peritos)

Descripción General del Caso:

El día 15 de Mayo del año X la Sra. Silvia Muñoz descubre que la ropa interior de su hija Elena Salazar, de 14 años, esta totalmente rasgada y con muestras de sangre. Al consultar a su hija, ésta señala que en el día anterior, 14 de mayo, después de haber estado en la casa de su novio y cuando volvía al hogar se le acercó un policía -Juan García- y le invitó un cigarrillo. Ambos comenzaron a conversar y el policía la invitó a caminar.

Transcurridos algunos minutos de amena charla, una vez que hubieron llegado a un sitio vacío, ubicado en la esquina de las calles Santa Rosa con San Francisco, el policía intentó besarla y, como ésta lo rechazó, él comenzó a violentarla, rasgándole la falda escolar para, luego de tirarle los calzones, violarla en reiteradas ocasiones dejándola posteriormente en el lugar.

Antes de retirarse del lugar, la menor señala que el policía la amenazó para que no contara nada.

Requerido el oficial García por la fiscalía, éste señala que no conoce a la menor y que nunca la ha visto antes.

Recibidos los antecedentes por la fiscalía, se solicitó al Servicio Médico Legal la realización de peritajes con el objeto de comprobar la efectividad de la denuncia.

SERVICIO MEDICO LEGAL

17 de Mayo de X

INFORME SOBRE EXAMEN FÍSICO Y GENITAL

Con fecha 17 de mayo de X, examiné en este servicio a ELENA SALAZAR, 14 años de edad. Este examen consistió en un examen físico externo y otro a los órganos genitales, realizado a solicitud del Fiscal para verificar si hay antecedentes que permitan aclarar si la víctima fue objeto de algún abuso sexual, incluida la hipótesis de violación.

A continuación se describen los exámenes practicados y sus resultados.

EXAMEN EXTRA GENITAL:

De acuerdo al examen clínico general no es posible detectar lesiones traumáticas visibles.

EXAMEN GENITO ANAL:

Se realizaron los exámenes a los siguientes órganos con los siguientes resultados:

Mamas: tipo cuatro, normal.

Vulva: normal, sin lesiones.

Himen: complaciente, se distiende ampliamente, se toma muestra de contenido vaginal.

Ano: de aspecto y tonicidad normal.

CONCLUSIONES:

La examinada no presenta lesiones traumáticas extra-genitales, ni genito anales; por ello y por las características anatómicas del himen (complaciente) no es posible afirmar o negar acto sexual en la fecha denunciada.

Se realiza examen de contenido vaginal, cuyo resultado se adjunta.

Saluda atentamente a usted,

Claudio Montoya
Médico Cirujano

**SERVICIO MEDICO LEGAL
DEPARTAMENTO DE LABORATORIOS**

INFORME

03 de Junio de X

EXAMEN DE: Contenido vaginal y manchas en calzón.

PERTENECIENTES A: Elena Salazar.

Señor Fiscal:

En atención a su solicitud se ha efectuado en esta Sección Laboratorios, el examen en unas muestras de contenido vaginal y manchas en calzón pertenecientes a: ELENA SALAZAR.

RECEPCIÓN Y DESCRIPCIÓN DE LAS MUESTRAS:

Las muestras se recibieron con fecha 19 de mayo y consistieron en lo siguiente:

D- 01: Un tubo de ensayo con una tórula de algodón en su interior sin rotular.

D- 02: Calzón de algodón de color blanco con pequeñas flores en color anaranjado, rosado, verde y violeta. Es elasticado en cintura y piernas con elástico de color rosado. Muy sucio y en buen estado de conservación. En su interior presenta etiqueta en la que se lee "Private Touches". La prenda mide: 70 cm. de cintura, 26 cm. alto de entrepiernas, 12 cm. de costado. En la zona de entrepiernas, presenta una mancha café rojizo que mide 13x7 cm. aproximadamente.

OPERACIONES DEL EXAMEN:

Investigación del semen: Se investigó la existencia de semen mediante reacciones presuntivas (fosfatasa ácida) y de certeza (observación microscópica por tinción), en trozos de las manchas presentes en el calzón previa selección de ellas a la luz ultravioleta.

Se obtuvieron los siguientes resultados:

CONTENIDO VAGINAL:

D- 01: Fosfatasa ácida POSITIVA.

D- 02: A la observación microscópica por tinción de Gram, en dos (2) preparaciones de la muestra, se encontraron algunos espermatozoides completos, y algunas cabezas de espermatozoides.

CALZON:

D- 01: Fosfatasa ácida: POSITIVA

D-02: A la observación microscópica por tinción de Gram, en tres (3) preparaciones de las manchas se encontraron numerosas cabezas de espermatozoides.

CONCLUSION:

El examen ordenado efectuar por la fiscalía ha revelado lo siguiente:

1. La muestra de contenido vaginal dio las mismas reacciones que el semen humano y se encontró en ellas espermatozoides completos y cabezas de espermatozoides.
2. Las manchas presentes en el calzón dieron las mismas reacciones que el semen humano y se encontró en ellas numerosas cabezas de espermatozoides.

Se envían a la Unidad de Biología Molecular y Genética, la muestra de contenido vaginal y trozos de manchas, las cuales se reservarán por un año por si la fiscalía dispone la comparación con muestra de algún sospechoso. Pasado este plazo, las muestras se eliminarán.

Se adjunta al presente informe: un calzón.

Josefina Letelier
Químico

**SERVICIO MEDICO LEGAL
LABORATORIO DE BIOLOGÍA MOLECULAR**

INFORME SOBRE ADN

07 de Junio de X

Señor Fiscal:

En atención a lo solicitado por usted, la Unidad de Biología Molecular y Genética del Departamento de Laboratorios de este servicio informa sobre el examen de ADN requerido.

RECEPCIÓN Y DESCRIPCIÓN DE LA(S) MUESTRAS:

Las muestras fueron recibidas en este servicio con fecha 01 de junio y consistieron en lo siguiente:

D-01: Un tubo de ensayos tapado con algodón con una tórula en su interior, con rótulo "contenido vaginal".

D-02: Trozos de género de color blanco que presentan manchas.

D-03: Un tubo eppendorf rotulado: JUAN GARCÍA; sangre.

MÉTODO EMPLEADO:

Se realizó amplificación de los loci VNTR; Apo-B y D1S80 y STR; CSF1PO; THO1 Y TPOX mediante la técnica de AMP-FLP.

RESULTADOS:

	Apo-B	D1S80	CSF1PO	TPOX	THO1
D-01 (espermios)	NO	NO	NO	NO	NO
D-02 (epit.vag.)	NO	24-25	NO	8-8	6-8
D-03 (calzón)	790	695-690 30	18-24-25	NO	8-8 6-8
D-04 (sangre reo)		630-690	18-31	NO	8-8 6-6

NO: significa que no hubo amplificación de DNA determinado.

La muestra D-02 presentó un perfil genético mixto (locus Apo-B y D1S80), lo que significa que la mancha en el calzón proviene de mas de un individuo.

La muestra D-04 (reo) no coincide con el perfil genético obtenido de las muestras D-02 (epit. vag.) y D-03 (calzón).

La presencia en la muestra D-02 de 3 y 4 alelos en los loci Apo-B y D1S80 puede deberse a la mezcla de células epiteliales vaginales de la víctima con la muestra del semen.

CONCLUSIONES:

1. El examen de ADN da cuenta de que los rastros biológicos encontrados en el calzón corresponden a más de un individuo.
2. No es posible determinar si estos individuos corresponden a la víctima y a un hombre, o a dos hombres distintos, debido a la presencia de 3 y 4 alelos en los loci Apo-B y D1S80 en la muestra.
3. El examen de ADN practicado a la sangre de Juan García indica que éste no corresponde al ADN encontrado en el calzón y en el contenido vaginal.

Saluda Atentamente a usted,

Hugo Manríquez
Departamento Bioquímica
Servicio Médico Legal

PERFILES DE PERITOS

Perfil Claudio Montoya:

El doctor Montoya es un Médico Cirujano (estudios generales de medicina) de 30 años de edad, egresado de la Universidad de Chile que lleva dos años trabajando en el Servicio Médico Legal. Realiza aproximadamente cinco exámenes de este tipo a la semana.

Perfil Josefina Letelier:

La doctora Letelier pertenece a una de las unidades más requeridas del Servicio Médico Legal (departamento de laboratorios). Semanalmente deben realizar aproximadamente unos 100 exámenes, de los cuales un 20% corresponden a exámenes para verificar la existencia de semen en las muestras. Se graduó de la carrera de Biología el año 2000 en la Universidad Católica de Santiago y realizó su práctica profesional en este Servicio, luego de lo cual fue contratada ahí. Trabaja junto a un equipo de 5 químicos.

Perfil Hugo Manríquez:

El doctor Manríquez tiene 57 años, realizó sus estudios de Bioquímica en la Pontificia Universidad Católica, obteniendo su título con mérito destacado. Luego de realizar su estudio de Maestría en el campo de la Biología Molecular en la Universidad de Stanford, regresó a Chile para trabajar en el Laboratorio de Biología Molecular del Servicio Médico Legal, además de ser profesor titular de la Cátedra de Gamética en la misma Pontificia Universidad Católica. Permanentemente hace cursos de especialización y actualización, lo que lo faculta para estar al tanto de los avances en su campo.

Lleva aproximadamente 28 años trabajando en el Servicio Médico Legal y realiza semanalmente unos 15 exámenes como el que realizó en este caso.

CASO TOPO GIGIO

(Ejercicios de litigación de juicio completo)

POLICÍA NACIONAL DEL ECUADOR
SECCIÓN POLICÍA JUDICIAL PICHINCHA

12 de Agosto de 2002

Pongo en conocimiento de esta Fiscalía Distrital de Pichincha que con fecha de hoy mi compañero -el Cabo Carlos Leiva Ramírez- y yo, ambos del 5° Cuartel Policial de Quito, detuvimos a José Maldonado Rivas por su participación en el homicidio de Juan Carlos Carmona, apodado "el Topo Gigio", ocurrido en la madrugada del día de hoy.

La detención se produjo en circunstancias de que mi compañero y yo nos encontrábamos patrullando la zona de la Ciudadela del Niño cuando a eso de las 5:00 A.M recibimos una llamada de la central alertándonos sobre unos disturbios que se estaban produciendo en el pasaje Geranios. Cuando llegamos a la dirección indicada, vimos a un grupo de aproximadamente cuatro jóvenes que se encontraban en la calle y que al acercarnos dos de ellos escaparon. De los dos que permanecieron en el lugar, uno de ellos presentaba una herida en la zona abdominal presuntamente hecha con arma de fuego y sangraba profusamente.

Interrogadas las dos personas acerca de lo ocurrido, ambos señalaron que un individuo apodado "El Barba", y que resultó luego ser José Maldonado Rivas, había sido quien había efectuado el disparo. Señalaron además que el Barba vivía en la casa frente a la cual estábamos y que se encontraba en ese momento adentro. Mi compañero llamó por refuerzos y por una ambulancia, mientras que yo procedí a inspeccionar la casa. Al entrar al jardín pude notar a través de la ventana que un individuo pretendía salir por la puerta trasera, por lo que procedí a rodear el inmueble para sorprenderlo por detrás en los momentos en que el individuo se disponía a huir junto con su esposa y un menor, por lo que los detuve.

El sujeto parecía encontrarse notablemente bajo los efectos del alcohol, cosa que pude advertir por su fuerte hálito alcohólico, su dificultad de movimientos y su hablar incoherente. El sujeto al verme balbuceó una frase de la que no pude captar bien su significado, en la que decía algo así como que "fue un accidente". Sin embargo, al momento de decirle sus derechos y solicitarle un relato de lo sucedido, señaló que prefería guardar silencio y que esperaba a contar con un abogado. El individuo andaba vestido con un pijama sobre el cual tenía un abrigo largo. Al inspeccionarlo, encontré en su bolsillo derecho del abrigo un revolver marca Famae, calibre 38, cañón largo, color negro, con el número serial borrado y con dos casquillos vacíos dentro y cuatro balas en la nuez. El arma fue debidamente sellada y se encuentra en el depósito de evidencia bajo el rótulo 1352-EM.

En el intertanto llegó al lugar una ambulancia llamada por mi compañero y se llevó al sujeto que yacía herido en la calle. Posteriormente me enteré de que la ambulancia era del Hospital Simón Bolívar, que lo habían transportado para allá y que había fallecido ese mismo día.

Una vez que detuve a Maldonado procedí a registrar su casa, encontrando los vidrios frontales rotos, una planta de Marihuana de aproximadamente 30 cm. de altura y una caja

con balas calibre 38 mm. como las que usaba el revólver hallado en su bolsillo. Además, junto al cuerpo de Carmona fue hallada una cuchilla con las iniciales JCC (TG), con una hoja 10 cm. de largo, que el testigo Pedro Bilbao nos confirmó pertenecía al occiso.

Luego de que el furgón se llevó al sospechoso, procedí a entrevistar a los vecinos, empadronando a los siguientes testigos:

- Estela Díaz Díaz.
- Pedro Bilbao Carrasco.

Adjunto anexos con individualización de los testigos y resultados de mis entrevistas con ellos.

Se le practicó alcoholemia al testigo Bilbao por presentar evidentes síntomas de alcoholización.

Firma,

Ricardo Sanhueza Riquelme
Sargento

ANEXO AL PARTE POLICIAL

12 de Agosto de 2002

Con esta fecha procedo a tomar declaración a la señorita ESTELA DÍAZ DÍAZ, 25 años, ecuatoriana, bailarina de cabaret, soltera, quien señala lo que sigue:

Vi los hechos el día sábado recién pasado, 12 de Agosto, alrededor de las cinco de la madrugada, porque iba justo llegando a mi casa, ubicada en el pasaje Geranios 356, luego de una larga noche de trabajo. Esa noche llegué a mi casa en un taxi que me dejó en la esquina de la cuadra de mi casa y, mientras caminaba hacia ella, vi una turba de hombres- como cuatro- que discutían, se empujaban y, sobre todo, se insultaban muy violentamente y que parecían estar bien ebrios. Cuando estuve más cerca me di cuenta que a quien insultaban era al "Barba", le dijeron de todo, lo que me hizo darme cuenta que esto iba a terminar muy mal, por lo menos para el Barba.

Cuando ya estaba frente a mi casa -que queda como a cuatro casas de la del Barba-, escuché un disparo, que no terminó con la pelea y que no mató a nadie, los tipos dijeron que aquel arma era a fogueo... pero yo me asusté igual y mucho, así es que entré a mi casa y llamé a la policía. Escuché un segundo disparo, a gente corriendo y poquito después sentí que llegó el furgón policial.

A aquellos hombres no los podría reconocer, pero al "Barba" sí lo conozco, es mi vecino hace 9 años y siempre ha sido muy buen amigo, casi como un padre para mí. Desde que llegué a vivir a esta casa con mi mamá, cuando yo tenía 16 años, nos ayudó mucho porque mi mamá estaba enferma y no podía trabajar mucho. A veces nos daba comida, dinero, etc. El y su esposa la Gina siempre han sido excelentes personas, mi mamá los quería mucho y cuando ella se murió me apoyaron siempre, de hecho gracias al "Barba" terminé mis estudios en la escuela, porque yo me quería salir para trabajar en algo, para tener dinero, y él me compró libros, cuadernos, de todo para que yo terminara la escuela, porque decía que era importante superarse, que a él le hubiera gustado aprender más cosas, estudiar una carrera, algo...

Y ahora yo sé que al "Barba" le bajó la idea de la superación personal y dejó de vender marihuana y de consumirla. Le costó al principio, pero la asistente social creo que lo ayudó mucho, pero igual lo logró. Eso es todo lo que puedo decir.

**HOSPITAL SIMÓN BOLIVAR
BANCO DE SANGRE
LABORATORIO CLÍNICO**

FECHA: 12 de Agosto de 2002

PACIENTE: Pedro Bilbao Carrasco

CÓDIGO: 3319-02

**RESULTADO
EXAMEN DE ALCOHOLEMIA**

Grupo de Sangre: A-2

R.H: Positivo

D.U: Positivo

Isoinmunización: Negativo

Alcoholemia: 1.2 mgr/1000

Juan Morales

Tecnólogo-médico

**HOSPITAL SIMÓN BOLIVAR
BANCO DE SANGRE
LABORATORIO CLÍNICO**

FECHA: 12 de Agosto de 2002

PACIENTE: José Maldonado Rivas

CÓDIGO: 3322-97

**RESULTADO
EXAMEN DE ALCOHOLEMIA**

Grupo de Sangre: O-4

R.H: Positivo

D.U: Positivo

Isoinmunización: Negativo

Alcoholemia: 2.2 mgr/1000

Juan Morales
Tecnólogo-Médico

**CERTIFICADO DE ANTECEDENTES PERSONALES
DIRECCIÓN NACIONAL DE LA POLICÍA JUDICIAL**

NOMBRE: José Maldonado Rivas
CÉDULA DE CIUDADANÍA: 113.456.987-k
FECHA: 14 de Agosto de 2002

Presenta los siguientes antecedentes:

2001
3° Tribunal Penal de Quito

Causa N° 4568-2001

Condena

Tráfico de Estupefacientes

2000
7° Tribunal Penal de Quito

Causa N° 1098-2000

Condena

Porte ilegal de arma de fuego

CERTIFICADO DE ANTECEDENTES PERSONALES
DIRECCIÓN NACIONAL DE LA POLICÍA JUDICIAL

NOMBRE: Estela Díaz Díaz

CÉDULA DE CIUDADANÍA: 099.876.379-7

FECHA: 14 de Agosto de 2002

Presenta los siguientes antecedentes:

2002

19° Tribunal Penal de Quito

Causa N° 4586-2002

Condena

Ultraje público a las buenas costumbres

Consumo de estupefacientes

2002

19° Tribunal Penal de Quito

Causa N° 1536-2002

Condena

Ultraje público a las buenas costumbres

2000

5° Tribunal Penal de Quito

Causa N° 5698-2000

Condena

Ultraje público a las buenas costumbres

Consumo concertado de estupefacientes

MINISTERIO FISCAL DISTRITAL DE PICHINCHA

Con fecha 14 de Agosto concurre a declarar al Ministerio Público don PEDRO BILBAO CARRASCO, alias "el manzana", soltero, 18 años, ecuatoriano, actualmente sin actividad u oficio. Es entrevistado por la agente fiscal Carla Zaror, quien expone lo que sigue:

El día de los hechos, como a las 11:00 de la noche, yo me encontraba con Amelia -mi novia- viendo la televisión. Como a las 11:30 aproximadamente, me pasó a buscar el "sapo" para ir a la plaza a tomar unos tragos...

FISCAL: ¿Quién es el "Sapo"?

BILBAO: Un amigo del barrio. Su verdadero nombre es Marcelo Troncoso, pero todos lo conocen como "el Sapo". Bueno, la cosa es que Amelia se fue para su casa y yo partí con el sapo para la plaza donde estaban el macha, el cholga, el chirola y el Topo Gigio. Ya en la plaza, estuvimos conversando y tomando hasta como las 5:00 de la mañana. Me acuerdo bien que era esa hora porque el sapo tenía que trabajar y se fue bromeando que a las 5:00 su esposa ya estaba dormida o algo así. Cuando se fue el sapo, el Topo Gigio dijo que ahora éramos menos así que sacó un cigarrillo de marihuana, alcanzando apenas a darle una fumada cada uno, así que nos quedamos con ganas de fumar más y decidimos ir a comprar donde "el barba", que era lo que quedaba mas cerca.

FISCAL: ¿Cuántos quedaban, entonces?

BILBAO: Bueno, quedábamos el macha, el cholga, el chirola, el Topo Gigio y yo, o sea cinco. Yo les dije a los demás que había ido donde el barba hacía unos días y que ya no vendía, pero a los demás les dio lo mismo y fuimos igual. Cuando llegamos a la casa del barba me acuerdo que estaba todo apagado. Yo me senté en la acera del frente porque no me sentía muy bien, mientras que los demás tiraban piedrecitas a la casa para despertar al barba. De repente escuché que se quebró un vidrio, pero la verdad es que no me importó. Después escuché un disparo y vi que el barba estaba saliendo de su casa gritando e insultando al Topo Gigio. En ese momento me empezaron a dar arcadas y empecé a vomitar. Sentía un griterío de insultos que iban y venían. De repente el barba gritó algo así como "te dije que te iba a matar hijo de puta" y le disparó un tiro a quemarropa al Topo Gigio. En ese momento se escuchó el ruido de un auto que resultaron ser los policías. Los demás se fueron corriendo y el barba se fue también corriendo para su casa. Cuando llegaron los policías, les dije lo que había pasado y entraron a la casa del barba. Lo atraparon y lo llevaron conmigo al cuartel. Me tuvieron la noche en el calabozo hasta que comprobaron que lo que yo les decía era cierto, y yo solicité venir a declarar ante el Ministerio Público.

SUBDIRECCIÓN TÉCNICO CIENTÍFICA DE LA POLICÍA JUDICIAL**DEPARTAMENTO MÉDICO LEGAL DE PICHINCHA****INFORME DE AUTOPSIA**

Con fecha 13 de agosto de 2002, siendo las 11:00 horas, practiqué en este servicio la autopsia al cadáver enviado por el Hospital Simón Bolívar, identificado como Juan Carlos Carmona.

Es colocado en la mesa de autopsia cadáver de adulto joven, semivestido con ropas en relativo orden.

Talla: 1.60
Peso: 60 Kg.
Sobrepuesto: Par de botas tipo militar.
Viste: Pantalón negro, con cinturón de piel negro, ropa interior blanca y calcetas deportivas blancas.

EXAMEN EXTERNO

Constitución: Mesomorfa.
Livideces: Viláceas, fijadas en planos posteriores del cuerpo.
Rigidez: Acentuada, generalizada.
Ojos: Negros, conjuntivas pálidas bilaterales.
Ano: No se observan lesiones.
Genitales: Masculinos, con apergamamiento escrotal bilateral.
Cianosis: Escasa, subungueal en manos.
Punturas: No se observa.

LESIONES EXTERNAS

En hemitorax externo se observa solución de continuidad de bordes irregulares, redondeada que mide 5 mm. sin halo carbonoso ubicado a 3,5 cm. de línea media y 100 cm. del talón derecho desnudo. Penetra a cavidad abdominal, lesionando piel, celular subcutáneo, pared anterior del estómago. Trayectoria de derecha a izquierda, de adelante hacia atrás, con recorrido intracorporal de 27 cm.

EXAMEN INTERNO

1. CABEZA:

Cuero Cabelludo:	Evertido se encuentra regular cantidad de petequias frontoparietal bilaterales.
Cráneo:	De mediano grosor entre calota y base, con un máximo de 8 mm. en región frontal izquierda y mínimo de 4 mm. en región parietal derecha. Al desprender la dura madre se observa acentuada palidez de la tabla interna.
Encéfalo:	Tamaño y forma conservada, hemisferios simétricos. Al corte de arquitectura conservada, pálido, brillante, de consistencia algo disminuida.
Polígono de Willis:	Sin alteraciones.
Tronco Encéfalo-Cerebral:	Arquitectura conservada, al corte pálido, brillante, de consistencia algo disminuida.

2. BOCA:

Dentadura:	Incompleta en buenas condiciones.
Lengua:	Saburral, de corte pálida.

3. CUELLO

Planos musculares:	Sin alteraciones.
Laringe:	Mucosa pálida, sin contenido.
Tiroides:	Arquitectura conservada, al corte pálida.

4. TORAX

Tráquea bronquios:	Mucosa pálida sin contenido.
Pulmones:	Ambos de tamaño y forma normal.
Aorta:	No presenta alteraciones.
Esófago:	Vacío y normal.

5. ABDOMEN:

Estómago:	Presenta una abertura en la cara anterior del estómago producida por herida a bala, al abrirlo se observa mucosa beige, papilla color beige con olor sugerente a alcohol. La herida presenta una fuerte podredumbre producto de pus y sangre que provocaron infección.
-----------	--

Hígado: De corte normal y conservado.
Vesícula: Sin cálculos.
Intestinos: Sin alteraciones.

6. ESQUELETO

Simétrico sin alteraciones.

EXÁMENES DEL LABORATORIO

Alcoholemia: 1.2 gr. por mil.
Grupo sanguíneo: A
Factor RH: Positivo
Pólvora: Negativa tanto en mano derecha como izquierda.

CONCLUSIONES

Cadáver de sexo masculino que mide 1.60 cm. y pesa 60 kg. identificado como JUAN CARLOS CARMONA.

La causa de muerte fue anemia provocada por una herida de bala abdominal, sin salida de proyectil. Trayectoria de derecha a izquierda, de adelante a atrás, con un recorrido de 27 cm.

Las lesiones encontradas son recientes, vitales y generalmente mortales.

Se reservan vísceras por un periodo de treinta días por si la fiscalía, a la luz de los antecedentes aportados por la investigación, considerase necesario realizar otro tipo de examen.

Dra. Cecilia Barrera Mena
Médico Legista

MINISTERIO FISCAL DISTRITAL DE PICHINCHA

Con fecha 16 de Agosto de 2002 concurre al Ministerio Público don JOSÉ MALDONADO RIVAS, alias "el Barba", casado, 43 años, ecuatoriano, mecánico, acompañado por su abogado. Es entrevistado por la agente fiscal Carla Zaror, a quien expone lo que sigue:

MALDONADO: El día 12 de agosto estuve en la noche con mi amigo Hugo Godoy, tomándonos unos tragos en mi casa. Alrededor de las 04:30 AM se fue. Después de eso no recuerdo mucho, porque tomé más de la cuenta. Lo que sí me acuerdo es que un rato después de haberme acostado, escuché gritos que venían desde afuera y piedras en la ventana, incluso una piedra quebró la ventana. Pensé que debía ser el Topo Gigio, porque ya había tenido problemas con él y me temía que esto iba a pasar en algún momento.

FISCAL: ¿quién es el Topo Gigio?

MALDONADO: No sé cuál es su nombre, todo el mundo lo conoce como Topo Gigio. Yo antes vendía marihuana y así me ganaba la vida, pero he hecho un esfuerzo muy grande por recuperarme y he dejado de vender y de consumir. Anteriormente, cuando yo vendía marihuana, él siempre me venía a comprar y yo no tenía problemas en venderle, pero a veces llegaba a pedírmela en la mitad del precio que yo la vendía, así que me negaba a venderle. Una vez me hirió en el pecho con una cuchilla y otra vez me sacó un diente de un puñetazo. Así que cuando sentí los ruidos me levanté, fui a la cocina y tomé una cuchilla, con la que bajé a ver qué pasaba. Estaba el Topo Gigio con unas siete personas más o menos, insultándome y gritando que me iban a matar y todo eso. Recuerdo que en un momento uno de ellos sacó una pistola y disparó al aire. Yo alcancé a agarrarle la mano y estuvimos peleándonos el revólver y dándonos golpes de puño. Ninguno lograba quitárselo al otro, hasta que parece que se disparó, no me acuerdo muy bien, pero el hecho es que nos dimos vuelta y encontramos a alguien tirado en el piso sangrando. Por los gritos supe que era el Topo. El resto de los del grupo salió, se alejó. Me dio miedo y pensé que alguien había matado al Topo y que me podía matar a mí o a alguien de mi familia, así que entré a mi casa, desperté mi mujer y le dije que nos íbamos a la casa de mi madre. En ese momento llegaron los policías y me detuvieron.

FISCAL: encontraron el arma en su bolsillo...

MALDONADO: Sí, no sé cómo fue a parar al bolsillo de mi abrigo, en verdad no tengo idea... Debo decir que hace casi un mes que estoy con tratamiento para dejar la droga, y desde ese tiempo que no vendo, y esa es una de las razones por las que he tenido problemas con el Topo Gigio.

ABOGADO DEFENSOR: eso es todo lo que mi cliente tiene para declarar.

MINISTERIO FISCAL DISTRITAL DE PICHINCHA

Con fecha 16 de agosto de 2002 comparece GEORGINA GAJARDO CARILLO, casada, domiciliada en pasaje Geranios 364, dueña de casa. Es entrevistada por el fiscal de turno.

“Vivo en con mi marido en nuestra casa en el pasaje Geranios, tengo dos hijos, Iván Marcelo de 8 años, que me lo tienen en el Centro “La Luz”, está ahí hace 4 meses; lo bueno es que a mi hija pequeña todavía no me la han quitado, tiene 9 meses y se llama Diana Estefany.

Terminé la escuela y desde ese tiempo he trabajado siempre, trabajaba como auxiliar de enfermería, pero ahora no estoy trabajando porque tuve un problema en el Hospital Central, me acusaron de sacar unos remedios, pero yo no fui.

Cuando tenía como 14 años empecé a fumar marihuana, desde ese momento hasta que empecé mi rehabilitación probé muchas tonterías, pasta base de cocaína, hasta aspiré pegamento cuando no había dinero, pero nunca delante de los niños.

Con el Barba estamos juntos nueve años, aunque nos casamos hace 3 y estamos muy bien. Al Barba le está yendo bien en el trabajo así que yo creo que luego nos van a devolver a Iván.

Ese día, el día de los hechos, había venido un amigo a celebrar el triunfo del Barcelona en la Copa Libertadores, se llama Hugo Rivera. Se fue tarde, como a las 4 de la mañana; yo estaba cansada así que me fui a dormir, pero antes revisé a Diana. Un instante después llegó el Barba y se metió a la cama.

Me estaba quedando dormida cuando escuché unos ruidos en la calle, se oían gritos e insultos, le gritaban groserías al Barba, de repente empezaron a tirar piedras y una rompió el vidrio que daba a donde estaba el bebé, me asusté mucho, no le había pasado nada pero lloraba mucho; el Barba me dijo que me metiera en el baño con la Diana y me quedara ahí por si seguían tirando piedras. El Barba bajó; de repente escuché unos disparos, me dio terror pensar que esos tipos le habían disparado al Barba, pero como él me dijo, me quedé ahí y esperé, luego llegó el Barba y me dijo que había ocurrido un accidente, que esto se estaba poniendo feo, que mejor nos íbamos donde mi mamá; agarré a la Dianita, y su bolsa de pañales y salí. Salimos por atrás para no toparnos con estas personas, que podían estar todavía por ahí. Justo cuando estábamos saliendo llegó un policía. A mí me dio mucho alivio, porque tenía miedo de que nos hicieran algo, pero el policía nos detuvo a nosotros, no sé por qué. De repente el policía le sacó al Barba una pistola del bolsillo del pijama, no sé de dónde salió porque yo no la había visto nunca”.

MINISTERIO FISCAL DISTRITAL DE PICHINCHA

Con fecha 21 de agosto de 2002 concurre al Ministerio Público don PATRICIO FERMÍN ROJAS ROJAS, casado, 53 años, ecuatoriano, comerciante. Es entrevistado por la agente fiscal Andrea Repetto, a quien expone lo que sigue:

Mi nombre es Patricio Rojas, aunque todos en el barrio me conocen como “Don Pato”. Tengo 53 años, soy casado con Edelmira Navarrete Cañas y tenemos dos hijos, Patricio de 18 y José de 20 que no viven acá, uno vive en Cuenca y otro en Guayaquil. Con mi señora vivimos en el barrio desde que nos casamos hace 22 años y somos dueños del almacén “Don Pato”, que está en mi misma casa.

FISCAL: ¿realiza usted alguna otra actividad?

ROJAS: Bueno, soy presidente de una organización de vecinos de mi barrio, desde allí trato de ayudar a la gente del barrio, de hecho hemos realizado grandes avances para la comunidad, como el centro de madres y ahora el centro juvenil.

FISCAL: ¿Y desde cuándo conoce al Barba?

ROJAS: Conozco al Barba hace tiempo, cuando era niño fue medio raro, se juntaba con pandilleros y gente de ese tipo, lo que pasa es que el padre se fue de la casa cuando él era muy niño, así que le ha tocado dura la vida. Siempre ha tenido fama de drogadicto e incluso se decía en el barrio que vendía marihuana, pero eso fue hace tiempo, desde que trabaja en el taller de reparación de automóviles en que está ahora ha dejado de vender, además él y la Gina se metieron a un tratamiento que dan en el municipio y ya no andan metidos con drogas. El Barba ha cambiado mucho, harán unos 5 o 6 meses se ha metido en la cosa de la comunidad, me está ayudando con un proyecto en la organización de vecinos, yo diría que ahora está limpio y le está yendo bien. Ultimamente me ha ayudado mucho en lo del Centro Juvenil, especialmente en el campo de juego multiuso que queremos construir. Me ha ayudado especialmente con los niños, porque los ha tenido trabajando en el campo, haciendo todos los arreglos necesarios, porque los obreros dejaron un montón de cosas sin terminar. Además me ha estado ayudando con las colectas de fondos para el centro.

FISCAL: ¿sabe usted cómo eran las relaciones entre el Barba y el Topo Gigio?

ROJAS: bueno, no sé mucho, o sea, sé que se conocen porque los he visto juntos, pero hace unas semanas mientras ordenaba unas cajas afuera de mi negocio oí que unas personas estaban peleando y tenían un buen desorden en la calle, así que me acerqué y vi que apoyado en un poste del alumbrado público estaba el Barba, discutiendo muy fuerte con el Topo Gigio; los dos se insultaban y se daban empujones. La discusión fue subiendo de tono y ahí me percaté que estaban discutiendo acerca de la esposa del Barba, la Gina, al parecer porque el Topo le andaba faltando el respeto y proponiéndole cosas. De repente el Topo Gigio le dio un fuerte puñetazo al Barba que le rompió una ceja y comenzaron a pelear; de ahí el Topo sacó un cortaplumas y le metió una punta al Barba en el hombro izquierdo. Ahí

me fui corriendo hacia ellos, pero cuando el Topo Gigio vio que yo me acercaba se fue corriendo.

FISCAL: Otro testigo nos dijo que el Barba lo había amenazado en esa oportunidad. ¿Es cierto?

ROJAS: ¡Claro!, era que no lo iba a amenazar... mientras el Topo se iba corriendo el Barba le gritó algo así como que “Vas a ver no más, de la próxima no sales vivo”, yo le pregunté si quería que fuéscmos al hospital, pero el Barba me dijo que no, que la Gina, su señora, lo curaba.

Patricio Fermín Rojas Rojas

MINISTERIO FISCAL DISTRITAL DE PICHINCHA

Con fecha 12 de septiembre de 2002 concurre al Ministerio Público doña ANA MARÍA GONZÁLEZ FAÚNDES, casada, trabajadora social, 29 años, ecuatoriana. Es entrevistada por la agente fiscal Andrea Repetto, a quien expone lo que sigue:

SRA. GONZÁLEZ: Mi nombre es Ana María González Faúndez, soy casada, sin hijos, tengo 29 años, y soy Trabajadora Social de la Universidad de Cuenca.

FISCAL: ¿qué experiencia tiene en el manejo de adictos?

SRA. GONZÁLEZ: Bueno, he participado en numerosos seminarios sobre drogadicción, alcoholismo y otras enfermedades adictivas. Además realicé un postgrado en la Universidad de Colonia, Alemania, sobre este mismo tema. A raíz de esto último tuve la oportunidad de hacer una práctica en la Fundación Engel Meyer, la cual cuenta con sucursales en el Ecuador. Actualmente trabajo en el Municipio de Quito donde estoy a cargo de un centro de rehabilitación para adictos. Fue en este centro donde conocí a José Maldonado y desde que éste inició su tratamiento he tenido una especial relación con él y su familia.

FISCAL: ¿qué cargo preciso desempeña en el centro?

SRA. GONZÁLEZ: Me desempeño como jefa del centro, vale decir, hago labores de coordinación y apoyo, además tomo algunos casos.

FISCAL: ¿fue el caso de José Maldonado uno de esos?

SRA. GONZÁLEZ: Así es. Uno de los casos que tomé es el del Barba y la Gina, decidimos tratarlos como matrimonio y al mismo tiempo individualmente; el Barba es adicto a la pasta base de cocaína desde hace 10 años, a lo largo de todo el tratamiento ha mostrado una gran disposición para curarse; de hecho, desde que se inició en el tratamiento no ha vuelto a consumir drogas -lo cual hemos verificado y controlado periódicamente- probablemente motivado por sus proyectos de trabajo y el amor por su familia; la Gina por su parte era consumidora de marihuana principalmente; en las primeras semanas de tratamiento se mostró hostil, sin embargo su actitud fue cambiando luego de que su hijo mayor fue internado en un centro para menores en riesgo social, actualmente está en vías de rehabilitación esperando comprobar que está absolutamente limpia y así recuperar a su hijo. Puedo concluir que ambos están muy bien, su adicción está controlada y su optimismo y esfuerzo son admirables. Eso es todo lo que puedo decir.

Ana María González Faúndez

**LABORATORIO BALÍSTICO
POLICÍA JUDICIAL****INFORME DE RESULTADOS**

18 de octubre de 2002

Señor agente fiscal distrital de Pichincha, remito a usted los resultados de las pericias realizadas (1) sobre el arma de fuego remitida a nosotros con fecha 13 de agosto de 2002, sellada, rotulada 1352-EM, marca Famae, calibre 38, cañón largo, color negro, con el número serial borrado y con dos casquillos vacíos dentro y cuatro balas en la nuez; (2) sobre la bala extraída del cuerpo de Juan Carlos Carmona; (3) sobre las manos del imputado José Maldonado Rivas; y (4) sobre las balas de la caja encontrada al interior del domicilio de José Maldonado Rivas.

1. El revólver presentaba múltiples huellas dactilares, todas distintas y sólo una suficientemente completa como para arrojar una identificación positiva: dicha huella fue hallada en la cara externa de la cacha del arma (a la derecha mirada desde el cañón hacia la cacha) y corresponde al pulgar de José Maldonado Rivas. La huella está dispuesta casi verticalmente desde arriba hacia abajo.
2. La bala hallada en el cuerpo de Juan Carlos Carmona fue disparada por el revólver hallado en José Maldonado al momento de su detención.
3. José Maldonado tenía muy tenues rastros de pólvora en sus manos. Dicho rastro podría quedar de haber efectuado Maldonado el disparo y haberse lavado luego las manos, o bien de haber realizado el disparo otra persona cerca de la o las manos de Maldonado.
4. Las balas halladas en la casa de José Maldonado corresponden al calibre del arma examinada en este caso.

Marcelo Araya
Perito balístico

SERVICIO DE SALUD PUBLICA

20 de Noviembre de 2002

DE: JEFE SERVICIO DE SALUD PUBLICA

A : FISCALIA

Sobre la planta enviada por ustedes para análisis, se concluye que:

1. La planta corresponde a una especie de *canabis sativa*, utilizada para la elaboración de marihuana.
2. El tamaño de la planta es de 30 centímetros de altura, lo que corresponde, en términos normales, a un período de 1 mes de crecimiento desde siembra.

José Camilo Gutiérrez
Jefe Servicio de Salud Pública